Delitos contra la ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

COMETIDOS POR FUNCIONAROS PÚBLICOS Y PARTICULARES
EN EL MARCO DE LAS CONTRATACIONES CON EL ESTADO

Bases dogmáticas y jurisprudencia

PARTE ESPECIAL

Aldo Calcina Hancco
José Antonio Paredes Vera
Directores

Delitos contra la ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

COMETIDOS POR FUNCIONAROS PÚBLICOS Y PARTICULARES EN EL MARCO DE LAS CONTRATACIONES CON EL ESTADO

Bases dogmáticas y jurisprudencia

PARTE ESPECIAL

Tomo 2

Coordinadores:
Jorge Abad Salazar Calla
Milthon Quispe Huanca

GRIJLEY

CALCINA CORPORATE COMPLIANCE
CONSULTORIA & DEFENSA PENAL

Primera edición: enero de 2021

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.° 2020-04641
Registro del Proyecto Editorial: 31501012000315
ISBN Tomo 2: 978-9972-04-676-6

© 2021 **Delitos contra la Administración Pública**
Parte especial

© 2021 **Aldo Calcina Hancco**
José Antonio Paredes Vera
Directores

Jorge Abad Salazar Calla
Milthon Quispe Huanca
Coordinadores

© 2021 **Editora y Librería Jurídica Grijley E. I. R. L.**
Jr. Azángaro 868, Lima
Tlfs.: 346 9961 / 955 474 204
ventas@libreriasgrijley.com

© 2021 **Calcina Corporate Compliance**
Consultoria & Defensa Penal

Diseño y diagramación
Janet Ruiz Rebaza

Composición e impresión
Editora y Librería Jurídica Grijley E. I. R. L.
Jr. Azángaro 1075, Lima
Tlf.: 337-5252
ediciongrijley@gmail.com

Tiraje: 1000 ejemplares

DERECHOS RESERVADOS: Decreto Legislativo N.° 822

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de la editorial.

ÍNDICE

Presentación 23

DELITOS DE CORRUPCIÓN FUNCIONARIAL

ELIU ARISMENDIZ AMAYA

I. Introducción 28
II. De la clasificación de los tipos penales de corrupción funcionarial 29
III. De la estructura típica de los delitos especiales de corrupción funcionarial ... 31
3.1. Del tipo objetivo 31
3.1.1. De los elementos referente a los sujetos 31
3.1.1.1. De los sujetos activos en los delitos especiales de corrupción funcionarial 32
3.1.1.1.1. De los conceptos de funcionario y servidor público 32
3.1.1.1.2. Concepto de funcionario público 33
3.1.1.1.3. Concepto de servidor público 38
3.1.1.1.4. Del concepto de funcionario o servidor público en el delito de soborno internacional pasivo 45
3.1.1.1.5. Del concepto de los sujetos cualificados en el delito de cohecho pasivo específico 46
3.1.1.1.6. Del concepto del sujeto cualificado en el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial ... 48
3.1.1.1.7. Del concepto del sujeto cualificado en el delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales 50
3.1.1.2. Del sujeto pasivo en los delitos especiales de corrupción funcionarial 52

3.1.1.3. De la naturaleza de los delitos especiales de corrupción funcionarial según los sujetos cualificados 53

3.1.1.3.1. Según la tesis de los delitos de dominio 53

3.1.1.3.1.1. De la intervención delictual en los delitos especiales de corrupción funcionarial según la tesis de los delitos de dominio 53

3.1.1.3.1.2. De la intervención delictual en los delitos especiales de corrupción funcionarial según la tesis de los delitos de infracción de deber 56

3.1.2. De los elementos referente a la conducta en los delitos especiales de corrupción funcionarial 58

3.1.2.1. De los medios corruptores en los delitos especiales de corrupción funcionarial 58

3.1.2.1.1. Del donativo 59

3.1.2.1.2. De la promesa 60

3.1.2.1.3. De cualquier otra ventaja o beneficio ... 60

3.1.2.2. De los verbos rectores delimitantes en los delitos especiales de los delitos de corrupción funcionarial 61

3.1.2.2.1. Del verbo «aceptar» en los delitos especiales de corrupción funcionarial 61

3.1.2.2.2. Del verbo «recibir» en los delitos especiales de corrupción funcionarial 62

3.1.2.2.3. Del verbo «solicitar» en los delitos especiales de corrupción funcionarial 63

3.1.2.2.4. Del verbo «condicionar» en los delitos especiales de corrupción funcionarial 64

3.1.3. De los elementos concomitantes en los delitos especiales de corrupción funcionarial 65

3.1.3.1. Del bien jurídico en los delitos especiales de corrupción funcionarial 65

3.1.3.2. De la relación de causalidad e imputación objetiva en los delitos especiales de corrupción funcionarial 67

3.2. Del tipo subjetivo 67

IV. De la estructura típica de los delitos comunes vinculados con el sistema de corrupción funcionarial 68

4.1. Del tipo objetivo 68

4.1.1. De los elementos referentes a los sujetos 69

4.1.1.1. Sujeto activo 69

4.1.1.2. Sujeto pasivo 69

4.1.2. Elementos referentes a la conducta 69

4.1.2.1. De los medios corruptores en los delitos comunes de corrupción funcionarial 70

4.1.2.2. De los verbos rectores en los delitos comunes de corrupción funcionarial 70

4.1.3. De los elementos concomitantes en los delitos comunes de corrupción funcionarial 72

4.1.3.1. Del bien jurídico en los delitos comunes de corrupción funcionarial 72

4.1.3.2. De los criterios de relación causal e imputación objetiva en los delitos comunes de corrupción funcionarial 73

4.1.4. De la intervención delictual en los delitos comunes de corrupción funcionarial 74

4.2. Del tipo subjetivo en los delitos comunes de corrupción funcionarial 75

V. De la estructura típica de las figuras específicas vinculadas con el sistema de corrupción funcionarial 76

5.1. Del tipo objetivo de las figuras específicas vinculadas al sistema de corrupción funcionarial 76

5.1.1. Del elemento referente a los sujetos intervinientes en las figuras específicas de corrupción funcionarial 76

5.1.1.1. Del sujeto activo 76

5.1.1.2. Del sujeto pasivo 78

5.1.2. Del elemento referente a la conducta delictual en las figuras específicas de corrupción funcionarial 79

5.1.2.1. Elementos referentes a la conducta en el delito de negociación incompatible 79

5.1.2.1.1. De la clase de delito 79

5.1.2.1.2. De los supuestos típicos 79

5.1.2.1.3. De los elementos descriptivos 80

5.1.2.1.3.1. Del «interés indebido» desplegado por el sujeto cualificado 80

5.1.2.1.3.2. De «cualquier contrato u operación» 81

5.1.2.1.3.3. De la terminología «en razón del cargo» 81

5.1.2.1.3.4. Del interés en beneficio de un tercero 82

5.1.2.1.3.5. De la forma de ejecución 82

5.1.2.2. Elementos referentes a la conducta en el delito de tráfico de influencias 83

5.1.2.2.1. De los elementos descriptivos 83

5.1.2.2.1.1. De las influencias reales 83

5.1.2.2.1.2. De las influencias simuladas 84

5.1.2.2.2. Del interés en beneficio de un tercero 84

5.1.2.2.3. De los verbos rectores 85

5.1.2.2.4. De los medios corruptores 87

5.1.2.3. De la clase de delito 87

5.1.2.4. De los supuestos típicos del delito de tráfico de influencias 90
5.1.2.4.1. Del primer supuesto típico 90
5.1.2.4.2. Del segundo supuesto típico 91
5.1.2.4.3. Del tercer supuesto típico 92
5.1.2.5. De la forma de ejecución 93
5.1.3. Respecto del delito de enriquecimiento ilícito 94
5.1.3.1. De los elementos típicos 94
5.1.3.1.1. Del abuso del cargo público 94
5.1.3.1.2. Del incremento ilícito del patrimonio 96
5.1.3.1.3. De la forma agravada 97
5.1.3.1.4. Del indicio del enriquecimiento ilícito 97
5.1.3.2. Clase de delito 98
5.1.3.3. Forma de ejecución 98
5.1.4. De los elementos concomitantes en las figuras delictuales específicas de corrupción funcionarial 99
5.1.4.1. Del bien jurídico 99
5.1.4.1.1. De las generalidades 99
5.1.4.2. Del bien jurídico en el delito de negociación incompatible 103
5.1.4.3. Del bien jurídico en el delito de tráfico de influencias 106
5.1.4.4. Del bien jurídico en el delito de enriquecimiento ilícito 107
5.1.5. De los criterios de imputación objetiva 107
5.2. Del tipo subjetivo en las figuras específicas de corrupción funcionarial 110
VI. Bibliografía 110

EL DELITO DE COBRO INDEBIDO O EXACCIÓN ILEGAL

Análisis dogmático del artículo 383 del Código Penal

JAMES REÁTEGUI SÁNCHEZ

I. Consideraciones generales y bien jurídico tutelado 115

II. Tipicidad objetiva 121
2.1. Descripción legal 121
2.2. Legislación comparada 121
2.3. Sujeto activo 122
2.4. Sujeto pasivo 123
2.5. Abusando del cargo como elemento común a los delitos de concusión 123
2.6. Sobre las modalidades conductuales 125
2.6.1. Exigir 126
2.6.2. Hacer pagar o entregar 126
2.7. Los objetos materiales del delito 128
2.8. El destino de lo pagado o entregado indebidamente: el monto de lo pagado debe ingresar a la Administración pública 131
2.9. Tipicidad subjetiva 131
2.10. Grados de desarrollo del delito 133

EL DELITO DE COLUSIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO-PENAL PERUANO

RAMIRO SALINAS SICCHA

I. Cuestión previa 135
II. Tipicidad objetiva 137
a) Defraudar en la colusión simple 138
b) *Defraudare* en la colusión agravada 139
c) Relación funcional entre el agente con el objeto del delito 140
d) Concertar con los interesados 141
e) Instrumentos del delito: cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado 145
f) Bien jurídico protegido 148
g) Sujeto pasivo 154
III. Tipicidad subjetiva 155
IV. Consumación y tentativa 156
V. Autoría y participación 160

4 PROBLEMAS JURISPRUDENCIALES EN EL DELITO DE COLUSIÓN

GODOFREDO ANDRÉ GARCÍA LEÓN

I. Introducción: 4 problemas en la Corte Suprema 171

II. ¿Es el peligro potencial al patrimonio estatal el contenido del «término para defraudar» en la colusión simple? Casación N.° 661-2016, Piura; Recurso de Nulidad N.° 1969-2012, La Libertad 173

III. ¿Solo puede ser cómplice del delito de colusión el tercero que concierta con el funcionario público? Casación N.° 661-2016, Piura 177

IV. ¿Los órganos de dirección tienen competencia directa para ser autores del delito de colusión? Recurso de Nulidad N.° 1126-2017 y Recurso de Nulidad N.° 1969-2012, La Libertad 180

V. ¿Se puede ser instigador del delito de colusión cuando los autores no se concertaron con el tercero interesado? Recurso de Nulidad N.° 1015-2009, Puno 184

VI. Conclusiones 186

VII. Bibliografía 187

ESTADO ACTUAL DEL DELITO DE COLUSIÓN

Comentarios a la Casación N.° 661-2016-Piura

RAÚL ERNESTO MARTÍNEZ HUAMÁN

1. Introducción 189

II. Hechos materia de pronunciamiento 192

III. Análisis sobre la contratación en el marco del delito de colusión 193

3.1. Aplicación de la ley penal en el delito de colusión: temporalidad .. 193

3.2. Bien jurídico protegido: expectativa normativa o patrimonio 194

3.3. Diferencia entre colusión simple y agravada 198

3.4. Colusión agravada: ¿pericia contable como requisito indispensable? .. 204

3.5. Complicidad en el delito de colusión 206

3.6. Intervención en las fases de la contratación pública: ¿intervención directa e indirecta? 216

IV. Conclusión 219

V. Bibliografía 220

EL TIPO PENAL DE COLUSIÓN

El elemento de contextualización y la probanza de la concertación y perjuicio patrimonial

PAUL MENDOZA VAEZ

I. Cuestión previa 225
II. Tipo objetivo 226
2.1. Objeto de protección 227
2.2. Sujeto activo 231
2.3. Comportamiento típico 235
2.4. Elemento de contextualización: el ámbito de las adquisiciones y contrataciones estatales 239
III. Tipo subjetivo 246
IV. La prueba penal 247
4.1. El punto de partida: los informes de la Contraloría General de la República y su naturaleza en el proceso penal 248
V. La prueba de la concertación 251
5.1. La prueba indiciaria 251
VI. La prueba del perjuicio 258
VII. Conclusiones 262
VIII. Bibliografía 263

COMENTARIOS A LA CASACIÓN N.° 661-2016/PIURA

ALEXANDER GONZALES ORBEGOSO

I. Introducción 267
II. Olvidemos colusión «desleal» y hablemos de lo que es colusión ilegal... 268
III. Bien jurídico 268
3.1. Postura 271
3.2. Comentario 273
IV. Los hechos objeto de casación no son indicadores de colusión ilegal 275

ELEMENTO «CONCERTACIÓN» COMO NÚCLEO DEL INJUSTO TÍPICO DEL DELITO DE COLUSIÓN

Comentarios al R. N. N.° 1126-2017/Áncash

CESAR ANTONIO COA SERRANO

I. Introducción 279

II. Hechos que produjeron el R. N. N.° 1126-2017/Áncash 280
III. Lo que la Sala Penal Permanente desarrolló en el R. N. N.° 1126-2017/Áncash 281
IV. Redacción fáctica sobre la cual debe recaer el delito de colusión 281
V. La concertación como elemento configurador en el delito de Colusión 284
VI. Competencia especial del funcionario o servidor público que concierte (capacidad del agente) 285
VII. La concertación implica un margen de pactos ilícitos 287
VIII. Concertar mediante diversas modalidades confabulatorias 288
IX. No se castiga cualquier concertación 289
X. Objeto de protección en el delito de colusión 289
XI. Conclusión 290
XII. Bibliografía 290

DEFINICIÓN Y ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE PECULADO (ART. 387 DEL CP)

JORGE B. HUGO ÁLVAREZ

I. Introducción 293
II. De los fundamentos jurídicos del acuerdo plenario 296
III. De la característica del tipo penal entendido como un delito pluriofensivo y de la forma tratada por el acuerdo plenario 301
IV. De la reinterpretación del acuerdo plenario en relación o de acuerdo con a las nuevas reformas del artículo 387 del Código Penal 305
V. De algunas cuestiones vinculadas con la estructura del tipo penal 309
VI. El delito de peculado culposo 313

PECULADO DOLOSO

Configuración del tipo subjetivo del delito de peculado doloso a partir de una concepción normativo-objetiva del dolo

GIULIANA FLOR DE MARÍA LLAMOJA HILARES

I. Introducción 318
II. El delito de peculado de lege lata 319
2.1. Fórmula legal del artículo 387 del CP 319
2.1.1. Objeto de protección 320

2.1.1.1. Objeto de protección en la doctrina 320
2.1.1.2. Objeto de protección (postura personal) 321
2.1.2. Comportamiento típico 323
2.1.3. Condición del sujeto activo y su vinculación funcional.. 325
III. Estructura de la imputación subjetiva dolosa 326
3.1. Lineamientos teóricos generales del dolo 326
3.2. Concepción personal sobre el concepto de dolo 332
IV. Tipicidad subjetiva del delito de peculado doloso 333
4.1. El dolo de peculado en la doctrina peruana 333
4.2. Concepción personal sobre la tipicidad subjetiva 335
4.2.1. Introducción 335
4.2.2. Contenido del dolo en el tipo penal básico de peculado... 336
a) Conocimiento de la ostentación del estatus de funcionario o servidor público 336
b) Conocimiento de la concreta competencia especial de administrar correctamente los caudales o efectos 337
c) Conocimiento de la naturaleza estatal de los bienes (caudales o efectos) apropiados o utilizados 339
4.2.3. Contenido del dolo en las formas agravadas de peculado doloso 340
4.3. Error de tipo y consecuencias jurídico-penales 340
4.4. Elemento subjetivo del injusto 341
V. La prueba indiciaria para configurar la tipicidad subjetiva del delito de peculado 344
5.1. La prueba indiciaria para dilucidar los elementos subjetivos del tipo penal de peculado 344
VI. Conclusiones 348
VII. Bibliografía 350

LO PRUDENTE DEL PECULADO IMPRUDENTE

KARL ANDREI BORJAS CALDERÓN

I. Consideraciones iniciales 353
II. Sobre el *nomen iuris* 355
III. Intervención delictiva 356

IV. El afectado 360
V. ¿En qué consiste la imprudencia del peculado? 361
VI. La sustracción cometida por otro autor 367
VII. Reflexión final 367

LA INSIGNIFICANCIA EN EL PECULADO

Panorama jurisprudencial y dogmático

DANTE HEREDIA OBREGÓN

I. Introducción 369
II. Delimitación del tema 370
2.1. Sentido político-criminal de la represión del delito de peculado en el contexto actual 370
2.2. Fundamentos jurisprudenciales del principio de insignificancia en el delito de peculado en el Perú 372
2.3. Conclusión provisional 377
III. Desarrollo dogmático del principio de insignificancia 377
3.1. Posturas que ubican la insignificancia en el injusto penal 378
3.2. Posturas que ubican la insignificancia fuera del injusto penal 382

EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS PÚBLICOS

ROSTYVER SOTOMAYOR TAPIA

I. Introducción 386
II. Elementos objetivos del injusto 390
2.1. Bien jurídico 392
2.2. Sujeto activo 393
2.2.1. Función de administrar 394
2.2.2. Relación funcional 395
2.3. ¿Aplicación definitiva y diferente (oficial)? 397
2.4. Afectación al servicio o la función encomendada 399
III. Tipicidad subjetiva 401
IV. Causas de justificación de la responsabilidad penal 402
V. Consumación y tentativa 404
VI. Prueba pericial contable y malversación de fondos 404
VII. Principio de lesividad: ¿Sanción administrativa o penal? 406

VIII. Delimitación entre el delito de peculado y la malversación de fondos 407
IX. Conclusiones 408
X. Bibliografía 409

COHECHO PASIVO PROPIO: ANÁLISIS DEL ELEMENTO «ACEPTAR»

Comentarios al Acuerdo Plenario N.° 01-2005/ESV-22
(Recurso de Nulidad N.° 1091-2004-Lima)

RAÚL ERNESTO MARTÍNEZ HUAMÁN

I. Introducción 411
II. Hechos materia de pronunciamiento 412
III. Análisis del delito de cohecho pasivo propio 412
IV. Bien jurídico protegido 413
V. Sujeto activo y pasivo 415
VI. Conducta típica 419
VII. Aspecto subjetivo 424
VIII. Autoría y participación 428
IX. Formas de ejecución 428
X. Pena 430
XI. Concurso 430
XII. Conclusión 431
XIII. Bibliografía 431

EL ELEMENTO NORMATIVO «INTERÉS INDEBIDO» Y LA «FINALIDAD INDEBIDA» EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

Comentarios a la Cas. N.° 231-2017/Puno

ALDO CALCINA HANCCO

I. Preliminar 436
II. Hechos que motivaron la Cas. N.° 231-2017/Puno 438
III. Generalidades del delito de aprovechamiento indebido de cargo 439
IV. Análisis de la ley especial en el caso en concreto LCE (D. Leg. N.° 1017) y RLCE (D. S. N.° 184-2008-EF) 441
4.1. Competencia y límites del Comité Especial 441

4.2. La cuantía en el proceso de exoneración 442
4.3. Requisitos adicionales en el proceso de selección 446
V. Distinción del injusto administrativo y el injusto penal en el delito de aprovechamiento indebido de cargo 448
5.1. Teoría cuantitativa 449
5.2. Teoría cualitativa 449
5.3. Toma de postura de la Cas. N.° 231-2017/Puno 449
5.4. Postura personal 450
VI. El objeto de protección del delito aprovechamiento indebido de cargo .. 451
VII. Naturaleza del delito de aprovechamiento indebido de cargo 452
7.1. ¿El delito de aprovechamiento indebido de cargo es de peligro concreto? 452
7.2. ¿El delito de aprovechamiento indebido de cargo es de peligro abstracto? 454
7.3. ¿Es necesario acreditar la magnitud del daño eminente para la administración pública? 456
VIII. El «interés indebido» como elemento normativo del tipo 457
IX. La «finalidad indebida» como elemento subjetivo de trascendencia interna adicional al dolo 461
X. Conclusiones 464
XI. Bibliografía 465

NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

6 problemas de la jurisprudencia: fundamentales

GODOFREDO ANDRÉ GARCÍA LEÓN

I. Introducción 468
II. ¿Qué bien jurídico busca proteger el legislador para tipificar el delito de negociación incompatible? Casación 231-2017, Puno 470
2.1. Casación 231-2017, Puno: aspectos esenciales 470
2.2. Sobre la Relevancia del debate sobre cuál es el bien jurídico del delito de negociación incompatible en la Casación 231-2017, Puno 472
2.3. Crítica y toma de postura 475
III. ¿Es posible interesarse indebidamente por omisión en la modalidad directa, indirecta o simulada? Casación 67-2017, Lima 482
3.1. Casación 67-2017, Lima: aspectos esenciales 482

3.2. Sobre la relevancia del debate sobre si es posible interesarse indebidamente por omisión en la modalidad directa, indirecta o simulada en la Casación 67-2017, Lima 484
3.3. Crítica y toma de postura 484
IV. ¿Tiene competencia la OSCE en la determinación de los elementos de una situación emergencia para Exonerar un Proceso de Selección? Casación 23-2016, Ica 486
4.1. Casación 23-2016, Ica: aspectos esenciales 486
4.2. Sobre la relevancia del debate, si tiene competencia la OSCE en la determinación de los elementos de una situación emergencia para exonerar un proceso de selección: Casación 23-2016, Ica 489
4.3. Crítica y toma de postura 490
V. ¿Es posible que los defectos administrativos en un proceso exonerado por emergencia configuren el delito de negociación incompatible? Casación 841-2015, Ayacucho 491
5.1. Casación 841-2015, Ayacucho: aspectos esenciales 491
5.2. Sobre la relevancia del debate de si es posible que los defectos administrativos en un proceso exonerado por emergencia configuren el delito de negociación incompatible: Casación 841-2015, Ayacucho... 493
5.3. Crítica y toma de postura 496
VI. ¿El delito de negociación incompatible es un delito de lesión o un delito de peligro? Casación 67-2017, Lima; Casación 231-2017, Puno, y Casación 23-2016, Ica 498
6.1. Relevancia del debate si el delito de negociación incompatible es un delito de lesión o un delito de peligro en Casación 67-2017, Lima; Casación 231-2017, Puno, y Casación 23-2016, Ica 498
6.2. Crítica y toma de postura 500
VII. ¿Es imposible la participación de un *extraneus* para configurar el delito de negociación incompatible? Casación 841-2015, Ayacucho 508
7.1. Relevancia de la imposibilidad de la participación de un *extraneus* para configurar el delito de negociación incompatible: Casación 841-2015, Ayacucho 508
7.2. Crítica y toma de postura 509
VIII. Conclusiones 514
IX. Bibliografía 516
Jurisprudencia Desarrollada 520

LA DETERMINACIÓN DEL INTERÉS INDEBIDO A TRAVÉS DE LA IDENTIFICACIÓN DE DEFECTOS ADMINISTRATIVOS EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

MILAGROS MEDALIT VÁSQUEZ SOTO

I. Introducción 522
II. Sobre los límites entre Derecho Penal y Derecho Administrativo 523
III. El interés indebido como elemento normativo del delito de negociación incompatible 524
IV. Sobre la necesaria discusión del bien jurídico en el delito de negociación incompatible 526
V. El tratamiento de los defectos administrativos en la jurisprudencia 528
5.1. Casación N.° 841-2015-Ayacucho 528
5.2. Casación N.° 23-2016-Ica 530
5.3. Casación N.° 231-2017-Puno 531
VI. Conclusiones 532
VII. Bibliografía 532
VIII. Jurisprudencias 534

LA NECESIDAD DE DEFINIR UN BIEN JURÍDICO PARA DETERMINAR LA TIPICIDAD DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

A propósito de la Casación 231-2017-Puno

GODOFREDO ANDRÉ GARCÍA LEÓN

I. ¿Qué resolvió la Casación 231-2017-Puno? 535
II. Sobre la distinción entre ilícito penal y administrativo 537
II. El bien jurídico en la distinción entre ilícito penal e ilícito administrativo en el delito de negociación incompatible 539
III. El peligro concreto de tipo económico en el delito de negociación incompatible, según la Casación 231-2017-Puno 542
IV. Conclusiones 545
V. Bibliografía 546

EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS, ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y VISIÓN DEL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DEL 2004

JEFFERSON GERARDO MORENO NIEVES

I. Antecedentes legislativos 548
1.1. El delito de Tráfico de influencias en el Código Penal de 1924..... 548
1.2. El delito de Tráfico de influencias en el Código Penal de 1991..... 549
1.3. Nueva legislación a partir del proyecto del nuevo Código Penal Peruano..... 550
II. El delito de tráfico de influencias desde la regulación penal comparada en Latinoamérica 551
III. Elementos objetivos tipo penal de tráfico de influencias..... 554
3.1. El que invocando o teniendo influencias reales o simuladas..... 555
3.2. El recibir, hacer dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa, o cualquier otra ventaja o beneficio 557
3.3. El ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo..... 557
IV. Análisis sobre los nuevos elementos a partir de la reforma del Código Penal ... 558
V. Conclusiones 559
VI. Bibliografía 561

COHECHO ACTIVO GENÉRICO Y TRÁFICO DE INFLUENCIAS, DESLINDES DOGMÁTICOS, ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL, CONSTITUCIONAL Y DE GESTIÓN PÚBLICA

A propósito de los «kenjivideos»

JORGE ISAAC TORRES MANRIQUE

I. Prolegómeno..... 563
II. ¿Qué debemos entender por «kenjivideos»?..... 564
III. Acerca del cohecho activo genérico 565
IV. Sobre el tráfico de influencias 566
V. Un mirada desde la gestión pública y los derechos fundamentales..... 568
VI. Análisis del caso *in comento*..... 569
VII. Conclusiones 572
VIII. Sugerencias..... 573
IX. Bibliografía 573

PRESENTACIÓN

Al afrontar la presentación del segundo tomo del libro *Delitos de corrupción funcionarial en el marco de las contrataciones con el Estado, bases dogmáticas y comentarios a las sentencias de las Corte Suprema* —que reúne artículos especializados de la parte especial de los delitos de corrupción de funcionarios—, resaltaremos de manera breve los delitos de corrupción de funcionarios del Código Penal actual, sin antes dejar de precisar algunos conceptos elementales para su interpretación y aplicación de los tipos penales, a efectos de no caer en una mera interpretación literal y asistémica. Los tipos penales de nuestro Código actual no solo son conductas abstractas, compuestos por elementos normativos descriptivos en abstracto, sino que detrás de ellos existen derechos y deberes; la infracción de estos deberes genera la reacción penal.

El punto de partida del desarrollo básico es la *libertad*, la cual es el soporte inherente del concepto normativo-social de la *persona* (ser humano titular de derecho y deberes), que cumple la norma y respeta los derechos y libertades de los demás. Toda persona tiene el derecho fundamental reconocido por la constitución, el derecho a la autodeterminación/autoadministración de su personalidad(1) y la libertad de organización en su ámbito personal para decidir enfrentarse y quebrantar la norma —quebrantando su rol— y, con ello, generar una imputación penal. Delito no es otra cosa que lo opuesto a la libertad personal, de esa heteroadministración ilegítima de lesionar o poner en peligro otras libertades; de esa lógica todos los delitos son delitos de infracción de deberes ya sean generales negativos o deberes especiales positivos. Pues bien, el presente libro reúne los delitos de infracción del deber especial, como exacción ilegal, colusión, peculado, malversación de fondos, cohechos, negociación incompatible, tráfico de influencias.

---

(1) CARO JOHN, José Antonio. La normativización del tipo subjetivo como imputación a conocimiento a título de dolo. En *Derecho Penal y Procesal Penal. Delitos de crimen organizado y cuestiones actuales*. Lima: Grijley, 2014, p. 183.

El mundo social está compuesto de manera normativa y con base en competencias, y no como se venía entendiendo de manera cognitiva con sustento en la relación de mera causalidad; ello implica entender que cada comportamiento se valorará de acuerdo con un contexto determinado(2). De ahí que *per se* no cualquier comportamiento que genere lesiones o ponga en peligro bienes jurídicos genere imputación; sino que lo determinante será el contexto de cada persona para valorar el comportamiento socialmente adecuado del inadecuado. Pues bien, los delitos de corrupción de funcionarios en el Código Penal peruano, como en muchos otros Códigos, es el resultado de la evolución social y jurídica; por ello, calza perfectamente el aforismo *ubi societas, ubi ius* 'donde hay sociedad hay Derecho', lo cual significa de manera muy especial que «así como es la sociedad, así será el Derecho». De ello se interpreta que al espíritu de cada época responde toda la sociedad y el derecho penal.

El derecho penal es una disciplina viva, en constante evolución, lo cual implica un tratamiento constante, no solo por parte del legislador, los operadores de justica, los abogados, sino por toda la sociedad, toda vez que el derecho penal se encuentra ligado necesariamente a esta última. Por esta razón implica a la comunidad jurídica y sociedad en general el deber nutrirse de estos artículos esgrimidos del más puro saber jurídico de los autores de esta obra que han cooperado —reconocidos abogados, magistrados especialistas en derecho penal—, como Carlos Mir Puig, Ramiro Salinas Siccha, Aldo Calcina Hancco, James Reátegui Sánchez, Eliu Arismendiz Amaya, Giuliana Flor de María Llamoja Hilares, Karl Andrei Borjas Calderón, Godofredo André García León, Raúl Ernesto Martínez Huamán, Paul Mendoza Vaez, Alexander Gonzales Orbegoso, Cesar Antonio Coa Serrano, Jorge B. Hugo Álvarez, Rafael H. Chanjan Documet, Dante Heredia Obregón, Rostyver Sotomayor Tapia, Milagros Medalit Vásquez Soto, Jorge Luis Mayor Sánchez, Daniel Simón Quispe Meza, Jefferson Gerardo Moreno Nieves y Jorge Isaac Torres Manrique.

Esta edición del libro es sumamente sencilla, práctica para litigio y para el estudio por su amplia información y exhaustiva sistematización entre la norma y el acervo de sumillas jurisprudenciales a cada artículo en

---

(2) JAKOBS, Gunther. *La imputación objetiva en el derecho penal. Del prólogo.* 1.ª ed. 2.ª reimpr. Traducido por Manuel Cancio Melia. Bogotá: Universidad de Externado, 1996, pp. 9-10.

concreto. Debemos resaltar la principal virtud de este Código Penal, vale decir, se encuentra adherido al sistema QR. Esto facilita el acceso a todas las jurisprudencias actualizadas de la Corte Suprema (Acuerdos Plenarios, Plenos Casatorios, Casaciones, Recursos de Nulidad, Directivas) y las normas complementarias en tiempo real desde Iphone, iPad, Mackbook, Laptop, *tablet* y celular. No solo se podrá acceder a la parte pertinente que se encuentra en este libro, sino de manera virtual (de modo completo), haciendo más sencillo el manejo de todas las jurisprudencias para mejor respaldo de la interpretación y aplicaciones de la norma sustantiva. Recomendamos el uso de este libro a los magistrados, abogados, catedráticos, funcionarios, autoridades públicas, profesionales, estuantes de derecho y también para los ciudadanos en general.

A la prestigiosa Editorial y Librería Jurídica Grijley y al Sr. Esteban Alvarado Yanac debemos agradecer por apoyar en todo momento la publicación de este modesto aporte monográfico, trabajado por diferentes autores especialistas.

En la perla del altiplano, ciudad de los vientos, a un día del mes de marzo de 2020.

Aldo Calcina Hancco
José Antonio Paredes Vera
Jorge Abad Salazar Calla
Milthon Quispe Huanca.
Directores de la obra
Coordinador de la obra.

DELITOS DE CORRUPCIÓN FUNCIONARIAL

Eliu Arismendiz Amaya(*)

SUMARIO: I. Introducción. **II.** De la clasificación de los tipos penales de corrupción funcionarial. **III.** De la estructura típica de los delitos especiales de corrupción funcionarial. 3.1. Del tipo objetivo. 3.1.1. De los elementos referente a los sujetos. 3.1.1.1. De los sujetos activos en los delitos especiales de corrupción funcionarial. 3.1.1.1.1. De los conceptos de funcionario y servidor público., 3.1.1.1.2. Concepto de funcionario público. 3.1.1.1.3. Concepto de servidor público. 3.1.1.1.4. Del concepto de funcionario o servidor público en el delito de soborno internacional pasivo. 3.1.1.1.5. Del concepto de los sujetos cualificados en el delito de cohecho pasivo específico. 3.1.1.1.6. Del concepto del sujeto cualificado en el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial. 3.1.1.1.7. Del concepto del sujeto cualificado en el delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales. 3.1.1.2. Del sujeto pasivo en los delitos especiales de corrupción funcionarial. 3.1.1.3. De la naturaleza de los delitos especiales de corrupción funcionarial según los sujetos cualificados. 3.1.1.3.1. Según la tesis de los delitos de dominio. 3.1.1.3.1.1. De la intervención delictual en los delitos especiales de corrupción funcionarial según la tesis de los delitos de dominio. 3.1.1.3.1.2. De la intervención delictual en los delitos especiales de corrupción funcionarial según la tesis de los delitos de infracción de deber. 3.1.2. De los elementos referente a la conducta en los delitos especiales de corrupción funcionarial. 3.1.2.1. De los medios corruptores en los delitos especiales de corrupción funcionarial. 3.1.2.1.1. Del donativo. 3.1.2.1.2. De la promesa. 3.1.2.1.3. De cualquier otra ventaja o beneficio. 3.1.2.2. De los verbos rectores delimitantes en los delitos especiales de los delitos de corrupción funcionarial. 3.1.2.2.1. Del verbo «aceptar» en los delitos especiales de corrupción funcionarial. 3.1.2.2.2. Del verbo «recibir» en los delitos especiales de corrupción funcionarial. 3.1.2.2.3. Del verbo «solicitar» en los delitos especiales de corrupción funcionarial. 3.1.2.2.4. Del verbo «condicionar» en los delitos especiales de corrupción funcionarial. 3.1.3. De los elementos concomitantes en los delitos especiales de corrupción funcionarial. 3.1.3.1. Del bien jurídico en los delitos especiales de corrupción funcionarial. 3.1.3.2. De la relación de causalidad e imputación objetiva en los delitos especiales de corrupción funcionarial. 3.2. Del tipo subjetivo. **IV.** De la estructura típica de los delitos comunes vinculados con el sistema de corrupción funcionarial. 4.1. Del tipo objetivo. 4.1.1. De los elementos referentes a los sujetos. 4.1.1.1. Sujeto activo. 4.1.1.2. Sujeto pasivo. 4.1.2. Elementos referentes a la conducta. 4.1.2.1. De los medios corruptores en los delitos comunes de co-

---

(*) Fiscal titular adjunto Provincial Penal de Lambayeque; abogado y magíster en Ciencias Penales por la UNPRG con estudios de doctorado.

rrupción funcionarial. 4.1.2.2. De los verbos rectores en los delitos comunes de corrupción funcionarial. 4.1.3. De los elementos concomitantes en los delitos comunes de corrupción funcionarial. 4.1.3.1. Del bien jurídico en los delitos comunes de corrupción funcionarial. 4.1.3.2. De los criterios de relación causal e imputación objetiva en los delitos comunes de corrupción funcionarial. 4.1.4. De la intervención delictual en los delitos comunes de corrupción funcionarial. 4.2. Del tipo subjetivo en los delitos comunes de corrupción funcionarial. **V.** De la estructura típica de las figuras específicas vinculadas con el sistema de corrupción funcionarial. 5.1. Del tipo objetivo de las figuras específicas vinculadas al sistema de corrupción funcionarial. 5.1.1. Del elemento referente a los sujetos intervinientes en las figuras específicas de corrupción funcionarial. 5.1.1.1. Del sujeto activo. 5.1.1.2. Del sujeto pasivo. 5.1.2. Del elemento referente a la conducta delictual en las figuras específicas de corrupción funcionarial. 5.1.2.1. Elementos referentes a la conducta en el delito de negociación incompatible. 5.1.2.1.1. De la clase de delito. 5.1.2.1.2. De los supuestos típicos. 5.1.2.1.3. De los elementos descriptivos. 5.1.2.1.3.1. Del «interés indebido» desplegado por el sujeto cualificado. 5.1.2.1.3.2. De «cualquier contrato u operación». 5.1.2.1.3.3. De la terminología «en razón del cargo». 5.1.2.1.3.4. Del interés en beneficio de un tercero. 5.1.2.1.3.5. De la forma de ejecución. 5.1.2.2. Elementos referentes a la conducta en el delito de tráfico de influencias. 5.1.2.2.1. De los elementos descriptivos. 5.1.2.2.1.1. De las influencias reales. 5.1.2.2.1.2. De las influencias simuladas. 5.1.2.2.2. Del interés en beneficio de un tercero. 5.1.2.2.3. De los verbos rectores., 5.1.2.2.4. De los medios corruptores. 5.1.2.3. De la clase de delito. 5.1.2.4. De los supuestos típicos del delito de tráfico de influencias. 5.1.2.4.1. Del primer supuesto típico. 5.1.2.4.2. Del segundo supuesto típico. 5.1.2.4.3. Del tercer supuesto típico. 5.1.2.5. De la forma de ejecución. 5.1.3. Respecto del delito de enriquecimiento ilícito. 5.1.3.1. De los elementos típicos. 5.1.3.1.1. Del abuso del cargo público. 5.1.3.1.2. Del incremento ilícito del patrimonio. 5.1.3.1.3. De la forma agravada. 5.1.3.1.4. Del indicio del enriquecimiento ilícito. 5.1.3.2. Clase de delito. 5.1.3.3. Forma de ejecución. 5.1.4. De los elementos concomitantes en las figuras delictuales específicas de corrupción funcionarial. 5.1.4.1. Del bien jurídico. 5.1.4.1.1. De las generalidades. 5.1.4.2. Del bien jurídico en el delito de negociación incompatible. 5.1.4.3. Del bien jurídico en el delito de tráfico de influencias. 5.1.4.4. Del bien jurídico en el delito de enriquecimiento ilícito. 5.1.5. De los criterios de imputación objetiva. 5.2. Del tipo subjetivo en las figuras específicas de corrupción funcionarial. **VI.** Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Bajo el sistema de codificación, podemos advertir que los delitos de corrupción funcionarial aparecen registrados en la sección IV, Capítulo II, Título XVIII del Código Penal vigente[1], por tanto, la técnica legislativa registra catorce tipos penales, figuras delictivas autónomas, algunas de

(1) El Código Penal peruano, promulgado el 3 de abril de 1991, luego fue publicado, según Decreto Legislativo N.° 635, el 8 de abril del mismo año.

ellas marcadas con técnica legislativa de correspondencia y otras reguladas de manera independiente; asimismo, advertimos cuatro figuras delictivas complementarias, esto es, respecto de la pena de inhabilitación, pena multa aplicable a las personas jurídicas, decomiso y adjudicación de bienes decomisados a favor del Estado.

Según el panorama expuesto, nos avocaremos al estudio de las figuras delictivas autónomas, esto es, a las catorce figuras delictivas, empero, el análisis de las mismas será conjunto, considerando la *técnica legislativa de correspondencia*, es decir, evidenciaremos la existencia de tipos penales autónomos que exigen una correspondencia intrínseca con otros tipos penales de la misma dimensión de autonomía, por cuanto las citadas figuras delictivas están marcadas por el binomio «cohechante» y «cohechado». Es decir, por un lado, se tiene a una persona que ofrece u otorga el medio corruptor y, por otro lado, una persona que acepta o recibe el mismo, existiendo entre ambos una correspondencia legislativa para cada supuesto típico, sin perder su independencia configurativa.

II. DE LA CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES DE CORRUPCIÓN FUNCIONARIAL

Las catorce figuras delictivas, vinculadas a los delitos de corrupción funcionarial, resulta ser, i) cohecho pasivo propio (art. 393); ii) soborno internacional pasivo (art. 393-A); iii) cohecho pasivo impropio (art. 394); iv) cohecho pasivo específico (art. 395); v) cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial (art. 395-A); vi) cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial (art. 395-B); vii) corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales; viii) cohecho activo genérico (art. 397); ix) cohecho activo transnacional (art. 397-A); x) cohecho activo específico (art. 398); xi) cohecho activo en el ámbito de la función policial (art. 398-A); xii) negociación incompatible (art. 399); xiii) tráfico de influencias (art. 400); xiv) enriquecimiento ilícito (art. 401).

Los tipos penales expuestos, según los sujetos, en mérito de la técnica legislativa de correspondencia, contienen figuras delictivas denominadas como delitos comunes y delitos especiales, por tanto, conviene separar dicha técnica legislativa a efecto de arribar a un mejor entendimiento sobre la temática, conforme se explica en las siguientes líneas.

Delitos especiales	Delitos comunes
• Cohecho pasivo propio (art. 393). • Soborno internacional pasivo (art. 393-A). • Cohecho pasivo impropio (art. 394) • Cohecho pasivo específico (art. 395). • Cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial (art. 395-A). • Cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial (art. 395-B). • Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales. • Negociación incompatible (art. 399). • Enriquecimiento ilícito (art. 401).	• Cohecho activo genérico (art. 397). • Cohecho activo transnacional (art. 397-A). • Cohecho activo específico (art. 398). • Cohecho activo en el ámbito de la función policial (art. 398-A). • Tráfico de influencias (art. 400).

De la misma forma, los tipos penales expuestos, aparecen ubicados sistemáticamente, considerando la «técnica legislativa de correspondencia» y «técnica legislativa independiente». En ese sentido, respecto de la primera técnica legal, advertimos que el legislador optó por ligar, bajo el binomio «cohechante» y «cohechado», determinadas figuras delictivas, conforme se demostrará a continuación.

Delitos especiales	Delitos comunes
• Cohecho pasivo propio (art. 393). • Cohecho pasivo impropio (art. 394).	• Cohecho activo genérico (art. 397)
• Soborno internacional pasivo (art. 393-A).	• Cohecho activo transnacional (art. 397-A).
• Cohecho pasivo específico (art. 395).	• Cohecho activo específico (art. 398).
• Cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial (art. 395-A). • Cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial (art. 395-B).	• Cohecho activo en el ámbito de la función policial (art. 398-A).
• Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales. (art. 396).	• Cohecho activo específico (art. 398).

Por otro lado, considerando una «técnica legislativa independiente», advertimos que en los delitos de corrupción funcionarial, existen figuras delictivas independientes, las mismas que no tienen correspondencia con otros tipos penales, entre ellos, tenemos los siguientes:

Artículos	Figuras delictivas independientes
Artículo 399	Negociación incompatible
Artículo 400	Tráfico de influencias
Artículo 401	Enriquecimiento ilícito

III. DE LA ESTRUCTURA TÍPICA DE LOS DELITOS ESPECIALES DE CORRUPCIÓN FUNCIONARIAL

Considerando las técnicas de tipificación, los tipos penales de la parte especial tienen un aspecto objetivo y un aspecto subjetivo, en ese contexto, los delitos especiales de corrupción funcionarial, tienen una redacción símil y peculiar, según su propia naturaleza, conforme se detalla a continuación:

3.1. Del tipo objetivo

El tipo objetivo de los delitos especiales de corrupción funcionarial presenta tres marcados componentes, siendo: i) elementos referentes a los sujetos; ii) elementos referentes a la conducta y iii) elementos concomitantes. Lo expuesto alcanza referencia gráfica en los siguientes términos.

3.1.1. De los elementos referente a los sujetos

Los delitos especiales de corrupción funcionarial, respecto de los sujetos, tienen una marcada y símil característica, conforme se detalla a continuación:

Delitos especiales de corrupción funcionarial	Sujeto activo	Sujeto pasivo
• Cohecho pasivo propio (art. 393)	• Funcionario público • Servidor público	• El Estado

• Soborno internacional pasivo (art. 393-A)	• Funcionario público de otro Estado • Servidor público de otro Estado • Funcionario de organismo internacional público	• El Estado
• Cohecho pasivo impropio (art. 394)	• Funcionario público • Servidor público	• El Estado
• Cohecho pasivo específico (art. 395)	• Magistrado • Arbitro • Fiscal • Perito • Miembro de Tribunal Administrativo. • Cualquier otro análogo a los anteriores	• El Estado
• Cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial (art. 395-A)	• Miembro de la Policía Nacional	• El Estado
• Cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial (art. 395-B)	• Miembro de la Policía Nacional	• El Estado
• Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales. (art. 396)	• Secretario judicial • Relator • Especialista • Auxiliar jurisdiccional • Cualquier otro análogo a los anteriores	• El Estado

3.1.1.1. De los sujetos activos en los delitos especiales de corrupción funcionarial

3.1.1.1.1. De los conceptos de funcionario y servidor público

Algunos tipos penales de corrupción funcionarial contienen como elemento normativo, respecto del sujeto activo, la exigencia de un sujeto cualificado que albergue el título de funcionario o servidor público, así tenemos los delitos de cohecho pasivo propio e impropio, previstos en los artículos 393 y 394 del Código Penal respectivamente. De la misma forma, se tiene el delito de soborno internacional pasivo, previsto en el artículo

393-A del mismo cuerpo legal; empero, en este último tipo penal se exige que el sujeto cualificado pertenezca a otro Estado u organismo internacional público; por tanto, resulta de suma importancia desarrollar un concepto de funcionario y servidor público.

3.1.1.1.2. Concepto de funcionario público

Existen diversas posturas sobre el tema, conforme venimos desarrollando dicha temática en otras publicaciones[2], así tenemos conceptos que fueron presentados por el derecho administrativo y derecho penal, situación que conllevó a cierto sector de la doctrina a la creación de un sistema de codificación, el cual unifique los criterios conceptuales vinculados al sistema de Administración pública y sus respectivos sujetos, siendo una vía idónea, conforme viene indicando Bartra Cavero[3], respecto del proyecto del Código de Procedimientos Administrativos. Sin embargo, nuestro sistema administrativo viene optando desde hace buen tiempo, por instrumentos técnicos especializados, conforme señala Sagastegui Urteaga[4] al referirse al D. S. N.° 183, de fecha 25 de enero de 1957, continuándose hasta la fecha con dicha técnica.

Un concepto tentativo de funcionario público, es aquel desarrollado por Olaizola Nogales[5], quien nos informa que se define al funcionario público como la persona que con un nombramiento aparentemente regular, jurídicamente nulo, o en circunstancias excepcionales sin el mismo, ejerce de buena fe funciones públicas de manera efectiva, exclusiva, pública, pacífica y continuada. Continúa indicando el autor aludido, que al funcionario de hecho, se le asignan las siguientes características: i) la existencia legal del cargo. No hay función pública sin cargo; ii) la posesión del cargo. El ejercicio

---

(2) ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 54 y ss.

(3) *Cfr.* BARTRA CAVERO, José. *Ley de procedimiento administrativo general*. Lima: Huallaga, 2007, p. 12.

(4) SAGASTEGUI URTEAGA, Pedro. *El proceso contencioso administrativo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000, p. 397.

(5) *Cfr.* OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*. En NAKAZAKI SERVIGÓN, César. *El Derecho Penal y procesal penal. Desde la perspectiva del abogado penalista litigante*, pp. 362 y ss.

del cargo es el título de habilitación del funcionario de hecho; iii) la posesión del cargo debe tener las siguientes notas: pacífica, pública (no clandestina) y continuada; iv) la apariencia de legitimidad del título o nombramiento. La persona que ejerce la función pública actúa de buena fe, es decir, cree en la legitimidad de su título de habilitación.

Por otro lado, existen diversos instrumentos legales especiales referentes al concepto de funcionario público. Así, tenemos: i) Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público[6]; ii) la ley Marco del Empleo Público[7]; iii) la Directiva N.° 08-2006-CG/SGE-PC[8]; iv) la Directiva N.° 09-2006-CG/SGE-PC[9]; v) Código de Ética de la Función Pública[10] ; vi) Texto Único Ordenado de la Normatividad del

---

(6) La Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, aprobada mediante D. Leg. N.° 276, de fecha 6 de marzo de 1984, fue reglamentada mediante D. S. N.° 005-90-PCM, publicado el 18 de enero de 1990, el artículo 4 del mencionado reglamento indica lo siguiente: «Considerase funcionario al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía. Los cargos políticos y de confianza son los determinados por Ley».

(7) Ley N.° 28175, de fecha 1 de enero del 2005, en el inciso 1, del art. 4, de la citada ley, señala lo siguiente: Funcionario público. El que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas del Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas. El funcionario público puede ser a) de elección popular directa y universal o confianza política originaria; b) de nombramiento y remoción regulados; c) de libre nombramiento y remoción.

(8) Aprobada mediante Resolución de Contraloría N.° 372-2006-CG, de fecha 6 de diciembre del 2006, tenemos que en el considerando «V» de la citada directiva indica que «entiéndase por funcionario a todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con la entidad y ejerza funciones de dirección o gerencia en esta».

(9) Publicada en el diario oficial el 9 de diciembre del 2006, en el rubro «V», respecto de definiciones básicas, se advierte lo siguiente: Para efecto de la presente directiva se considera autoridad ejecutiva superior a todo aquel que su nombramiento provenga de elección popular directa y universal o de designación por confianza política originaria, y funcionario a todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con la entidad y ejerza funciones de dirección o gerencia en esta.

(10) Aprobado por Ley N.° 27815, de fecha 12 de agosto del 2002. Asimismo, dicho artículo fue modificado por la Ley N.° 28496, de fecha 14 de abril del 2005, se tiene en el

Servicio Civil[11]; vii) Reglamento General de la Ley del Servicio Civil[12]; viii) La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción[13].

---

literal 4.1 del artículo 4 de la Ley N.° 27815: «Para los efectos del presente Código se considera como empleado público a todo *funcionario* o servidor de las entidades de la Administración pública en cualquiera de los niveles jerárquicos sea este nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre del servicio del Estado» (cursivas agregadas).

(11) D. S. N.° 007-2010-PCM, de fecha 13 de enero del 2010, según el inciso 1 del art. 13, precisa lo siguiente: «funcionario público. El que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas del Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas».

(12) Ley N.° 30057, publicada el 13 de junio del 2014; así, tenemos el literal «i» del artículo 1 del Título preliminar del citado instrumento legal que señala: Servidor Civil. La expresión servidor civil se refiere a los servidores del régimen de la Ley organizados en los siguientes grupos: funcionario público, directivo público, servidor civil de carrera y servidor de actividades complementarias. Comprende, también, a los servidores de todas las entidades, independientemente de su nivel de gobierno, cuyos derechos se regulan por los Decretos Legislativos N.° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, de carreras especiales de acuerdo con la Ley, a los contratados bajo el régimen del Decreto Legislativo N.° 1057, así como bajo la modalidad de contratación directa a que hace referencia el presente reglamento.

(13) Aprobada por Resolución legislativa N.° 28357, ratificada por D. S. N.° 075-2004-RE, se indica en el literal «a» y «b» del art. 2 de la citada convención, se precisa: **(a)** Por «funcionario público» se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado parte; iii) toda otra persona definida como «funcionario público» en el derecho interno de un Estado parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por «funcionario público» toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado parte; **(b)** Por «funcionario público extranjero» se entenderá toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido, y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública [...].

En ese sentido, el derecho administrativo, considerando el principio de taxatividad, indica que funcionario público deberá ser una persona natural, mayor de edad, portadora de un título (por elección popular, por nombramiento o mandato legal), el cual tendrá que estar habilitado por autoridad competente en el ejercicio de sus funciones, todo ello, con la finalidad de ejercer un cargo en representación del Estado, es decir, viabilizar la función pública. Asimismo, se indican diversos criterios delimitadores respecto de los requisitos, siendo uno de los más resaltantes, los criterios de igualdad y preeminencia de prestaciones personales, los cuales no serían los mismos respecto del sector privado(14). En ese mismo contexto resulta ser de suma importancia considerar los requisitos para ostentar el título de funcionario público, conforme indica Rojas Vargas(15), siendo i) el título, válido por su origen y formalidad(16); ii) el proceso de formalización del título(17); iii) la asunción efectiva del cargo(18); iv) otros requisitos no determinantes(19).

---

(14) *Cfr.* PENAGOS, Gustavo. *Curso de derecho administrativo*. T. II. Bogotá: Librería del Profesional, 1989, p. 413.

(15) ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, pp. 91 y 92.

(16) Los requisitos serían: a) Por elección popular directa, (presidente de la República, vicepresidentes, congresistas, alcaldes, regidores, presidentes regionales) o indirecta (miembros del Jurado Nacional de Elecciones, miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, fiscal de la nación, presidente de la Corte Suprema, etc.); b) Por nombramiento, (ministros, viceministros, funcionarios de confianza, jueces y fiscales, funcionarios de carrera), c) Por disposición legal, cuando así lo establece mediante norma específica la Constitución Política o la ley organiza u ordinaria de la materia para regular determinados casos en los cuales se producen ceses o vacaciones inopinadas.

(17) Abarca desde la publicación en el diario oficial, pasando por las impugnaciones, entrega de credenciales, hasta la ceremonia de juramentación y asunción formal del cargo, que implica la incorporación del sujeto público a la Administración pública.

(18) La misma que se concreta con el primer acto interno o externo de función. Llegado a este momento tenemos ya definido el concepto administrativo de funcionario público. A partir de entonces pasa a ser objeto de interés para el derecho penal y se le reconocen una serie de derechos y prerrogativas, a la vez que responsabilidades y obligaciones que le van a diferenciar marcadamente de los servidores públicos y de los particulares o *extraneus*.

(19) Los cuales se aúnan al concepto administrativo de funcionario público, como la remuneración, la permanencia o plazo legal de duración, los mismos que no hacen variar la naturaleza fundamental del concepto.

Siguiendo la misma temática, advertimos una tesis de peculiar existencia, nos referimos a «la tesis del concepto de funcionario público de hecho», figura admitida en el derecho administrativo y también en la praxis jurisprudencial penal[20], en términos de Nakasaki Servigón «se trata de un funcionario que ejerce una función pública pese a carecer de un elemento esencial, el título de habilitación ordinario»[21]. Por tanto, existen diversas teorías que pretenden explicar el concepto de funcionario de hecho, conforme lo viene indicando Olaizola Nogales[22], siendo: i) teoría de la apariencia de la legitimidad pública o doctrina de facto[23]; ii) teoría del nombramiento nulo o del undamento procesal[24]; iii) teoría de la protección a los terceros[25]; iv) teoría de la finalidad del ejercicio de hecho de la función pública; v) teoría de la buena fe subjetiva.

---

(20) Entre los más representativos, tenemos, el *Expediente* N.° 010-2001-SPE/CSJL (respecto del caso MONTESINOS TORRES por el presunto delito de peculado doloso en agravio del Estado) y el *Expediente N.° 2758-2004-HC/TC* (con relación al Caso Luis Bedoya de Vivanco).

(21) NAKAZAKI SERVIGÓN, César. *El Derecho Penal y procesal penal. Desde la perspectiva del abogado penalista litigante*. Lima: Gaceta Jurídica, 2017, p. 361.

(22) OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*, pp. 156 y ss., citado por NAKAZAKI SERVIGÓN, César. *El Derecho Penal y procesal penal. Desde la perspectiva del abogado penalista litigante*, pp. 362-363.

(23) Aparece vinculada a la doctrina de facto, es decir, se trataría de la apariencia de legitimidad frente al público del título de habilitación del funcionario de hecho. Se le considera funcionario público para proteger a las personas que se relacionan con él de buena fe, creyendo la autenticidad de su condición precisamente por su apariencia de tal. Respecto de la citada teoría, conforme indica Nakazaki Servigón, es duramente criticada porque no diferencia el usurpador de funciones y el funcionario de hecho.*Loc cit.*

(24) Define al funcionario de hecho como la persona que ejerce una función pública a pesar de tener un nombramiento nulo, es decir, el título de habilitación es el nombramiento nulo que se elabora a partir de un fundamento procesal, por lo tanto, la nulidad del acto jurídico administrativo requiere de la declaración de una autoridad a través de resolución administrativa o judicial, por lo que mientras esta no se produzca se considera al particular como funcionario público.

(25) Demanda tres condiciones para que exista un funcionario de hecho, siendo: i) el cargo público deber tener existencia de *iure* o reconocida por la ley; ii) la persona debe estar en el ejercicio del cargo; iii) la apariencia de legitimidad del título habilitante ante el público.

3.1.1.1.3. Concepto de servidor público

En términos similares que el concepto de funcionario público, existen diversos instrumentos legales que pretenden amparar un concepto de servidor público, entre ellas tenemos: i) Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público(26); ii) Ley Marco del Empleo Público(27); iii) Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control

---

Funcionario de hecho es el particular que sin título de habilitación nulo o irregular ejerce función pública en interés de la sociedad o en favor de la Administración Pública. La crítica aparece por no tener en cuenta el elemento fundamental del funcionario de facto: el nombramiento nulo. Su amplitud ha llevado a que se sostenga que ya no se trataría de un funcionario de hecho propiamente, sino de un particular que colabora con la Administración Pública.

(26) La Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, aprobada mediante D. Leg. N.° 276, de fecha 06 de marzo de 1984, fue reglamentada mediante D. S. N.° 005-90-PCM, publicado el 18 de enero de 1990. El artículo 3 del mencionado reglamento precisa lo siguiente: Para los efectos de la ley, entiéndase por servidor público al ciudadano en ejercicio que presta servicio en entidades de la Administración Pública con nombramiento o contrato de autoridad competente, con las formalidades de la ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en períodos regulares.

(27) Ley N.° 28175, de fecha 1 de enero del 2005. El inciso 3 del art. 4 de la citada ley, señala lo siguiente: Servidor público. Se clasifica en **a)** Directivo superior. El que desarrolla funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano programa o proyecto, la supervisión de empleados públicos, la elaboración de políticas de actuación administrativa y la colaboración en la formulación de políticas de gobierno. A este grupo se ingresa por concurso de méritos y capacidades de los servidores ejecutivos y especialistas, su porcentaje no excederá del 10 % del total de empleados de la entidad. La ineficiencia en este cargo da lugar al regreso a su grupo ocupacional. Una quinta parte del porcentaje referido en el párrafo anterior puede ser designada o removida libremente por el titular de la entidad. No podrán ser contratados como servidores ejecutivos o especialistas salvo que cumplan las normas de acceso reguladas en la presente Ley. **b)** Ejecutivo. El que desarrolla funciones administrativas, entiéndase por ellas al ejercicio de autoridad, de atribuciones resolutivas, las de fe pública, asesoría legal preceptiva, supervisión, fiscalización, auditoría y, en general, aquellas que requieren la garantía de actuación administrativa objetiva, imparcial e independiente a las personas. Conforman un grupo ocupacional. **c)** Especialista. El que desempeña labores de ejecución de servicios públicos. No ejerce función administrativa. Conforman un grupo ocupacional. **d)** De apoyo. El que desarrolla labores auxiliares de apoyo y/o complemento. Conforman un grupo ocupacional.

y de la Contraloría General de la República[28] ; iv) Código de ética de la función pública[29]; v) Texto Único Ordenado de la Normatividad del Servicio Civil[30]; vi) Reglamento General de la Ley del Servicio Civil[31].

---

(28) Ley N.° 27785, de fecha 13 de julio del 2002. En la novena disposición final, se indica lo siguiente: Es para los efectos de esta ley, todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con alguna de las entidades, y que en virtud de ello ejerce funciones en tales entidades.

(29) Aprobado por Ley N.° 27815, de fecha 12 de agosto del 2002. Asimismo, dicho artículo fue modificado por Ley N.° 28496, de fecha 14 de abril del 2005. El literal 4.1 del art. 4 de la Ley N.° 27815 indica lo siguiente: «para los efectos del presente Código se considera como empleado público a todo funcionario o *servidor* de las entidades de la Administración pública en cualquiera de los niveles jerárquicos sea este nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre del servicio del Estado» (cursivas agregadas).

(30) D. S. N.° 007-2010-PCM, de fecha 13 de enero del 2010. El inciso 3 del art. 13 precisa lo siguiente: Servidor público. Se clasifica en a) Directivo superior. El que desarrolla funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano programa o proyecto, la supervisión de empleados públicos, la elaboración de políticas de actuación administrativa y la colaboración en la formulación de políticas de gobierno. A este grupo se ingresa por concurso de méritos y capacidades de los servidores ejecutivos y especialistas, su porcentaje no excederá del 10 % del total de empleados de la entidad. La ineficiencia en este cargo da lugar al regreso a su grupo ocupacional. Una quinta parte del porcentaje referido en el párrafo anterior puede ser designada o removida libremente por el titular de la entidad. No podrán ser contratados como servidores ejecutivos o especialistas salvo que cumplan las normas de acceso reguladas en la presente Ley. b) Ejecutivo. El que desarrolla funciones administrativas, entiéndase por ellas al ejercicio de autoridad, de atribuciones resolutivas, las de fe pública, asesoría legal preceptiva, supervisión, fiscalización, auditoría y, en general, aquellas que requieren la garantía de actuación administrativa objetiva, imparcial e independiente a las personas. Conforman un grupo ocupacional.

(31) Ley N.° 30057, publicada el 13 de junio del 2014. El literal «i» del art. 1 del Título preliminar del citado instrumento legal, señala que: Servidor Civil: La expresión servidor civil se refiere a los servidores del régimen de la Ley organizados en los siguientes grupos: funcionario público, directivo público, *servidor civil* de carrera y *servidor de actividades complementarias*. Comprende, también, a los servidores de todas las entidades, independientemente de su nivel de gobierno, cuyos derechos se regulan por los Decretos Legislativos N.° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, de carreras especiales de acuerdo con la Ley, a los contratados bajo el régimen del Decreto Legislativo N.° 1057, así como bajo la modalidad de contratación directa a que hace referencia el presente Reglamento (cursivas agregadas).

Habiéndose realizado un somero análisis de los conceptos de funcionario y servidor público resulta pertinente precisar las diferencias entre dichos conceptos, conforme precisamos en otra publicación[32], tenemos: [33][34][35]

Funcionario público	Servidor público
Persona natural[33], mayor de edad, vinculada con el ejercicio de la Administración pública, con capacidad de decisión en razón del cargo asumido[34].	Persona natural, mayor de edad, contratada por el Estado en razón de sus conocimientos especializados para cumplir una función específica; sin embargo, no tiene capacidad de decisión, encontrándose sujeta a las directivas de su inmediato superior (funcionario público), así como a las diversas herramientas de gestión (Reglamento de Organización de Funciones, Manual de Organización de funciones, Directivas, etc.).
Representa directamente los intereses del Estado[35].	Representa indirectamente los intereses del Estado por cuanto se encuentra sujeto a los lineamientos señalados por un funcionario público.

(32) ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*, p. 62.

(33) Es necesario precisar que los conceptos aludidos se refieren a personas humanas y no así a personas jurídicas, por la misma propiedad del servicio brindado, por lo tanto, tendría razón DELGADILLO, quien indica que «el ejercicio del poder del Estado solo puede realizarse mediante la actuación de personas físicas y al hablar de la función pública, nos referimos a la actuación de los individuos investidos de la competencia que la Ley le atribuye a los órganos, por lo que necesariamente se hace referencia a las personas que desempeñan una función en el Estado y a las características jurídicas que presenten en el desarrollo de sus actividades, sin que por ello deba confundirse el régimen jurídico de los sujetos que ejercen la acción, con la acción misma». Véase DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis. *El derecho disciplinario de la función pública*. México: INAP, 1990, p. 12.

(34) Los funcionarios públicos, a efecto de viabilizar los planes estatales, están dotados de cierto poder de decisión el mismo que es coherente con la función pública, por cuanto, sin dicha característica, no sería posible operativizar el aparato estatal. En términos similares, PARADA VÁZQUEZ desarrolla las ideas de «función pública» e «investidura del cargo». Véase PARADA VÁZQUEZ, Ramón. La Degeneración del Modelo de Función Pública. *Revista de Administración Pública*, N.° 150, 1999, p. 420. Recuperado de <https://bit.ly/2rpreUs>.

(35) Dicha afirmación, radica en el sentido que el funcionario representa al Estado, no en el ejercicio amplio de poder, sino en razón de las atribuciones conferidas por la ley, según la naturaleza del cargo, conforme indica ISASI CAYO y MARIENHOFF, ambos citados por BACA MERINO. *Cfr.* ISASI CAYO, Juan, *Introducción al derecho administrativo*. Lima: Isasi & Ruiz Eldredge Abogados, 1997, p. 283. Asimismo, véase MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. T. III-B. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1970, pp. 8-9. Disponibles en <https://bit.ly/2HY4guD>.

Desarrolla estrategias, planes o instrumentos de gestión, con la finalidad de obtener los fines del Estado en el desarrollo de la Administración pública.	Las actividades y servicios especializados prestados al Estado, propios de su modalidad contractual, permiten la integración y facilitación de las estrategias y planes desarrollados por los funcionarios públicos.
La modalidad de contratación es flexible por cuanto puede asumir cargos de confianza, sin tener vinculación duradera con la entidad Estatal.	Presenta un régimen de contratación preestablecido, sujeto a determinados derechos y deberes, situación que presenta una relativa duración en el tiempo (Decretos Legislativos N.os 276, 728, 1057, etc.).
Pueden ser designados por sujeto habilitado en razón del cargo o por proceso de elección popular.	Pueden ser designados por sujeto habilitado en razón del cargo, más no así por proceso de elección popular.

Finalmente, nuestra toma de postura respecto de los conceptos de funcionario y servidor público, aparece orientada desde una perspectiva social así como jurídica, por cuanto, socialmente, los funcionarios y servidores públicos operativizan los planes estatales en pro del interés general, asimismo, jurídicamente, la mayoría de las figuras delictuales vinculadas con los delitos contra la Administración pública tienen como centro de imputación jurídico penal a dichas personas cualificadas cuyo accionar está sujeto a la ley(36). Es decir, desde un «contexto social», resulta pertinente la tesis de Baca Merino(37), quien esboza que la función pública, en puridad no es un oficio convencional, sino un *servicio* brindado por los diversos organismos o entidades estatales a favor de una determinada sociedad, en ese sentido, consideramos acertada la idea de Cantero Martínez, quien indica que respecto de los intereses del funcionario público frente a los intereses

(36) En términos similares, RUBIO LLORENTE, quien desarrolla y explica el principio de legalidad como medio conductor de las actividades públicas. Véase RUBIO LLORENTE, Francisco. El principio de legalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.° 39, Oviedo: septiembre-diciembre del 1993, p. 22.

(37) El autor desarrolla la idea de servicio, desplegado tanto por los funcionarios como por los servidores públicos. Véase. BACA MERINO, Roberto. *Apuntes sobre la condición de funcionario público en el Perú naturaleza de su función y finalidad de la misma en relación al interés general*. Recuperado de <https://bit.ly/2rpreUs> .

estatales, no pueda existir igualdad de derechos porque están en juego no sus intereses particulares, sino el interés general o social[38].

Desde una «perspectiva jurídica», los conceptos de funcionario y servidor público, para el derecho penal, resulta ser un tema peliagudo, no le falta razón a Malinverni, quien indica: «El que quisiera buscar los orígenes de la distinción entre ciudadano particular y funcionario público, debería concluir probablemente en que coinciden con el nacimiento del Estado. Desde cuando en una sociedad humana se manifiesta la necesidad de desarrollar algunas funciones colectivas, con la creación de los órganos destinados a cumplirlas y la atribución de funciones a determinadas personas físicas, nace la figura de funcionario público»[39].Por tanto, el derecho penal nacional tiene como referencia definitoria el artículo 425 del Código Penal, técnica legislativa que difiere de los conceptos utilizados en otras ramas del derecho, por cuanto, el legislador en materia penal opta por una técnica legislativa genérica, unificando las nomenclaturas de funcionario y servidor público, toda vez que, el código aludido no asume definición alguna, sino por el contrario se remite a dispositivos legales preexistentes en el ordenamiento jurídico con la finalidad que el agente del derecho penal dote de contenido según el caso concreto, esto implicaría identificar la relación funcional de dominio con respecto del bien jurídico y sus lineamientos laborales fijados en instrumentos de gestión extrapenales. En términos similares, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, mediante Cas. N. º 634-2015[40], de 28 de junio del 2016.

---

(38) CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. *El Empleo Público. Entre estatuto funcionarial y contrato laboral*. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 36.

(39) MALINVERNI, Alessandro. Pubblico ufficiale e incaricato de pubblico servicio nel diritto penale, p. 38. En BERNAL PINZÓN, Jesús. *Delitos contra la Administración Pública y asociación para delinquir*. Bogotá: Temis, 1965, p. 5.

(40) «[...] Para efectos penales, el artículo 425 del Código Penal incorpora una relación o listado de *numerus apertus* para entender los alcances penales de funcionario o servidor público, bajo el entendido de que el concepto de funcionario público tiene un contorno propio que reconoce la autonomía funcional del Derecho Penal respecto del resto de órdenes jurídicos especializados, como el administrativo, laboral o constitucional. Que, como elemento normativo, el artículo 425 del Código Penal proporciona un listado, que progresivamente se ha precisado —no sin marchas y contramarchas—, para los efectos de imputar responsabilidad penal, cuyo contenido esencial estriba, necesariamente, en que el sujeto activo tiene un título, una cualidad jurídica u otra de naturaleza objetiva —es un concepto funcional—, cifrado en la participación efectiva en la función pública, es decir, su contribución

De manera complementaria, podemos indicar que, además de los criterios establecidos en el artículo 425 del Código Penal, se deberá tener presente la posición del funcionario y servidor público en los tipos penales de la parte especial, a nuestro modo de ver el escenario, dicha temática versa sobre dos puntos específicos, siendo i) la existencia de los deberes vinculados al funcionario y servidor público[41] y ii) La posición del funcionario y servidor

---

a la función estatal —el ejercicio de la función pública, en virtud de una designación pública—. Ello es así porque el examen de las diferentes infracciones penales contra la Administración pública permite afirmar, como bien jurídico protegido categorial, los servicios que los poderes públicos han de rendir a la comunidad [...]. Que como el artículo 425 del Código Penal solo incorpora un listado abierto de todos aquellos que, para efectos penales, pueden ser considerados funcionarios o servidores públicos —es, pues, un elemento normativo—, obviamente es pertinente encontrar referencias para su delimitación en el orden normativo solo en el cual tienen sentido, como su sustrato, aumentando su dificultad a medida que el orden normativo, de referencia es más abigarrado [...]. El elemento normativo en análisis contiene una remisión normativa a otro precepto cuando, en su inciso seis o siete, menciona a la Constitución y a la Ley. Que, en efecto, desde una perspectiva sistemática y teleológica, el concepto de funcionario público, como se anotó, comprende a toda aquella persona que ejerce una función estatal en los marcos de los servicios públicos que el Estado desarrolla en la comunidad —esa noción, mucho más amplia que la del derecho administrativo, debe seguir a la de Administración pública con relación a la tutela penal—. Por ello, cuando la norma vigente en el momento de los hechos imputados hizo referencia a «entidades u organismos del Estado», más allá de que la Ley N.° 27713 en referencia, modificó la norma anterior —norma originaria— que expresamente hacía referencia a las «empresas del Estado o sociedades de economía mixta», imponía una interpretación que permitiera entender a toda institución, entidad u organismo público, en el que el Estado desarrolla sus actividades y servicios públicos, en los marcos de la ley, desde la que, sin duda alguna, era inevitable comprender a la actividad empresarial del Estado. Es cierto, igualmente, reconocer esa línea reformista errática del legislador nacional, sus idas y venidas, respecto de la actividad empresarial del Estado, pero más allá de su intento de concretar supuestos en línea casuística, siempre admitió que había entidades, instituciones y organismos públicos que realizaban servicios públicos, y personal que actuaba con ellos, así como también acogió una descripción abierta de funcionario o servidor público al incorporar en el listado a otros cargos que indicara la Constitución y la ley».

(41) La conducta de los funcionarios y servidores públicos aparece condicionada a la existencia de deberes, los cuales, por su misma naturaleza, resultan ser extratípicos, por cuanto aparecen amparados en determinadas instituciones preexistentes al tipo penal, en ese sentido, es de suma importancia, verificar la existencia de dichos deberes.

público frente al bien jurídico[42]. Por otro lado, precisamos que la conducta del funcionario y servidor público, aparece limitado por los lineamientos legales preestablecidos y no así por factores externos (prebendas, dádivas, influencias, etc.), dichos lineamientos legales resultan ser coherentes al modelo constitucional vigente en el Perú[43], conforme señala los artículos, 3[44], 43[45] y 44[46] de la Constitución Política de 1991, el cual impone la idea del con-

---

(42) Respecto del concepto de funcionario y servidor público, resulta ser la postura que adopta el sujeto cualificado frente al bien jurídico, en este caso, a nuestro criterio, la «Administración pública», entendida en sus dimensiones de expectativas sociales, las cuales aparecen vinculadas, por un lado, de forma *genérica*, al normal funcionamiento del sistema social bajo la idea del servicio al cual aparece ligado el sujeto cualificado y, por otro lado, de manera *específica*, a la sujeción de «deberes especiales» determinador por «instituciones positivas» manifiestas en la infracción de un «rol especial».

(43) En términos similares, el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Expediente N.° 0008-2003-AI-TC, Lima: 11 de noviembre del 2013, viene indicando en el FJ N.° 11. «El Estado social y democrático de derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca. Así, no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real (García Pelayo, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Editorial Alianza, 1980, p. 26), lo que supone la existencia de un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas, fundamenten el sistema jurídico estadual y sustenten sus funciones».

(44) Artículo 3. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno

(45) Artículo 43. La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

(46) Artículo 44. Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación. Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente, latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior.

texto social, democrático, de derecho y a la misma vez la idea de *servicio*[47], conforme aparece detallado en el artículo 39[48] de la citada Carta Magna. En ese mismo norte expositivo, el Tribunal Constitucional viene enlazando las categorías de función pública, intereses generales, servidores estatales (funcionarios y servidores públicos) y servicio, al establecer que «para la Constitución la función pública que, por tal, se encuentra al servicio de la Nación, la ejercen dos grandes grupos de servidores estatales, a saber, los servidores civiles y los servidores que cumplen función militar y policial. En relación con estas últimas, conforme a las normas constitucionales, a los fundamentos precedentes y al principio democrático, ejercen sus funciones bajo la supremacía del poder democrático, civil y constitucional»[49].

3.1.1.1.4. Del concepto de funcionario o servidor público en el delito de soborno internacional pasivo

El artículo 393- A del Código Penal, respecto del delito de soborno internacional pasivo, hace referencia al elemento normativo, funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público, en ese sentido, consideramos que se trata del mismo concepto expuesto lineas arriba, respecto de funcionario o servidor público, con la única diferencia que dichos sujetos cualificados aparecen ligados a entidades internacionales, así tenemos, para Salina Siccha: «El delito de cohecho pasivo internacional es un delito especial. Solo puede ser perfeccionado por una persona que tiene la condición o la cualidad de funcionario o servidor público de un Estado extranjero o tiene la condición de funcionario de un organismo internacional público que se entiende tiene negocios de carácter económico o

---

(47) La idea expuesta pone de relieve el análisis del principio de legalidad como ente regulador de la conducta de los funcionarios y servidores públicos. Véase ÁLVAREZ BERNAL, María Elena. *La ética en la función pública*. México: Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 2008, p. 159.

(48) Artículo 39. Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la nación. El presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el fiscal de la nación y el defensor del pueblo, en igual categoría, y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley.

(49) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Exp. N.° 0008-2005-PI/TC, Lima: 12 de agosto del 2005. Invocado por Baca Merino.

pretende tenerlos en el Perú. Los particulares internacionales están excluidos de ser autores de este delito, pero pueden fácilmente ser cómplices del indicado delito si se advierte que han colaborado o apoyado en la comisión del delito realizado por el sujeto obligado»[50].

3.1.1.1.5. Del concepto de los sujetos cualificados en el delito de cohecho pasivo específico

El delito de cohecho pasivo especifico, previsto en el artículo 395 del Código Penal, señala una diversidad de conceptos, conforme desarrollamos en otra publicación[51], es decir, el delito mencionado nos indica personas cualificadas que tengan el estatus de «magistrado», «árbitro», «fiscal», «perito», «miembro del Tribunal Administrativo» o cualquier otro análogo a los anteriores.

Respecto del término *magistrado,* la RAE indica que su procedencia surge del latín *magistrātus*, el mismo que significaría 'miembro de la carrera judicial con categoría superior a la del juez'[52]. Asimismo, respecto del termino aludido, la doctrina nos presenta un rico escenario conceptual sobre la temática, así tenemos, respecto del vocablo «magistrado», Rojas Vargas manifiesta que dicho vocablo tiene dos acepciones: «Una en sentido amplio para comprender con él a todo funcionario público que posee autoridad, ya sea judicial, administrativa o política (ingresan en esta definición lata, jueces, prefectos, ministros, fiscales, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, etc.). En sentido estricto, *magistrado* es el funcionario público encargado por ley de administrar justicia. Ingresan en esta noción estricta solo los jueces en sus diversos niveles y grados, jueces de paz, de primera instancia, vocales superiores, supremos; titulares y suplentes, interinos o provisionales; los jueces del Tribunal Constitucional y los del fuero militar policial»[53]. En términos similares, respecto de los fiscales, se deberá tener en cuenta la norma específica, es decir, el artículo 2 de la Ley N.° 30843[54]

---

(50) SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* 4.ª ed., pp. 550-551.

(51) ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública,* p. 630.

(52) Disponible en: http://dle.rae.es/?id=NsyUxgJ

(53) ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública,* p. 316.

(54) Publicada el 27 de mayo de 2016.

(Ley de la Carrera Fiscal) señala el perfil del fiscal, indicándose textualmente: «el perfil del fiscal está constituido por el conjunto de capacidades y cualidades personales y profesionales que aseguran que, en el ejercicio de sus funciones, los fiscales respondan idóneamente a los roles constitucionales de defensa de la legalidad, de los intereses públicos tutelados por el derecho, de representación de la sociedad en juicio y de investigación del delito»(55)-(56). En términos similares, el artículo 3 de la Ley N.º 29277(57) señala que «la carrera judicial se organiza en los siguientes niveles: **1.** Juez de paz letrados. **2.** Jueces especializados o mixtos. **3.** Jueces superiores, y **4.** Jueces Supremos»; de manera complementaria se deberá considerar los jueces de paz no letrados, quienes también pertenecen al ejercicio de la administración de justicia, empero, provienen de elección popular, así lo declara la Carta Magna, en el artículo 152, indicando que «los jueces de paz provienen de elección popular».

Respecto de la terminología árbitro, la RAE indica que proviene del latín *arbîter,-tri,* es decir, 'dicho de una persona que puede hacer o decidir algo por sí sola sin dependencia de otra persona que como autoridad reconocida o designada por las partes, resuelve un conflicto o concilia intereses'(58). Por tanto, los «árbitros» solo pueden ser sujetos activos en la medida que estén designados o nombrados oficialmente. En ese sentido, según Salinas Siccha:

---

(55) Por otro lado, en su oportunidad, se tenía que el Consejo Nacional de la Magistratura, hoy reemplazado por la Junta Nacional de Justicia, resultaba ser el órgano constitucional habilitado para nombrar y designar a los magistrados, entre ellos, jueces y fiscales.Así tenemos, el artículo 150: «el CNM se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando estos provengan de elección popular», por lo tanto, no existe duda alguna de que los fiscales de los diversos niveles tienen el estatus de magistrados, subsecuentemente; por tal razón, son nombrados como titulares bajo el procedimiento preestablecido por el CNM.

(56) Asimismo, existen niveles en el cargo de los magistrados, es decir, a nivel de fiscales, el art. 3 de la Ley de la Carrera Fiscal señala que «[...] la carrera fiscal se organiza en los siguientes niveles: 1. Cuarto nivel, que comprende a los fiscales supremos. 2. Tercer nivel, que comprende a los fiscales superiores o fiscales adjuntos supremos. 3. Segundo nivel, que comprende a los fiscales provinciales o fiscales adjuntos superiores.4. Primer nivel, que comprende a los fiscales adjuntos provinciales [...]».

(57) CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *Ley N. º 29277: Ley de la Carrera Judicial*. Lima: 4 de noviembre del 2008.

(58) Véase la página de la Real Academia Española. Recuperado de <https://bit.ly/2K36auN>.

«Los árbitros son personas designadas o nombradas oficialmente para solucionar un determinado problema. Estos pueden ser a) de derecho, se caracterizan por hacer uso del derecho aplicable para la solución del conflicto, y b) de conciencia, se valen de su sabiduría y los usos vigentes»(59).

Respecto del concepto de *perito*, la RAE indica que proviene del latín *perītus, por lo tanto se trata de* 'experto o entendido en algo', es decir, en términos de Salinas Siccha, se trataría de aquel «que domina una ciencia o arte y es llamado a colaborar con la administración o con la justicia para ilustrar al juez, fiscal o autoridad administrativa. Solo comprende a los peritos oficiales»(60).

Respecto de los *miembros del tribunal administrativo*, conforme señala Salinas Siccha, se «hace referencia explícita a los integrantes de los tribunales administrativos que sustancian y resuelven actos de relevancia extrapenal [...]. Cabe señalar que la norma penal emplea el término «miembro» para denotar con ello indistintamente a los titulares, suplentes, provisionales o extraordinarios, se refiere, por ejemplo, a los miembros del Tribunal del Indecopi, del Tribunal Fiscal, del Tribunal de Aduanas, etc.»(61).

Finalmente, la norma estipula la cláusula, *cualquier otro análogo a los anteriores*, es decir, se trata de una cláusula abierta, la misma que «abarca a cualquier otro funcionario o servidor público encargado por ley de administrar justicia jurisdiccional o administrativa. Entrarían aquí los miembros del JNE, los miembros del CNM hoy conocida como Junta Nacional de Justicia, Comisiones Especiales del Congreso, autoridades de las Comunidades Campesinas encargadas de administrar justicia comunal, etc.»(62), conforme lo venimos indicando en otras publicaciones(63).

3.1.1.1.6. Del concepto del sujeto cualificado en el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial

El delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, previsto en el artículo 395-A del Código Penal, exige la condición de

---

(59) SALINAS SICCHA, Ramiro. *Op. cit.*, pp. 580-581.

(60) Ibídem, p. 580.

(61) *Loc. cit.*

(62) Ibídem, p. 581.

(63) ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*, p. 632.

miembro de la Policía Nacional del Perú, el mismo que deberá operar en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la función policial, es decir, opere en razón del cargo específico encomendado, caso contrario, no existiría injusto penal.

Asimismo, a efecto de configurar correctamente la conducta delictual, se deberá tener presente que las actividades funcionales policiales aparecen precisadas en el artículo 2[64] del D. Leg. N.° 1267 y su respectivo reglamento,

---

(64) Artículo 2. Funciones

Son funciones de la Policía Nacional del Perú las siguientes: 1) Garantizar, mantener y restablecer el orden interno, orden público y la seguridad ciudadana; 2) mantener la paz y la convivencia social pacífica, garantizando la seguridad, tranquilidad y orden público; 3) promover e implementar mecanismos de coordinación y articulación en favor de la seguridad ciudadana; 4) garantizar el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado; 5) garantizar los derechos de las personas y la protección de sus bienes, privilegiando de manera especial a la población en riesgo, vulnerabilidad y abandono, incorporando los enfoques de derechos humanos, género e interculturalidad en sus intervenciones; 6) brindar seguridad al presidente de la República en ejercicio o electo, a los jefes de Estado en visita oficial, a los Presidentes de los poderes públicos y de los organismos constitucionalmente autónomos, a los congresistas de la República, ministros de Estado, así como a diplomáticos, dignatarios y otras personalidades que determine el reglamento de la presente Ley; 7) Prevenir, combatir, investigar y denunciar la comisión de los delitos y faltas previstos en el Código Penal y leyes especiales; 8) obtener, custodiar, asegurar, trasladar y procesar indicios, evidencias y elementos probatorios relacionados con la prevención e investigación del delito, poniéndolos oportunamente a disposición de la autoridad competente; 9) practicar y emitir peritajes oficiales de criminalística para efecto de procesos judiciales y otros derivados de la función policial; 10) realizar las funciones de investigación policial, por iniciativa propia o bajo la conducción jurídica del fiscal, en concordancia con el Código Procesal penal y las leyes de la materia; 11) investigar la desaparición y trata de personas; 12) administrar el sistema de inteligencia policial, en armonía con las normas que regulan el Sistema Nacional de Inteligencia;13) vigilar y controlar las fronteras, así como prestar apoyo a la Superintendencia Nacional de Migraciones para el cumplimiento de las disposiciones legales sobre el control migratorio; 14) fiscalizar el cumplimiento de las normas de tránsito por parte de los usuarios de la infraestructura vial, y de manera subsidiaria las normas de transporte en la red vial nacional; 15) garantizar el cumplimiento de los mandatos escritos del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Ministerio Público y la Oficina Nacional de Procesos Electorales, en el ejercicio de sus funciones; 16) participar subsidiariamente, a solicitud del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), en la seguridad de los establecimientos penitenciarios y en seguridad externa del traslado de los procesados y sentenciados de conformidad con la normatividad

aprobado por D. S. N.º 026-2017-IN[65], de la misma forma, para el Derecho Penal, los miembros de la Policía Nacional, resultan ser funcionarios o servidores públicos, conforme señala expresamente el inciso 5 del artículo 425, del Código Penal.

3.1.1.1.7. Del concepto del sujeto cualificado en el delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales

El delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, previsto en el artículo 396 del Código Penal, respecto del sujeto activo, exige un sujeto cualificado, esto es, «secretario judicial», «relator», «especialista», «auxiliar jurisdiccional» y «cualquier otro análogo a los anteriores». En ese sentido, respecto del término *secretario*, según la RAE, proviene del latín *secretarius*; es decir, se trataría de una «persona que se encarga de las labores administrativas de un organismo, institución o corporación y desempeña las funciones de extender actas, dar fe de los acuerdos y custodiar los documentos de esa entidad»[66]. Por otro lado, el término *judicial*, según la entidad autorizada en el lenguaje castizo, proviene del latín *iudiciālis*, advirtiendo que «pertenece o relativo al juicio, a la administración de justicia o a la judicatura»[67].

Por tanto, *secretario judicial* son todas aquellas personas naturales, vinculadas al Poder Judicial mediante una relación laboral específica, esto es, nombrados o contratados, quienes ostentan el estatus de servidores

---

vigente; 17) participar en la política de eco eficiencia del Estado y en el cumplimiento de las disposiciones relativas a la protección y conservación de los recursos naturales y del medio ambiente; 18) velar por la seguridad de los bienes y servicios públicos, en coordinación con las entidades estatales correspondientes; 19) garantizar la seguridad y protección de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación y de aquellos que se presuman como tales; así como la de los turistas y sus bienes; 20) participar en la Defensa Nacional, Defensa Civil y en el desarrollo económico y social del país; 21) identificar a las personas con fines policiales; 22) participar en Operaciones de Paz convocadas por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y otros organismos internacionales, y 23) ejercer las demás funciones que le señalen la Constitución, las leyes y sus reglamentos.

(65) Publicado en el Diario Oficial *El Peruano*, el 15 de octubre del 2017.

(66) Disponible en http://dle.rae.es/?id=XP8stc6.

(67) Disponible en http://dle.rae.es/?id=Ma9BcTB.

públicos, por cuanto no tienen capacidad decisoria funcionarial, cuyas funciones aparecen delimitadas por la normatividad especifica de la institución jurisdiccional.

Respecto del término *relator*, la RAE indica que proviene del latín relātor, -ōris, por lo tanto, se trataría de una «persona que en un congreso o asamblea hace relación de los asuntos tratados, así como de las deliberaciones y acuerdos correspondientes. En los tribunales superiores, letrado cuyo oficio es hacer relación de los autos o expedientes»[68], por tanto, *relator* resulta ser cualquier persona natural, vinculada con el Poder Judicial mediante una relación laboral específica, esto es, nombrado o contratado, quien ostenta el estatus de servidor público, toda vez que no tiene capacidad decisoria funcionarial, cuyas actividades aparecen manifiestas en las salas superiores y en las salas de la Corte Suprema, las mismas que se encuentran delimitadas por la normatividad especifica de la institución jurisdiccional, en este caso, según lo previsto en los artículos 250 y 251 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Las obligaciones de los relatores se precisan en el artículo 263 del citado TUO[69].

Con relación al término *especialista*, la RAE señala que se trataría de una «persona que cultiva o practica una rama determinada de un arte o una ciencia»[70], en términos ilustrativos, por tanto, consideramos que *especialista* resulta ser cualquier persona natural, vinculada con el Poder Judicial, es decir, se trataría de un especialista judicial, quien, mediante una relación laboral específica, esto es, nombrado o contratado, ostenta el estatus de servidor público, por cuanto, no tiene capacidad decisoria funcionarial, cuyas actividades aparecen determinadas por la normatividad especifica de la institución jurisdiccional.

Respecto del término *auxiliar*, la RAE indica que proviene del latín *auxiliāris*, por tanto, se trataría de un «[...] funcionario técnico o administrativo de categoría subalterna». En términos propio de Salinas Siccha, se tiene que «si bien todos los cargos anteriores, según el TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, también reciben la denominación general de auxiliares

---

(68) Disponible en http://dle.rae.es/?id=Vpf6L7o.

(69) SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*, p. 590.

(70) Disponible en http://dle.rae.es/?id=GWXrHCl

jurisdiccionales, con esta etiqueta el legislador ha pretendido englobar a todos los demás servidores del Poder Judicial que, de una u otra manera, tienen contacto con la tramitación de un proceso, ya sea de carácter jurisdiccional o administrativo. Aquí entran los asistentes administrativos, los asistentes de juez, los que cumplen la labor de notificadores, los que cumplen la labor en las Odecmas o en la OCMA, etc»[71].

Finalmente, respecto de la terminología *cualquier otro análogo a los anteriores,* se advierte el uso de una técnica legislativa abierta, al utilizar la terminología «otro análogo», empero, dicho estatus especial deberá encontrarse circunscrito de manera símil, a las condiciones, cargos labores o funciones de secretario judicial, relator, especialista y auxiliar jurisdiccional; por tanto, en este rubro, también pueden ser considerados, el personal laboral adherido a otras instituciones vinculadas a la administración de justicia, por ejemplo, el personal administrativo del Ministerio Publico, esto es, asistentes administrativos y asistentes en función fiscal.

3.1.1.2. Del sujeto pasivo en los delitos especiales de corrupción funcionarial

En los delitos especiales vinculados al sistema de corrupción funcionarial[72], respecto del sujeto pasivo, se puede afirmar, sin ambivalencia alguna, que, resultaría ser el Estado, por cuanto, es el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta «Administración pública», en términos similares, la doctrina jurisprudencial, fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del considerando vigésimo tercero de la Casación N.º 103-2017-Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: «En todos los delitos en los que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada».

Por otro lado, de manera complementaria, considerando la tesis del caso concreto, se deberá identificar la entidad a la cual aparece ligado el su-

---

(71) SALINAS SICCHA, Ramiro. *Op. cit.,* p. 591.

(72) Los delitos aludidos resultan ser **i)** cohecho pasivo propio (art. 393), **ii)** soborno internacional pasivo (art. 393-A), **iii)** cohecho pasivo impropio (art. 394), **iv)** cohecho pasivo específico (art. 395), **v)** cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial (art. 395-A), **vi)** cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial (art. 395-B), **vii)** corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales.

jeto activo a efecto de obtener la representación específica, es decir, si el funcionario resulta ser juez, entonces, el agraviado será el Estado, representado por el procurador de dicha entidad, lo mismo pasará en el caso que el sujeto activo resulte ser un efectivo policial, por tanto, el Estado estará representado por el Procurador de la Policía Nacional del Perú.

3.1.1.3. De la naturaleza de los delitos especiales de corrupción funcionarial según los sujetos cualificados

3.1.1.3.1. Según la tesis de los delitos de dominio

Los delitos especiales vinculados con el sistema de corrupción funcionarial[73], los cuales vienen siendo analizados, en la medida en que el agente del derecho, asuma la tesis del *delito de dominio*, entonces, se tiene que entender, desde una perspectiva formal, la existencia de dos supuestos; el *primer supuesto*, referido a que dichos tipos delictuales resultan ser delitos especiales propios, por cuanto, la condición especial del sujeto cualificado fundamenta la punibilidad, existiendo una técnica legislativa personalizada, subsecuentemente, no existe delitos comunes subyacentes; el *segundo supuesto* aparece referido a los criterios del dominio del hecho sobre el curso delictual, es decir, dominio sobre la acción, dominio sobre la voluntad y codominio del hecho, presupuestos necesarios para fundamentar los elementos de ampliación del tipo penal, esto es, autoría directa, mediata y coautoría, respectivamente, según cada caso concreto.

3.1.1.3.1.1. De la intervención delictual en los delitos especiales de corrupción funcionarial según la tesis de los delitos de dominio

La intervención delictual en los delitos materia de análisis tiene sus propios matices, según cada caso concreto, la misma que dependerá del verbo rector identificado en cada supuesto delictual, es decir, «aceptar», «recibir», «solicitar» y «condicionar».

---

(73) Entre ellos tenemos: **i)** cohecho pasivo propio (art. 393), **ii)** soborno internacional pasivo (art. 393-A), **iii)** cohecho pasivo impropio (art. 394), **iv)** cohecho pasivo específico (art. 395), **v)** cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial (art. 395-A), **vi)** cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial (art. 395-B), **vii)** corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales.

Respecto de la *autoría directa,* no existe problema alguno para sustentar su admisión, aun más cuando las citadas figuras delictivas resultan ser delitos de mera actividad y de peligro abstracto, según corresponda por cuanto los verbos rectores señalados son de comisión instantánea; subsecuentemente, la sola conducta delictual, desplegada por el sujeto cualificado, consuma el tipo penal, situación propia e imperante para justificar sin problema alguno la autoría directa.

Respecto de la *autoría mediata,* según nuestra concepción, sería admitida en casos muy específicos, por ejemplo, en el supuesto que el sujeto cualificado solicita indirectamente el medio corruptor, por medio de otro que opera en casos de error, coacción o inimputabilidad, dicho supuesto aparece registrado en los delitos de cohecho pasivo propio e impropio, cohecho pasivo específico, cohecho pasivo propio e impropio en el ejercicio de la función policial, en los demás supuestos en los cuales no se advierte la instrumentalización específica por mandato legal, sería dificultoso, por no decir inapropiado la invocación de la autoría mediata, la misma que operará de manera instantánea en la medida que se identifique el verbo rector; de manera complementaria, precisamos que existen supuesto conocidos como instrumentos dolosos no cualificados; es decir, son los casos en los cuales el tercero no cualificado actúa con dolo, en estos casos, el *extraneus* dolosos que actúa indirectamente por disposición del sujeto cualificado, deberá responder a título de cómplice (primario o secundario según corresponda) del delito especial cometido por el sujeto cualificado.

Respecto de la *coautoría,* desde una óptica de los delitos de dominio, es posible su admisibilidad en los delitos materia de estudio, en la medida que existan los presupuestos fundantes de la misma (acuerdo previo, repartición de roles y codominio funcional del hecho) y que cada sujeto cualificado, esto es, dos o más intervengan en razón del cargo específico emitiendo el acto funcional propio del cargo público, por tanto, la emisión del acto funcional deberá estar sujeto al pacto venal o venta de la función pública; siendo así, en el caso que no exista la prerrogativa funcional específica, propia del cargo, para que el sujeto cualificado actué, entonces no será posible sustentar una coautoría, a pesar que exista un sujeto cualificado. Lo expuesto advierte que el deber especial, vinculado con el cargo público, resulta ser personalísimo, encontrándose los sujetos cualificados comunicados por el acuerdo previo y el codominio funcional del hecho, supuesto que habilitan la coautoría, subse-

cuentemente, el presupuesto de repartición de roles, aparecerá manifiesto en la emisión del acto funcional específico en razón del cargo.

La participación delictual es posible en los delitos materia de análisis por cuanto el derecho penal nacional asume, por mandato legal, la tesis de la unidad del título de imputación, mediante el cual, el extraño deberá responder por el mismo ilícito penal desplegado por el autor cualificado, así tenemos la parte *in fine* del artículo 25 del Código Penal, modificado por el Decreto Legislativo N.° 1351[74], se indicó: «El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él». De la misma forma, el considerando 12 del Acuerdo Plenario N.° 3-2016/CJ-116, de fecha 12 de junio del 2017 indica: «Lo expuesto, pues, permite señalar que el artículo 26 no es una disposición que permita sustentar, legal o técnicamente, la adopción o preeminencia de cualquier enfoque teórico dirigido a excluir la necesaria accesoriedad de la intervención de un tercero *extraneus* como cómplice o instigador del mismo delito especial propio o de infracción de deber que solo puede ejecutar el funcionario público (teorías de ruptura del título de imputación). La eficacia y la utilidad dogmáticas de dicha norma se limitan, en realidad, únicamente a evitar que la mayor o menor punibilidad que puede proyectar una circunstancia genérica, específica o cualificada; así como causales de disminución o incremento de punibilidad (*Cfr.* José Reaño Peschiera. La participación del *extraneus* en el delito especial: punibilidad o no punibilidad. Tratamiento Sustantivo. *Actualidad Penal*, N.° 29, 2016, pp. 75-76), sobre la valoración y medición punitiva concreta del proceder delictivo del autor o partícipe de un mismo hecho punible —sea cual fuere la naturaleza de dicho delito— afecte o privilegie en igual medida a las demás personas intervinientes que interactuaron con aquel».

De la misma forma, la *instigación* es posible en los delitos especiales propios, materia de análisis, en la medida que el *extranei* determine al sujeto cualificado *intraneus* para que este último cometa el hecho punible cualificado; por tanto, la responsabilidad jurídico-penal del instigador aparecerá ligada al hecho punible del autor cualificado y no así a las condiciones especiales de este, subsecuentemente, el instigador responderá penalmente en la medida que el autor, esto es, el sujeto cualificado, su

(74) De fecha 7 de enero del 2017.

conducta alcance el nivel de delito tentado o injusto penal, propio del principio de accesoriedad limitada.

De tal forma, respecto de la *complicidad* primaria o secundaria, será posible, en la medida en que el *extranei* preste auxilio, directa o indirectamente, según el caso concreto, al sujeto cualificado de los delitos materia de análisis, por tanto, su responsabilidad jurídico-penal aparecerá identificada, considerando el principio de accesoriedad limitada, esto es, en la medida que la conducta del autor, sujeto cualificado, aparezca cuantitativa y cualitativamente, es decir, alcance el grado de delito tentado (tentativa) o injusto penal (típico y antijurídico), respectivamente.

3.1.1.3.1.2. De la intervención delictual en los delitos especiales de corrupción funcionarial según la tesis de los delitos de infracción de deber

Los delitos materia de análisis tienen una identificación dual, es decir, desde un aspecto formal, respecto del sujeto cualificado, resultan ser delitos especiales propios, por cuanto la condición especial del sujeto activo fundamenta la punibilidad, empero, desde un aspecto material, los delitos materia de análisis[75] resultan ser delitos de infracción de deber, por cuanto en el supuesto de hecho contienen una institución denominada «Administración pública», la misma que se condice con el objeto de protección genérico. De la misma forma, se advierte con mediana claridad que de dicha institución provienen deberes positivos, entre ellos, deber de probidad[76]; por tanto, el sujeto cualificado al incursionar en cualquier verbo rector registrado en el supuesto de hecho, siendo «aceptar», «recibir», «solicitar» y «condicionar», infringe dicho deber especial, perfeccionándose el ilícito penal por haber lesionado, simultáneamente, el bien jurídico, toda vez que dicho bien jurídico de tutela penal mantiene estrecha o símil naturaleza con la institución positiva.

---

(75) Conforme se viene indicando, entre ellos, tenemos: i) cohecho pasivo propio (art. 393), ii) soborno internacional pasivo (art. 393-A), iii) cohecho pasivo impropio (art. 394), iv) cohecho pasivo específico (art. 395), v) cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial (art. 395-A), vi) cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial (art. 395-B), vii) corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales.

(76) Según el Código de Ética aprobado por Ley N.° 27815, entiéndase por probidad: «actuar con rectitud, honradez y honestidad, procurando satisfacer el interés general y desechando todo provecho o ventaja personal, obtenido por sí o por interpósita persona».

De la misma forma, precisamos que deviene en irrelevante la verificación naturalista de la conducta expresada en los verbos rectores y sus subsecuentes consecuencias, esto es, que el agente delictivo viole o falte al cumplimiento de sus obligaciones o, en su defecto, imponga condicionamiento al particular para el cumplimiento de la labor funcional, siendo estas formas, criterios posconsumativos. Asimismo, es prudente indicar que en la dimensión de estos delitos de infracción de deber el acontecer causal expresado en el mundo exterior, mediante una conducta determinada por un hacer o dejar de hacer, no posee ninguna relevancia jurídico-penal a los efectos de la imputación(77). En ese sentido, la configuración de los delitos de infracción de deber tienen como único criterio determinar la autoría e injusto penal, la infracción del deber radicado en la institución positiva(78).

Por tanto, respecto de la *autoría*, será posible, únicamente, la *autoría directa* y no así respecto de las formas de autoría mediata y coautoría, por cuanto, según nuestra opinión, los deberes cualificados resultan ser personalísimos, los mismos que recaen en el sujeto cualificado, dichos deberes especiales aparecen vinculados a normas de mandato, las cuales obligan al sujeto especial a desarrollar un clima de protección en favor del bien jurídico que le fue encomendado, es decir, el sujeto cualificado posee deberes de salvamento

---

(77) CARO JOHN, José Antonio. *Normativismo e imputación jurídico-penal*. Lima: Ara Editores, 2010, pp. 73-74.

(78) En términos similares, conforme se viene indicando en capítulos anteriores, respecto de la autoría, Silvina Bacigalupo, quien indica: «El segundo principio estructural es el de los delitos de infracción de un deber extra penal, en lo que el único criterio para determinar la autoría es la infracción del deber por el obligado a cumplirlo». Véase. BACIGALUPO SAGUESSE, Silvina. *Autoría y participación en delitos de infracción de deber, una investigación aplicable al Derecho Penal de los negocios*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 172. Por otro lado, y de manera complementaria, Sánchez Vera-Gómez Trelles, considerando el peso de la institución positiva advierte que tal institución, contiene tanto deberes positivos como negativos, por lo tanto, entendemos que la infracción del deber especial y la lesión a la institución, no solo dan por sentado la autoría; sino que, además, fundamentan el injusto penal. Así, tenemos: «[...] las expectativas que vienen referidas a una institución positiva poseen pues —a diferencia de las expectativas negativas del *neminen laedere*— un doble contenido: toda institución positiva encierra en sí misma la institución negativa —pero no al contrario—».Véase SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES. Javier. *Delitos de infracción de deber*. En ROBLES PLANAS, Ricardo; PEÑARANDA RAMOS, Enrique; RUEDA MARTIN, María Ángeles; JAVIER RIGGI, Eduardo. *La responsabilidad en los delitos especiales, el debate doctrinal en la actualidad*. Buenos Aires: B de F, 2014, p. 294.

que lo sitúa en un estado de garante, subsecuentemente, la lesión o infracción de dichos deberes cualificados, fundamentaría el injusto penal.

Respecto de las formas de participación delictual, esto es, «complicidad» e «instigación» resulta ser posible su identificación, en la medida que su accionar aparezca ligado al hecho punible del autor cualificado y no así a las cualidades y condiciones personales del sujeto cualificado, por tanto, la responsabilidad jurídico penal del cómplice primario, secundario e instigador, aparecerá en la medida en que dichos sujetos no cualificados presten auxilios o determinen al sujeto cualificado, respectivamente; de la misma forma, precisamos que el sujeto no cualificado lesiona una norma de prohibición la misma que aparece ínsitamente registrada en la norma de mandato propia de los delitos de infracción de deber.

3.1.2. De los elementos referente a la conducta en los delitos especiales de corrupción funcionarial

Conforme se viene indicando, los delitos especiales vinculados al sistema de corrupción funcionarial, resultan ser: **i)** cohecho pasivo propio (art. 393), **ii)** soborno internacional pasivo (art. 393-A), **iii)** cohecho pasivo impropio (Art. 394), **iv)** cohecho pasivo específico (art. 395), **v)** cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial (art. 395-A), **vi)** cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial (art. 395-B), **vii)** corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales.

Ante ello, los citados tipos penales, respecto de la conducta, podemos ubicarla en dos niveles, siendo **i)** los medios corruptores; **ii)** los verbos rectores delimitantes, conforme se desarrollará en las líneas venideras.

3.1.2.1. De los medios corruptores en los delitos especiales de corrupción funcionarial

Los delitos especiales de corrupción funcionarial señalados líneas arriba tienen marcados medios corruptores, siendo «donativo», «promesa», «cualquier otra ventaja o beneficio», dichos medios corruptores resultan ser determinantes para efectos del contenido del injusto penal, por cuanto, al no advertirse los citados medios, el delito no existe. De la misma forma, es necesario precisar que, los medios corruptores, tienen que tener naturaleza tangible, es decir, susceptibles de ser utilizadas por el agente delictual; por lo tanto, resulta apropiada la tesis de Ramos Mejía, quien indica, respecto del concepto de «dádiva», lo siguiente:

«Cualquier beneficio, provecho o utilidad, con o sin valor económico: regalo de cosas o dinero, préstamos de cosas o dinero, descuentos, concesión de créditos, nombramientos, ascensos, honores, entradas gratuitas a espectáculos públicos, el comercio sexual, etcétera. En cambio, no serían dádivas por falta de beneficio o provecho concreto, las meras relaciones de índole amistosa, los placeres estéticos y las alabanzas que solo satisfacen la vanidad personal»[79].

3.1.2.1.1. Del donativo

El término *donativo*, según la RAE[80], proviene del latín *donatìvum*, por lo tanto, significa 'dádiva, regalo, cesión, especialmente con fines benéficos o humanitarios'. De manera ilustrativa, el profesor Abanto Vásquez, sostiene que «es sinónimo de "dádiva" o "presente" y significa cualquier regalo, cualquier entrega a título gratuito en el sentido comercial, pero que tiene por finalidad la venta de la función pública. Solamente puede tratarse de un bien concreto, mueble o inmueble y con contenido patrimonial[81]. Por otro lado, Rojas Vargas precisa que el donativo debe gozar de suficiencia motivadora, pues dicha característica permitirá «establecer parámetros de interpretación y hacer diferencias entre los obsequios nimios o insignificantes, que se supone carecen de suficiencia motivadora, de los donativos significativos en la lógica del medio corruptor. Así, la entrega de caramelos, flores, lapiceros de escaso valor o actos de cortesía, aprovechando ocasiones de celebración personales por parte del sujeto público o favores convencionales, que no sobrepasen criterios de estimación socialmente aceptables, se salen del espectro de significación de esta característica de relevancia penal»[82]. Siendo así, podemos concluir que *dádiva* será cualquier regalo u obsequio con valor patrimonial, mueble o inmueble, cuya entrega aparecerá comprometiendo la función pública por parte del agente delictual, quien opera en razón del cargo específico.

---

(79) RAMOS MEJÍA, Enrique. *El delito de concusión. Exigencias de dádivas en el ámbito de la función pública*. Buenos Aires: Depalma, 1963, p. 81.

(80) Disponible en http://dle.rae.es/?id=E840E0D.

(81) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2.ª ed. Lima: Palestra, 2003, p. 433.

(82) ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*, p. 292.

3.1.2.1.2. De la promesa

Respecto de la promesa, la RAE[83] indica que proviene del latín *promissa*, es decir, se trataría de la 'expresión de la voluntad de dar a alguien o hacer por él algo. Persona o cosa que promete por sus especiales cualidades'. Respecto de la «promesa», Salinas Siccha señala que «se traduce en un ofrecimiento hecho al agente de efectuar la entrega de donativo o ventaja debidamente identificada o precisa en un futuro mediato o inmediato. Se exige que la promesa tenga las características de seriedad y sea posible material y jurídicamente. El cumplimiento de la promesa resulta irrelevante para la configuración del cohecho. El delito se consuma con la verificación de la simple promesa»[84].

En ese sentido, consideramos que la terminología vinculada con el verbo *prometer* implica la existencia de un ofrecimiento o posibilidad inminente de concretarse en tiempo futuro, dicha promesa deberá tener connotación tangible, esto es, material, presupuesto por el cual el sujeto cualificado compromete la función pública encomendada en razón del cargo, por lo tanto, se puede advertir que el legislador optó por criterios de política criminal, adelantó la barrera de punibilidad, puniendo situaciones posibles y venideras.

3.1.2.1.3. De cualquier otra ventaja o beneficio

La técnica de tipificación utilizada por el legislador resulta ser abierta, con la finalidad de punir conductas contrarias al orden jurídico, es decir, utiliza la formula *cualquier otra ventaja o beneficio*, haciendo alusión a cualquier accionar en el cual pueda incurrir el funcionario o servidor público al comprometer la función pública; es decir, dicha técnica legislativa responde a criterios de política criminal dirigidos a combatir la corrupción en las esferas estatales, por tanto, el escenario indeterminado permite ingresar todo tipo de dádiva, beneficios personales o a favor de terceros, los mismos que tengan naturaleza tangible. El profesor Salinas Siccha indica de manera didáctica la temática, señalando que la cláusula aludida debe entenderse como «un mecanismo subsidiario y complementario que cubre todo lo que no sea susceptible de ser considerado donativo o presente. Es cualquier privilegio o beneficio que solicita o acepta el agente con la finalidad de quebrantar sus deberes

---

(83) Disponible en http://dle.rae.es/?id=ULPW1s9.

(84) SALINAS SICCHA, Ramiro. *Op. cit.*, p. 464.

funcionales: empleos, colocación en áreas específicas, ascensos, premios, cátedras universitarias, viajes, becas, descuentos no usuales, favores sexuales, favores laborales, etc.»[85].

En este rubro, es menester precisar los supuestos vinculados a los favores sexuales, los cuales, a nuestro modo de entender las cosas, también pertenecen al catálogo de los medios corruptores, resultando perfectamente posible ser invocados para lograr la configuración del injusto penal, en términos similares, la doctrina extranjera, también viene aceptándola como parte del tipo penal. Así tenemos a Casas Barquero, quien indica: «[...] si la sórdida avidez de dinero es el motivo más frecuente de corrupción, también puede esta realizarse para gozar de los favores de una dama, para obtener un puesto o una distinción, para satisfacer un deseo de venganza u otra finalidad legítima: todo puede caber en el concepto amplísimo de utilidad, y no vemos motivo por el cual ha de excluirse una pretensión erótica ilícita»[86].

3.1.2.2. De los verbos rectores delimitantes en los delitos especiales de los delitos de corrupción funcionarial

Los delitos especiales de corrupción funcionarial son los siguientes: *i*) cohecho pasivo propio (art. 393); ii) soborno internacional pasivo (art. 393-A); iii) cohecho pasivo impropio (art. 394); iv) cohecho pasivo específico (Art. 395); v) cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial (art. 395-A); vi) cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial (art. 395-B), y vii) corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, tienen marcados verbos rectores, los cuales son «aceptar», «recibir», «solicitar» y «condicionar».

3.1.2.2.1. Del verbo «aceptar» en los delitos especiales de corrupción funcionarial

El verbo *aceptar*, según la RAE, proviene del latín *acceptāre*, lo cual significa 'recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga'. En ese sentido, el sujeto cualificado, *intraneus*, operando en razón del cargo funcionarial, recibe libre y espontáneamente el medio corruptor (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio) entregado por el su-

---

(85) *Loc. cit.*

(86) CASAS BARQUERO, Enrique. *El cohecho. El falso testimonio. Estudios de Derecho Penal Especial*, Bogotá, Caracas, Panamá-Quito: Jurídica Bolivariana, 1996, pp. 186-187.

jeto no cualificado *extraneus*, dicha aceptación conlleva implícitamente a que el sujeto cualificado tolere o consienta la entrega del medio corruptor[87]; por tanto, los tipos penales especiales de corrupción funcionarial alcanzan perfeccionamiento con la mera aceptación del donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, resultando irrelevante si la entrega del medio corruptor aludido logro concretarse, así como deviene en innecesario; si el sujeto cualificado emitió el acto funcional, violando, cumplimiento sus actividades funcionariales, condicionando las mismas o producto de las ya realizadas, según el caso concreto, por cuanto la técnica legislativa utiliza, mayoritariamente, la preposición «para», lo cual advierte una posibilidad, la misma que para el derecho penal tiene que ser inminente y factible de realizar, por tanto, las bromas, por la misma ineficacia del accionar, no tendría contenido delictual, en ese sentido, el tipo penal resulta ser un delito de *mera actividad y* en algún momento *delitos de peligro abstracto*, por cuanto, dicho escenario configurativo responde a los lineamientos de política criminal adoptados por el legislador, adelantando la barrera de punibilidad, subsecuentemente, el delito tentado es inexistente.

3.1.2.2.2. Del verbo «recibir» en los delitos especiales de corrupción funcionarial

Respecto del verbo *recibir*, en términos de la RAE, proviene del latín *recipĕre*, es decir, 'dicho de una persona. Tomar lo que le dan o le envían. Hacerse cargo de lo que le dan o le envían', por tanto, el agente delictual asume como tal el medio corruptor, ingresándolo a su esfera personal; es decir, se trata de un accionar concreto, no es especulativo, demandándose la materialización de la misma, incluyendo la promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, por cuanto, el agente delictual concreta el pacto venal, todo ello con la finalidad de negociar la función pública, a efecto de emitir un acto, sea violando, cumplimiento sus actividades funcionariales, condicionando las mismas o producto de las ya realizadas. De la misma forma, en este extremo, los tipos penales aludidos resultan ser tipos penales de mera actividad y en algún momento delitos de peligro abstracto, ajenos al delito tentado.

---

(87) SALINAS SICCHA, Ramiro. *Op. cit.*, p. 517.

3.1.2.2.3. *Del verbo «solicitar» en los delitos especiales de corrupción funcionarial*

Respecto del verbo *solicitar*, la RAE indica que dicho verbo proviene del latín *sollicitāre*, el cual significa 'pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado'[88], es decir, el sujeto cualificado, *intranei*, pide al particular el medio corruptor (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio); dicha pretensión ilegal aparece conectada, en algunos casos, por ejemplo, respecto de los delitos de cohecho pasivos —propios e impropios— con el requerimiento directo o indirecto, esto implica, respecto del primer supuesto —directamente— que el funcionario o servidor público, por sí mismo solicita al particular el medio corruptor; por tanto, se trata de una iniciativa del *intraneus*. Respecto del supuesto —indirectamente— implica que el sujeto cualificado, valiéndose de un tercero, solicita el medio corruptor, comprometiendo la función pública, por tanto, los tipos penales materia de análisis son tipos de mera actividad y en algunos casos, tipos de idoneidad, es decir, delitos de peligro; ante ello, deviene en irrelevante la aceptación del pacto venal por parte del tercero *extraneus*, ya sea en las modalidades, directa e indirectamente, por cuanto, el funcionario o servidor público aparecen dotados de deberes especiales personalísimos que imponen obligaciones de salvamento o de protección frente al bien jurídico encomendado.

Por otro lado, aparece la interrogante: ¿Es necesario que el particular conozca del medio corruptor solicitado por el funcionario o servidor público, en violación de sus obligaciones? Ante ello, considero que respecto de la solicitud directa no existe problema alguno, por cuanto, el supuesto delictual no admite cuestionamiento, por la claridad de su redacción; es decir, el funcionario o servidor público, de manera personal comunica el pacto venal acompañado del medio corruptor; sin embargo, el problema aparece en el supuesto de solicitar el medio corruptor indirectamente, por intermedio de una tercera persona, es decir, nos encontramos ante los casos de «interpósita persona», en los cuales el funcionario o servidor público solicita el medio corruptor a través de un tercero. En este último supuesto, considero que es perfectamente posible dotar de contenido penal dicha conducta, por cuanto,

---

(88) Disponible en http://dle.rae.es/?id=YI2EH8k.

nos encontramos ante un supuesto delictual unilateral[89], en el cual el injusto penal alcanza perfeccionamiento en la medida en que se haya expresado el verbo *solicitar*, el mismo que inmediatamente genera la infracción del deber especial de probidad y deberes de salvamento que tiene el sujeto cualificado frente al bien jurídico otorgado en custodia por cuanto el delito resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto.

La afirmación expuesta, conforme lo explicamos en otras publicaciones sobre el acto «interpósita persona» sistemáticamente encuentra armonía con todos los verbos rectores y modalidades típicas de los delitos de cohecho, propio, impropio o específico, por cuanto, respecto del verbo solicitar, no resulta requisito típico la aceptación del pacto venal por parte del particular, bastando la emisión de la solicitud que contiene el medio corruptor, aún más, cuando de la misma redacción típica se advierte la preposición «para», presupuesto que justifica la clasificación de un delito de peligro abstracto. En ese sentido, lo que sí resultará necesario es verificar, para efectos probatorios, la presencia del tercero intermediario, quien recibió el pacto venal.

3.1.2.2.4. Del verbo «condicionar» en los delitos especiales de corrupción funcionarial

El supuesto delictual delimita la conducta del agente público, aparece impreso en los delitos de cohecho pasivo propio y cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial. En ese sentido, la RAE, respecto del verbo *condicionar* implica hacer depender algo de una condición. Influir de manera importante en el comportamiento de alguien o en el desarrollo de algo[90]; de la misma forma, el verbo aludido aparece ligado al verbo *entregar*, por tanto, la citada academia refiere que proviene del latín *integrāre*, situación que implica 'dar algo a alguien, o hacer que pase a tenerlo'[91]; siendo así, el funcionario o servidor público hace depender su actividad funcional del medio corruptor (donativo o ventaja), solicitado al particular, imponiéndole

---

(89) MARTÍNEZ ARRIETA, A. *Comentarios al Código Penal*. T. IV, cit., pp. 3109-3110., Citado por PEÑA CABRERA. *Op. cit.*, p. 478. El autor aludido indica que en el caso de que el tercero acepte la solicitud, deberá responder por su propio delito. En ese sentido, podemos advertir que la tesis del acto unilateral alcanza consistencia.

(90) Disponible en http://dle.rae.es/?id=ABu7Ig2.

(91) Disponible en http://dle.rae.es/?id=FltFypa.

condicionante de afectación; es decir, en el supuesto que el particular cumpla con la entrega del medio corruptor, entonces, habilitará —en un tiempo venidero— el acto funcional a su favor, caso contrario, en el supuesto de que el particular no acceda a tal pretensión venal, entonces, sufrirá las consecuencias con el acto funcional emitido en su perjuicio. Siendo así, el supuesto aludido aparece influenciado por un escenario futuro de la emisión de la conducta venal, empero, los verbos condicionantes operan, para efectos configurativos, en tiempo presente; en ese sentido, en este extremo nos encontramos en un delito de peligro abstracto.

3.1.3. De los elementos concomitantes en los delitos especiales de corrupción funcionarial

Los delitos especiales vinculados con el sistema de corrupción funcionarial[92] que se vienen analizando, respecto de los elementos concomitantes, tenemos fundamentalmente dos rubros para ser analizados, siendo: i) el bien jurídico y ii) la relación causal e imputación objetiva.

3.1.3.1. Del bien jurídico en los delitos especiales de corrupción funcionarial

No es nada pacífica la temática respecto del objeto de tutela en los delitos especiales de corrupción funcionarial; por un lado, el profesor Abanto Vásquez indica que el objeto de protección resulta ser el principio de imparcialidad en el desenvolvimiento de las funciones y servicios por parte de los sujetos públicos. Sus decisiones deben tomarse sin la intervención de interferencias[93]; asimismo, Rodríguez Vásquez sostiene lo siguiente: «El bien jurídico protegido en este título es el correcto funcionamiento de la Administración pública; es decir, se intenta proteger, fundamentalmente, la objetividad que debe presidir la actuación administrativa que debe servir con objetividad

(92) Dichos tipos penales resultan ser i) cohecho pasivo propio (art. 393), ii) soborno internacional pasivo (art. 393-A), iii) cohecho pasivo impropio (art. 394), iv) cohecho pasivo específico (art. 395), v) cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial (art. 395-A), vi) cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial (art. 395-B), vii) corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales.

(93) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Op. cit.*, p. 422.

los intereses generales»[94]. Por otro lado, Rojas Vargas afirma que «el objeto de la tutela penal implícito en las normas penales que regulan los tipos de cohecho pasivo y activo es, en sentido general, garantizar el correcto funcionamiento y el prestigio de la Administración pública y, más específicamente —para varias modalidades de corrupción—, asegurar el principio de imparcialidad que debe guiar la conducta funcional de los sujetos públicos»[95].

Asimismo, el sistema jurisprudencial, mediante la sentencia referencial plasmada en el Exp. N.° 00063-2011-1-1826-JR-PE-01[96], indica lo siguiente: «El bien jurídico protegido en este título es el correcto funcionamiento de la Administración pública, es decir, se intenta proteger, fundamentalmente, la objetividad que debe presidir la actuación administrativa que debe servir con objetividad los intereses generales».

En ese sentido, considero que el bien jurídico general resulta ser el correcto funcionamiento de la Administración pública, por cuanto, la finalidad del legislador aparece dirigida a la protección del interés público[97]; por otro lado, según nuestro criterio, de manera específica, el objeto de protección resulta ciertos principios que están vinculados a deberes éticos sociales personalísimos y que convierten al sujeto cualificado en garante especial[98] del bien jurídico genérico, pues nos referimos al principio de imparcialidad el cual aparece ligado al deber de probidad que le asiste a todo funcionario o servidor público que opera en razón del cargo encomendado. En ese sentido, el pacto venal, entablado entre el agente delictivo cualificado y el particular, defrauda dicho principio e infringir el deber, lesionando

---

(94) RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, *Julio et al. Compendio jurisprudencial sistematizado: Prevención de la corrupción y justicia penal.* En GUIMARAY MORI, Erick (Coord.). Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 2014, p. 47.

(95) ROJAS VARGAS, Fidel. *Op. cit.*, pp. 289-290.

(96) PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. Expediente N.° 00063-2011-1-1826-JR-PE-01, Lima, 15 de junio del 2010, FJ n. 9.

(97) BERNAL PINZÓN, Jesús. *Op. cit.*, p. 161.

(98) En términos similares, Bernad Schünemann refiere que los delitos especiales son delitos de garante, es decir, que el sujeto activo es garante del bien jurídico por encontrarse en una especial situación frente al mismo. Véase GARCIA CAVERO, Percy. *Intervención delictual en estructuras criminales.* Lima: Jurista, 2019, p. 199.

la institución «Administración pública», encontrando en este extremo, justificación no solo la conducta contraria al orden jurídico, sino también la justificación al reproche jurídico-penal.

3.1.3.2. *De la relación de causalidad e imputación objetiva en los delitos especiales de corrupción funcionarial*

Respecto de los criterios de imputación objetiva, conforme venimos sosteniendo en diversos apartados y publicaciones, dicha institución opera en la medida de la naturaleza del delito, esto es, según los verbos rectores determinados en el supuesto de hecho, es decir, «aceptar», «recibir», «solicitar» y «condicionar», verbos rectores que resultan ser de comisión instantánea, propios de los delitos de mera actividad, por tanto, no se cumpliría con los presupuesto propios del baremos espacio-tiempo, inmersos en los criterios de imputación objetiva, situación que no haría posible invocar criterios de imputación objetiva en dicha figura delictiva, empero, no es nada pacífica dicha postura, dejando a salvo las inminentes posibilidades de admisión, por cuanto, existe un escenario dogmático que viene postulando su admisión en los delitos de mera actividad(99).

3.2. Del tipo subjetivo

Por otro lado, a nivel del tipo subjetivo advertimos que los delitos especiales de corrupción funcionarial resultan ser tipos penales de comisión dolosa, no admitiéndose la forma imprudente, por cuanto, por técnica de tipificación, el dolo es inferido y la culpa es expresa, según los lineamientos fijados en el artículo 12 del Código Penal. En el sistema jurisprudencial nacional, se viene asumiendo la tesis binomial del dolo, es decir, en el Perú, el dolo es concurrencia de *conocimiento y voluntad*, conforme señala la Casación N.° 367-2011-Lambayeque(100), de 15 de julio del

(99) MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona: Reppertor, 2015. Recuperado de http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A2.pdf.

(100) En la casación aludida, se advierte los siguientes postulados, siendo: «4.7. Tradicionalmente el dolo se ha definido como conciencia y voluntad de la realización de una conducta objetivamente típica. En el dolo, la relación es directa tanto en lo causal como en lo culpable; por ello, el agente conoce el resultado delictivo y lo quiere para actuar dolosamente no es suficiente con el conocimiento de los elementos del hecho típico, es preciso querer realizarlo. Es la concurrencia de esa voluntad lo que funda-

2013, dicho criterio jurisprudencial resulta ser vinculante, por cuanto, se sentó doctrina jurisprudencial.

Asimismo, el sistema jurisprudencial, respecto de la identificación de la voluntad del agente delictivo, en los delitos de comisión dolosa, indica: «El tipo subjetivo es, desde luego, doloso. El dolo no se prueba, se atribuye o se imputa al autor con base a criterios de referencia sociales asumidos por el derecho penal [101]. «[...] Lo esencial para atribuir el dolo al agente delictivo son las máximas de experiencia y el rol social del imputado»[102].

IV. DE LA ESTRUCTURA TÍPICA DE LOS DELITOS COMUNES VINCULADOS CON EL SISTEMA DE CORRUPCIÓN FUNCIONARIAL

Los delitos comunes vinculados al sistema de corrupción funcionarial resultan ser los siguientes: i) cohecho activo genérico (art. 397), ii) cohecho activo transnacional (art. 397-A), iii) cohecho activo específico (art. 398), iv) cohecho activo en el ámbito de la función policial (art. 398-A). En las líneas siguientes, se analizará, someramente, los tipos penales respectivos.

4.1. Del tipo objetivo

El tipo objetivo de los delitos especiales de corrupción funcionarial, presentan tres marcados componentes, siendo: i) elementos referentes a los sujetos, ii) elementos referentes a la conducta y iii) elementos concomitantes. Lo expuesto alcanza referencia gráfica en los siguientes términos.

---

menta el mayor desvalor de acción del tipo de injusto doloso frente al imprudente. 4.8. En ese sentido, el dolo del cómplice radica en el conocimiento de la clase del hecho al cual coopera, saber que es un hecho injusto y la voluntad de prestar la colaboración; que la ayuda prestada ocasionalmente sin voluntad no es complicidad. 4.9. En consecuencia, estando a los argumentos antes esgrimidos este Supremo Tribunal considera que debe establecerse como doctrina jurisprudencial que, para los efectos de determinar la responsabilidad penal en grado de complicidad, sea primaria o secundaria, deberá analizarse si la conducta desplegada por el imputado en cada caso concreto al cooperar o prestar colaboración, ha constituido un aporte que contenga el elemento subjetivo del dolo».

(101) **Recurso de Apelación N.° 06-2018- Ayacucho** (véase el fundamento jurídico 4.3). El subrayado es nuestro.

(102) **Recurso de nulidad N.° 1470-2017- Junín,** del 12 de noviembre del 2018 (véase el fundamento jurídico sexto). El subrayado es nuestro.

4.1.1. De los elementos referentes a los sujetos

4.1.1.1. Sujeto activo

Los delitos materia de análisis, resultan ser delitos comunes, por cuanto, la redacción típica aparece determinada por el pronombre impersonal «el que», además de ello, sobre el sujeto activo no existe ninguna cualificación especial que restringa el radio de autores. Subsecuentemente, el tipo penal puede ser cometido por cualquier persona con capacidad de reprochabilidad jurídico penal.

Asimismo, las figuras delictivas, materia de comentario, pueden ser cometidas por un funcionario o servidor público, en la medida en que no opere, específicamente, en razón del cargo funcionarial. En términos similares, Reátegui Sánchez —al comentar el delito de cohecho activo genérico— refiere que «el sujeto activo de este ilícito al tratarse de un delito común, puede ser cualquier persona, incluyendo a otro funcionario o servidor público que no posea las facultades específicas para realizar el acto funcionarial»(103).

Finalmente, precisamos que los tipos penales citados no pueden ser delitos de infracción de deber, por cuanto, sobre el sujeto activo, no existe institución alguna que lo vincule con el bien jurídico y le imponga deberes especiales de protección o salvamento.

4.1.1.2. Sujeto pasivo

Resulta ser el Estado, por cuanto, es el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta «Administración pública», en situación similar, la doctrina jurisprudencial, fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del considerando Vigésimo Tercero de la Casación N.° 103-2017-Junin, del 15 de agosto de 2017, señaló lo siguiente: «En todos los delitos en los que el agraviado no sea una persona natural o jurídica tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada».

4.1.2. Elementos referentes a la conducta

Los delitos analizados son a) cohecho activo genérico (art. 397), b) cohecho activo transnacional (art. 397-A), c) cohecho activo específico (Art.

(103) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos cometidos por funcionarios en contra de la Administración Pública*. Lima: Jurista, 2014, p. 460.

398), d) cohecho activo en el ámbito de la función policial (art. 398-A), respecto de la conducta, contiene supuestos marcadas, siendo básicamente: i) los medios corruptores y ii) los verbos rectores, conforme serán desarrollados en las líneas venideras.

4.1.2.1. De los medios corruptores en los delitos comunes de corrupción funcionarial

Los delitos comunes vinculados al sistema de corrupción funcionarial mantienen una símil técnica legislativa respecto de los delitos especiales de corrupción funcionarial, es decir, «donativo», «promesa», «cualquier otra ventaja o beneficio», por tanto, en el caso de que el supuesto de hecho materia de imputación no contenga el citado medio corruptor; el supuesto fáctico atribuido deviene en inexistente. Ante ello, con fines didácticos y con intención de no redundar en la redacción, nos remitiremos al apartado analizado líneas arriba respecto de los medios corruptores de los delitos especiales de corrupción funcionarial, por cuanto, tienen un idéntico o símil contenido.

4.1.2.2. De los verbos rectores en los delitos comunes de corrupción funcionarial

Los verbos rectores en los tipos penales analizados, resultan ser «ofrecer», «dar» y «prometer», dichos verbos rectores son de comisión instantánea, lo que advierte que la naturaleza de los delitos analizados resultan ser delitos de mera actividad, por cuanto en la medida en que el sujeto no cualificado incurra en cualquiera de los citados verbos consuma el tipo penal respectivo.

Respecto del verbo *ofrecer*, según la Real Academia Española, el citado verbo proviene del latín *offerre* situación que implicaría 'comprometerse a dar, hacer o decir algo. Presentar y dar voluntariamente algo'[104]. En ese sentido, el sujeto no cualificado inicia el pacto venal ofreciendo el medio corruptor (promesa, ventaja o beneficio), al funcionario o servidor público, con la finalidad que dicho sujeto cualificado realice un acto propio de la función pública encomendada, violando, contraviniendo o condicionando sus obligaciones, según el caso concreto. De la misma forma, la incursión en el supuesto de hecho del verbo *ofrecer* advierte que la técnica legislativa adelantó la barrera de punibilidad, por tanto, el tipo penal citado resultaría ser un delito

---

(104) Disponible en http://dle.rae.es/?id=QwAzBOh (consultado el 20-04-19).

de peligro abstracto, es decir, se advierte una técnica legislativa *ex ante* a la lesión del bien jurídico, por cuanto el legislador utilizó la preposición «para», por tanto, resulta irrelevante que el sujeto no cualificado cumpla con entregar el medio corruptor; asimismo, deviene en innecesario que el funcionario o servidor público viole, cumpla o condicione su acto funcional, y en los casos que esto último suceda advertiríamos un escenario agotado del *iter delictual*, según el caso concreto.

Respecto del verbo rector *dar*, según la Real Academia Española, el citado verbo proviene del latín *dare*, es decir, 'ofrecer materia para algo. Conferir, proveer en alguien un empleo u oficio'(105). En ese contexto, se tiene que el sujeto no cualificado, entrega el medio corruptor, (promesa, ventaja o beneficio), al funcionario o servidor para que realice un acto propio de la función, violando sus obligaciones. Siendo así, el verbo *dar* es de naturaleza activa y de comisión instantánea, por tanto, basta que el sujeto no cualificado entregue el medio corruptor al funcionario o servidor público, para que el tipo penal alcance perfeccionamiento consumativo, subsecuentemente, el tipo penal resulta ser, en este extremo, delito de mera actividad. De la misma manera, considerando la técnica legislativa, la misma que recurre a la preposición «para», el tipo penal resulta ser delito de peligro abstracto; es decir, no se requiere para efectos consumativos, que el funcionario o servidor público emita el acto funcional, en razón del cargo, violando, cumpliendo o condicionando su acto funcionarial. Asimismo, el criterio *ex ante* utilizado por el legislador, propio de una política criminal de prevención y protección de bienes jurídicos, bastará la sola entrega del medio corruptor para que el tipo penal alcance perfeccionamiento, siendo innecesario que el funcionario o servidor público reciba el medio corruptor.

Respecto del verbo *prometer*, considerando los lineamientos de la Real Academia Española, proviene del latín *promittere*, es decir, 'obligarse a hacer, decir o dar algo'(106); por lo tanto, de la redacción del tipo penal se tiene que el sujeto no cualificado promete al funcionario o servidor la entrega del medio corruptor (promesa, ventaja o beneficio) con la finalidad de que el sujeto cualificado realice un acto propio de la función, violando sus obligaciones funcionariales. Siendo así, el verbo *prometer* resulta ser de naturaleza

(105) Disponible en http://dle.rae.es/?id=BrtRK35 (consultado el 19-04-19).

(106) Disponible en http://dle.rae.es/?id=ULSmbRK (consultado el 19-04-19).

activa y de comisión instantánea, subsecuentemente, basta que el sujeto activo no cualificado emita la promesa de la entrega del medio corruptor a favor del sujeto cualificado para que el tipo penal alcance consumación, por tanto, el delito resulta ser, en este extremo, delito de mera actividad. Finalmente, la técnica legislativa utiliza la preposición «para», por tanto, el tipo pena resulta ser delito de peligro abstracto, es decir, para efectos consumativos no se requiere que el funcionario o servidor público emita el acto funcional, en razón del cargo, violando, cumpliendo o condicionando su acto funcionarial, según el caso concreto, situación que aparece, en términos similares que los verbos anteriores, el criterio *ex ante*, utilizado por el legislador, responde a un lineamiento de una política criminal de prevención y protección de bienes jurídicos.

4.1.3. De los elementos concomitantes en los delitos comunes de corrupción funcionarial

Los delitos analizados, esto es, **a)** cohecho activo genérico (art. 397), **b)** cohecho activo transnacional (art. 397-A), **c)** cohecho activo específico (art. 398), **d)** cohecho activo en el ámbito de la función policial (art. 398-A), respecto de los elementos concomitantes, tenemos, determinados presupuestos, siendo **i)** el bien jurídico y **ii)** la relación causal e imputación objetiva.

4.1.3.1. Del bien jurídico en los delitos comunes de corrupción funcionarial

Existen diversas posturas que pretenden fundamentar el bien jurídico aludido, así tenemos, la tesis de Rojas Vargas, respecto del delito de cohecho activo genérico, quien indica: «el bien jurídico que es objeto de tutela común es el correcto funcionamiento de la Administración pública, así como el prestigio y la imparcialidad de la misma. Sin embargo, el objeto específico de tutela en el cohecho activo radica en brindar protección al ejercicio regular de las funciones públicas contra los actos de sujetos diversos que intentan corromper a los agentes de la Administración pública»(107).

Por otro lado, Reátegui Sánchez, respecto del delito previsto en el artículo 397 del Código Penal, afirma que «lo que se protege, en realidad, a

(107) ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4.ª ed. Lima: Grijley, 2007, p. 534.

través del delito de cohecho activo, es que el funcionario o servidor público, en todo momento, realice su labor (ya sea de gestión o de decisión), dentro del ámbito de sus funciones específicas, con la total tranquilidad que el caso amerita, teniendo como finalidad el deber de objetividad, si se trata de actos de investigación, o el deber de imparcialidad, si se trata de un acto de decisión funcionarial. Que no existan agentes o elementos externos de carácter ilícito (como, por ejemplo, donativos, promesas, ventajas o beneficios) que perjudiquen o afecten seriamente la actividad de la Administración pública, en cualquiera de sus sectores»[108].

Según el panorama expuesto, considero conforme vengo sosteniendo en otros apartados, el bien jurídico general resulta ser el correcto funcionamiento de la Administración pública, por cuanto, la finalidad del legislador aparece dirigida a la protección del interés público[109], por otro lado, de manera específica, el interés objeto de protección resulta ser la «actividad funcionarial vinculada con la Administración pública» mediante la cual el funcionario o servidor pública despliega sus labores. Dicha afirmación aparece ligada al bien jurídico general, pretendiéndose de esta manera garantizar el normal y correcto desarrollo de la Administración pública y la protección de los deberes funcionariales[110].

4.1.3.2. De los criterios de relación causal e imputación objetiva en los delitos comunes de corrupción funcionarial

Respecto de los criterios de imputación objetiva, conforme se viene indicando líneas arriba respecto de los delitos especiales de corrupción funcionarial, dicha institución aparece de conformidad con la naturaleza del delito, es decir, en la medida que el delito mantenga el binomio «espacio-tiempo», baremo propio de los delitos de resultado.

La institución jurídica aludida, según nuestra óptica, es ajena a los delitos comunes de corrupción funcionarial, por cuanto, según la naturaleza de los verbos rectores «ofrecer» «dar» y «prometer», los citados delitos, según

---

(108) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Op. cit.*, p. 453.

(109) *Cfr.* BERNAL PINZÓN, Jesús. *Op. cit.*, p. 161.

(110) En términos similares, respecto de la protección de los deberes funcionariales, SALINAS SICCHA, Ramiro. *Op. cit.*, p. 605.

la conducta, resulta ser delito de mera actividad y de peligro abstracta , por tanto, los criterios de imputación objetiva resultan ser ajenos por la carencia del baremo espacio-temporal; sin embargo, no es nada pacífica dicha postura, por cuanto, cierto sector de la dogmática jurídico-penal viene postulando su admisión en los delitos de mera actividad(111).

4.1.4. De la intervención delictual en los delitos comunes de corrupción funcionarial

Respecto de la *autoría directa,* es perfectamente posible, por cuanto los tipos penales analizados resultan ser delitos de mera actividad y de peligro abstracto, según corresponda, toda vez que los verbos rectores señalados son de comisión instantánea, subsecuentemente, la sola conducta delictual, desplegada por el sujeto no cualificado, consuma el tipo penal, presupuesto afín a la autoría directa.

Respecto de la *autoría mediata,* según nuestra concepción, en primer momento, no resulta posible su admisión en los delitos analizados, por cuanto, al ser considerado dicho ilícito como delito de mera actividad, el alto nivel personalísimo, impuesto por la técnica legislativa en la redacción de los verbos rectores, nos advierte la ejecución directa del autor, diluyendo la posibilidad de instrumentalizar a un tercero. Sin embargo, existen casos muy específicos, en los cuales el sujeto activo no cualificado ofrece, otorga o promete el medio corruptor de manera indirecta, por ejemplo, en el supuesto de hecho del delito de cohecho activo transnacional (art. 397-A), dicho escenario exige la presencia de un tercero cuyo accionar puede tener o no contenido penal; es decir, el tercero no tendrá responsabilidad penal en la medida en que su conducta corresponda a casos de error, coacción o inimputabilidad. Por otro lado, existen supuesto conocidos como instrumentos dolosos no cualificados, es decir, son los casos en los cuales el tercero no cualificado actúa con dolo; en estos casos, el tercero que actúa indirectamente por disposición del sujeto cualificado deberá responder a título de cómplice (primario o secundario según corresponda) por cualquiera de los delitos analizados.

---

(111) Véase MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General.* Barcelona: Reppertor, 2015 y http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A2.pdf (consultada el 20-08-17).

Respecto de la *coautoría*, es posible su admisibilidad en los delitos materia de estudio, en la medida en que existan los presupuestos fundantes de la misma (acuerdo previo, repartición de roles y codominio funcional del hecho), y que cada sujeto no cualificado incurra en cualquiera de los verbos rectores configuradores, según el caso concreto.

La participación delictual es posible en los delitos, materia de análisis, es decir, se admite la *instigación* en la medida en que el agente delictual determine al autor para que este último cometa el hecho punible, por tanto, la responsabilidad jurídico-penal del instigador aparecerá ligada al hecho punible del autor cualificado, subsecuentemente, el instigador responderá penalmente en la medida en que la conducta del autor alcance el nivel de delito tentado o injusto penal, propio del principio de accesoriedad limitada. Respecto de la *complicidad, primaria o secundaria*, será posible, conforme fue analizada líneas arriba, en la medida en que el agente delictual preste auxilio, directa o indirectamente —según el caso concreto— al autor de los delitos materia de análisis, por tanto, su responsabilidad jurídico penal, aparecerá identificada, considerando el principio de accesoriedad limitada. Es decir, en la medida en que la conducta del autor aparezca cuantitativa y cualitativamente, esto es, alcance el grado de delito tentado (tentativa) o injusto penal (típico y antijurídico), respectivamente.

4.2. Del tipo subjetivo en los delitos comunes de corrupción funcionarial

Los delitos comunes de corrupción funcionarial resultan ser tipos penales de comisión dolosa, no admitiéndose la forma imprudente, por cuanto, por técnica de tipificación, el dolo es inferido y la culpa es expresa, según los lineamientos fijados en el artículo 12 del Código Penal. Deviene en pertinente, tan igual que los delitos especiales de corrupción funcionarial, precisar que el nivel subjetivo implica la concurrencia del conocimiento y voluntad en el sujeto activo, tesis asumida por el sistema jurisprudencial nacional, conforme señala la Casación 367-2011-Lambayeque, de fecha 15 de julio del 2013, dicho criterio jurisprudencial resulta ser vinculante, por cuanto, se sentó doctrina jurisprudencial. De la misma forma, el sistema jurisprudencial, respecto de la identificación de la voluntad del agente delictivo, en los delitos de comisión dolosa, indica: «El tipo subjetivo es, desde luego, doloso. El dolo no se prueba, se atribuye o se imputa al autor con base en crite-

rios de referencia sociales asumidos por el Derecho Penal[112]. [...] Lo esencial para atribuir el dolo al agente delictivo son las máximas de experiencia y el rol social del imputado»[113].

V. DE LA ESTRUCTURA TÍPICA DE LAS FIGURAS ESPECÍFICAS VINCULADAS CON EL SISTEMA DE CORRUPCIÓN FUNCIONARIAL

Las figuras delictuales específicas de los delitos de corrupción funcionarial resultan ser i) negociación incompatible (art. 399 CP), ii) tráfico de influencias (art. 400 CP), iii) enriquecimiento ilícito (art. 401 CP). En ese sentido, los tipos penales expuestos serán analizados en las líneas siguientes.

5.1. Del tipo objetivo de las figuras específicas vinculadas al sistema de corrupción funcionarial

El tipo objetivo de los delitos de negociación incompatible, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito, a nivel del tipo objetivo presenta tres presupuestos, siendo: i) elementos referentes a los sujetos, ii) elementos referentes a la conducta y iii) elementos concomitantes.

5.1.1. Del elemento referente a los sujetos intervinientes en las figuras específicas de corrupción funcionarial

5.1.1.1. Del sujeto activo

Respecto del delito de *negociación incompatible*[114], desde una perspectiva formal, resulta ser un delito especial propio, por cuanto, la técnica legislativa se remite a un sujeto cualificado, esto es, funcionario o servidor

---

(112) Recurso de Apelación N.° 06-2018- Ayacucho (véase el fundamento jurídico 4.3). El subrayado es nuestro.

(113) Recurso de nulidad N.° 1470-2017- Junín, del 12 de noviembre del 2018 (véase el fundamento jurídico sexto). El subrayado es nuestro.

(114) Artículo 399. El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa (artículo modificado por el artículo único de la Ley N.° 30111, del 26-11-13).

público, dicha condición fundamenta la punibilidad, no existiendo un tipo penal común subyacente, restringiéndose el círculo de autores. Por otro lado, desde una perspectiva material, el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido, respecto de la conducta, resultaría ser un delito de infracción de deber, por cuanto, el supuesto de hecho contiene una institución cualificada; esto es, Administración pública, la misma que alberga un deber especial impuesto en el agente delictivo, el mismo que fundamentaría el injusto penal, por tanto, sobre el sujeto activo existe un rol especial, obligándolo a tener un deber de salvamento frente al bien jurídico tutelado.

En relación con el delito de *tráfico de influencias*(115), respecto del sujeto activo, resulta ser un delito común, toda vez que sobre el agente delictual no existe ninguna condición especial que fundamente la punibilidad, aunado a ello, el legislador utiliza el pronombre impersonal «el que», por tanto, cualquier persona con capacidad de reprochabilidad puede ser autor del delito instruido. El tipo penal aludido, respecto del supuesto de hecho, no contiene institución especial alguna, por tanto, el delito aludido no resulta ser un delito de infracción de deber; en este extremo, deviene necesario explicar la parte *in fine* del artículo 400 del Código Penal en el cual se hace remisión a un sujeto cualificado, esto es, funcionario o servidor público. Ante ello, si bien aparece registrado dicho sujeto especial, empero, dicho precepto no convierte al delito analizado en un delito especial propio o delito de infracción de deber por cuanto en este extremo no se advierte supuesto de hecho, subsecuente la condición especial de funcionario o servidor público aparece como una circunstancia agravante específica, intensificando el nivel penológico y no así fundamentando el injusto penal.

---

(115) Artículo 400. El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36, y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2, y 8 del artículo 36, y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa (artículo modificado por el art. 2 del Decreto Legislativo N.° 1243, del 22-10-16.).

Respecto del delito de *enriquecimiento ilícito*[116], desde una perspectiva formal, con relación al sujeto activo, se exige un sujeto cualificado, es decir, funcionario o servidor público, por tanto, resulta ser un delito especial propio, esto es, el tipo penal exige un agente delictual cualificado, dicha condición especial restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente. En términos similares, Reátegui Sánchez indica: «En el primer párrafo del artículo 401, solo serán considerados autores los funcionarios o servidores públicos, siempre que se cumpla con lo dispuesto en el artículo 425 del Código Penal»[117]. Por otro lado, desde una perspectiva material, es decir, considerando el supuesto de hecho, se advierte la presencia de una institución cualificada, esto es, Administración Pública, por tanto, dicha institución contiene los deberes especiales que vinculan al sujeto cualificado.

5.1.1.2. Del sujeto pasivo

Los delitos de negociación incompatible, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito, respecto del sujeto pasivo, tienen como ente común al Estado, por cuanto, es el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta «Administración Pública». En términos similares, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del considerando Vigésimo Tercero de la Casación N.° 103-2017-Junin, del 15 de agosto de 2017, señaló lo siguiente: «En

---

(116) Artículo 401. El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, será reprimido con pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita (artículo modificado por el art. 2 del Decreto Legislativo N.° 1243, del 22.10.16.).

(117) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Op. cit.*, p. 574.

todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada.

5.1.2. Del elemento referente a la conducta delictual en las figuras específicas de corrupción funcionarial

Los tipos penales, según nuestra óptica, deberán ser analizados considerando, fundamentalmente dos factores, siendo: i) la clase de delito y ii) la forma de ejecución, por tanto, en las líneas venideras, las figuras delictivas materia de comentario serán analizados los tipos penales aludidos, considerando los supuestos expuestos.

5.1.2.1. Elementos referentes a la conducta en el delito de negociación incompatible

5.1.2.1.1. De la clase de delito

El delito de negociación incompatible resulta ser un delito de mera actividad, por cuanto, exige, para efectos consumativos, el solo interés por parte del sujeto cualificado en una contratación u operación en la cual participa en razón del cargo, interés indebido que opera a favor del agente delictual o de un tercero. Por otro lado, el delito analizado resulta ser un delito de peligro abstracto, es decir, la técnica de redacción, busca la posibilidad de adelantar la barrera de punibilidad por criterios de política criminal preventiva, utilizándose una técnica *ex ante*, propia de los delitos aludidos.

5.1.2.1.2. De los supuestos típicos

El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido, presenta los siguientes supuestos típicos: a) el sujeto cualificado, indebidamente, de forma directa, se interesa en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo; b) el sujeto cualificado, indebidamente, de forma indirecta se interesa en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo; c) el sujeto cualificado, indebidamente, mediante acto simulado se interesa en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo. Los mencionados supuestos típicos aparecen enlazados con determinados elementos descriptivos, los cuales complementan el mensaje delictivo regulado por el legislador, dichos presupuestos serán analizados a continuación

5.1.2.1.3. De los elementos descriptivos

El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido presenta determinados elementos descriptivos que coadyuvan al proceso de configuración delictual, los cuales son los siguientes:

5.1.2.1.3.1. Del «interés indebido» desplegado por el sujeto cualificado

Conforme hemos mencionado en otras publicaciones respecto del término *interés*, desde el punto de vista semántico y coloquial, la Real Academia Española señala que proviene del latín *interess 'importar'*. En ese sentido, se trataría de «[...] inclinación del ánimo hacia un objeto, una persona, una narración»(118). Asimismo, y de manera complementaria, Buompadre indica que «volcar sobre el negocio de que se trata una pretensión de parte no administrativa, querer que aquel asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto, o hacer mediar en él propugnándose interés particulares de terceros»(119). Asimismo, nos parece acertada la versión de Portocarrero Hidalgo, quien señala que «es natural que en el fondo el interés es económico, pero ello no es motivo de probanza ni preocupación del tipo porque en él no se castiga el negocio prohibido sino la incompatibilidad con la función» (120). Siendo así, entendemos por *interés* a toda injerencia o inclinación que despliega una persona, en este caso, el funcionario o servidor público sobre un asunto particular.

Respecto del término *indebido*, la Real Academia Española indica que se trataría de algo 'ilícito, injusto y falto de equidad'(121); en ese sentido, se trataría de una pretensión contraria a lo lícito, al margen de la legalidad. Por lo tanto, de manera conjunta, la terminología «interés indebido», para fines del delito de negociación incompatible, implicaría que el funcionario o

---

(118) Disponible en http://dle.rae.es/?id=LtgQXGl (Consultado el 21-04-19).

(119) BUOMPADRE, Jorge E. Derecho Penal. Parte especial, Tomo III, corrientes, 2003, p. 290. En REATEGUI SANCHEZ, James. *Tratado de Derecho Penal parte general*. Tomo I. 1.ª ed. Lima: Ediciones Legales, 2016, p. 921.

(120) PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delitos contra la Administración Pública*. 2.ª ed. Lima: Editorial Jurídica Portocarrero, 2012, p. 221.

(121) Disponible en http://dle.rae.es/?id=LLpJHWV (Consultado el 22-04-19).

servidor público, operando en razón del cargo funcionarial específico, emite actos de injerencia o volcamiento contrarios a la normatividad imperante, con la finalidad de obtener una pretensión en beneficio propio o de un tercero. Finalmente, es necesario precisar que el término *interés* tiene una connotación activa y de comisión instantánea, no exigiéndose por mandato legal la existencia de un resultado, por lo tanto, el tipo penal resulta ser un delito de mera actividad.

5.1.2.1.3.2. De «cualquier contrato u operación»

La técnica legislativa utilizada resulta ser abierta, permitiendo al agente del derecho ubicarse en cada caso concreto; sin embargo, eso no significa interpretar dicha forma con indeterminación, por cuanto, en este extremo, la terminología aludida aparece ligada o vinculada a las actividades funcionariales en razón del cargo que ostenta y participa el sujeto cualificado, por tanto, si el sujeto cualificado participa en cualquier contratación u operación distinta al cargo que ostenta, la figura deviene en atipicidad. Por otro lado, la contratación u operación aparece ampara por soporte legal, es decir, existe en la medida en que surja una pretensión conforme a derecho dentro del esquema de libertad contractual que ofrece un modelo constitucional de libre mercado.

5.1.2.1.3.3. De la terminología «en razón del cargo»

El tipo penal demanda un presupuesto de gran importancia y peso para fines consumativos, es decir, el sujeto cualificado tendrá que mostrar el interés indebido dentro de cualquier operación contractual, empero, únicamente en razón del cargo funcionarial que ostenta, es decir, el tipo penal aparece circunscrito a un supuesto especifico, mediante el cual el funcionario o servidor público tiene que tener competencia funcionarial en el escenario contractual respectivo; por tanto, debe tener un ámbito competencial según las funciones que le otorga el cargo; dicho ámbito competencial implica la participación directa en el escenario contractual o cualquier operación en la cual muestra interés indebido, por lo tanto, en el supuesto de que el sujeto cualificado intervenga en el hecho delictual, empero no tiene competencia funcional en el asunto, por no encontrarse habilitado por normatividad preexistente. Entonces, la figura será atípica respecto del delito analizado.

5.1.2.1.3.4. Del interés en beneficio de un tercero

El tipo penal analizado, precisa las cláusulas respecto del provecho o beneficio a favor de un «tercero», quien siempre aparece vinculado con el funcionario o servidor público. En ese sentido, pretendo entender que dicha técnica no resulta ser casual o improvisada; por el contrario, estaríamos ante una modalidad delictual de *participación necesaria o delito de encuentro*, es decir, es perfectamente posible la admisión de un tercero en el hecho punible, quien sin ostentar la condición especial, aparezca ligado a dicho accionar delictuoso.

Por lo tanto, el tercero destinatario del beneficio indebido producto del intereses del sujeto cualificado, en la medida que actué con conocimiento del accionar delictual, su conducta no puede ser inocua; sino, por el contrario, tendría relevancia penal, por lo tanto, deviene en pertinente los criterios jurisprudenciales fijados en la Casación N.° 841-2015- Ayacucho, en la cual se indica: «[...] La participación de un tercero en un delito de infracción, depende, fundamentalmente de que la misma sea incluida en la redacción típica. Es el caso de los denominados delitos de participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia de dos intervinientes: el obligado especial y el *extraneus*»(122).

5.1.2.1.3.5. De la forma de ejecución

El tipo penal materia de análisis, esto es, delito de negociación incompatible, contiene un supuesto activo, es decir, es un tipo penal de acción por la misma redacción fenomenológica del citado tipo penal; por tanto, se exige un hacer en el sujeto cualificado, es decir, la forma omisiva no será posible, en otras palabras, la figura de omisión propia no puede ser admitida por cuanto dicha técnica legislativo tiene que ser expresa, situación que no aparece. Por otro lado, la figura de omisión impropia o de comisión por omisión, en la cual se exige una posición de garante en razón del estatus cualificado, si bien en este extremo tenemos un sujeto cualificado con un deber especifico, también es cierto que la figura de omisión impropia funciona en los delito de resultado y no así en los delitos de comisión instantánea, es decir, de mera actividad, como resulta ser el presente caso(123).

---

(122) *Cfr.* Fundamento jurídico, Vigésimo Octavo.

(123) El Recurso de Nulidad N.° 661-2009, del 10 de marzo de 2010, niega la posibilidad de cometer el delito analizado bajo el presupuesto de comisión por omisión.

5.1.2.2. Elementos referentes a la conducta en el delito de tráfico de influencias

5.1.2.2.1. De los elementos descriptivos

El delito de tráfico de influencias presenta una diversidad de elementos típicos, conforme fueron desarrollados en otras publicaciones, siendo los siguientes:

5.1.2.2.1.1. De las influencias reales

El concepto de *influencia*, según la Real Academia Española, en puridad, proviene del latín *influens, -entis*, dicha terminología, de naturaleza eminentemente óntica, nos crea una situación con significado peculiar «Acción y efecto de influir. Poder, valimiento, autoridad de alguien para con otra u otras personas o para intervenir en un negocio. Persona con poder o autoridad con cuya intervención se puede obtener una ventaja, favor o beneficio»(124). Rojas Vargas, respecto de la temática, indica: «El contenido de la influencia nos remite a la presencia de un influjo por sugestión ejercida en tercera persona, sobre cuya voluntad formadora de decisiones el sujeto activo incidirá alterándola o conduciéndola a cursos decisorios predeterminados»(125).

En ese sentido, podemos advertir, irremisiblemente, a la existencia de una determinación o influjo desplegada por una persona a favor de otra u otras, imponiéndoles o gestando una voluntad ajena, todo ello con la finalidad de concretar el plan o idea delictual del gestor de dicha determinación. Por tanto, respecto de las influencias reales, la terminología «real», implica que el influjo tiene que ser objetivamente demostrable, es decir, que exista la evidencia palmaria o verificable que el agente delictual efectivamente tiene influencias sobre el funcionario o servidor público que ha de conocer, este conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo. En términos similares, Peña Cabrera Freyre indica que «se dice en el enunciado normativo que la influencia puede ser «real», es decir, el vínculo, la cercanía, la relación del traficante de humos con el funcionario o servidor público existe en el mundo fenoménico, importa algo verificable».(126)

---

(124) Disponible en http://dle.rae.es/?id=LXZPs0x. (Consultado, el 22-04-19).

(125) Rojas Vargas, Fidel. *Op. cit.*, p. 559.

(126) Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. *Delitos contra la Administración Pública*. 1.ª ed. Lima: Instituto Pacifico, 2016, p. 597.

5.1.2.2.1.2. De las influencias simuladas

En relación con las influencias simuladas, teniendo en consideración el mismo influjo psíquico desplegado por el traficante de influencia, quien impronta la determinación o influjo a favor de otra u otras personas, imponiéndoles o gestando una voluntad ajena, todo ello, con la finalidad de concretar el plan o idea delictual del gestor de dicha determinación. Por tanto, respecto de las influencias «simuladas», se advierte que el agente delictual, no cuenta con el poder o capacidad para obtener la pretensión espuria presentada al comprador de la influencia, es decir, el agente delictual crea un escenario fantasioso, propio de un ardid o engaño, pretendiendo generar convicción en el comprador de la influencia de tener influencias sobre el funcionario o servidor público que ha de conocer, este conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo. En términos similares, Molina Arrubla indica: «Basta con que el agente delictual haga aparecer como existente lo que en realidad no existe para que se configure la conducta como delictual, vale decir, basta con que ante el interesado en la obtención del favor haga aparecer como que él tiene la capacidad de manipular la voluntad del servidor público que tiene a su cargo resolver el asunto que le interesa al comprador, en la forma y los términos en que a este último le interesa y le conviene así ello no sea cierto»[127].

5.1.2.2.2. Del interés en beneficio de un tercero

El delito de tráfico de influencias precisa las cláusulas, respecto del destinatario del medio corruptor, precisándose que puede ser para sí o para un «tercero», quien siempre aparece vinculado con el agente delictual, en ese sentido, pretendo entender que dicha técnica, similar al delito de negociación incompatible, no resulta ser casual o improvisada, por el contrario, estaríamos ante una modalidad delictual de *participación necesaria o delito de encuentro,* es decir, es perfectamente posible la admisión de un tercero en el hecho punible, quien sin ostentar la calidad de autor, aparezca ligado a dicho accionar delictuoso.

---

(127) MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Delitos contra la Administración Pública. 3.ª ed. Santa Fe: Leyer, 2000, p. 382. En PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Delitos contra la Administración Pública.* 1.ª ed. Lima: Instituto Pacifico, 2016, p. 597.

Por tanto, el tercero destinatario del beneficio indebido producto del ofrecimiento indebido de interceder a favor del funcionario o servidor público vinculado, funcionalmente, con el expediente administrativo o judicial, en la medida en que actúe con conocimiento del accionar delictual, su conducta no puede ser inocua, sino por el contrario, tendría relevancia penal, por lo tanto, deviene en pertinente los criterios jurisprudenciales fijados en la Casación N.° 841-2015- Ayacucho, en la cual se indica: «[...] La participación de un tercero en un delito de infracción, depende, fundamentalmente de que la misma sea incluida en la redacción típica. Es el caso de los denominados delitos de participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia de dos intervinientes: el obligado especial y el *extraneus*»(128).

5.1.2.2.3. De los verbos rectores

El delito de tráfico de influencias presenta determinados verbos, siendo «invocar», «tener», «recibir», «dar» y «prometer», los mismos que serán analizados en las líneas venideras.

Respecto del verbo *invocar*, la Real Academia Española indica que el citado verbo proviene del latín *invocāre*, el cual significa 'llamar en solicitud de ayuda de manera formal o ritual. Acogerse a una ley, costumbre o razón'(129). En ese sentido, respecto de la temática expuesta, se puede advertir que el sujeto delictual aduce tener un poder o nivel de autoridad, influencia o injerencia sobre el funcionario o servidor público vinculado con el caso judicial o administrativo, por tanto, ofrece interceder ante él, obteniendo a cambio el medio corruptor.

Respecto del verbo *tener*, la citada entidad académica autorizada en el tema indica que el citado verbo proviene del latín *tenēre 'a*sir o mantener asido algo, poseer, tener en su poder'(130), por tanto, respecto de la temática materia de análisis, el sujeto cualificado, el vendedor de influencias, aduce, afirma poseer o portar la suficiente influencia, real o simulada, frente al funcionario o servidor público vinculado con el caso judicial o administrativo; todo con la única finalidad, conforme aparece registrado en el tipo

(128) *Cfr.* Fundamento jurídico, vigésimo octavo.

(129) Disponible en http://dle.rae.es/?id=M4evQMl (consultado el 25-04-19).

(130) Disponible en http://dle.rae.es/?id=ZT8sFSB (consultado el 25-04-19).

penal, de obtener el medio corruptor a cambio de ofrecer interceder ante el sujeto cualificado que conoce la pretensión del comprador de influencia.

En relación con el verbo *recibir,* la Real Academia Española señala que este proviene del latín *recipĕre* 'dicho de una persona. Tomar lo que le dan o le envían. Hacerse cargo de lo que le dan o le envían'(131); por tanto, el agente delictual asume como tal el medio corruptor, ingresándolo a su esfera personal, es decir, se trata de un accionar concreto, en el cual aparece evidenciado el pacto venal, todo ello, orientado al ofrecimiento para interceder ante el funcionario o servidor público vinculados con el caso judicial o administrativo, que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido.

Respecto del verbo *dar,* según la Real Academia Española, proviene del latín *dare, por lo tanto, implica* 'donar, entregar, ofrecer materia para algo'(132). En ese sentido, respecto del delito de tráfico de influencias, el legislador utiliza la técnica de redacción *hacer dar,* situación que implica que el vendedor de influencias, en mérito al contundente influjo impreso en el comprador de influencias, logra que este último entregue el medio corruptor a favor del mismo traficante o de un tercero, todo ello producto del ofrecimiento para interceder ante el funcionario o servidor público vinculado al caso judicial o administrativo, que ha de conocer, este conociendo o haya conocido.

Con relación al verbo *prometer,* la Real Academia Española, conforme aparece detallado en el apartado anterior(133), indica que proviene del latín *promissa situación referente a un escenario futuro,* es decir, en términos de la citada entidad: 'Expresión de la voluntad de dar a alguién o hacer por él algo. Persona o cosa que promete por sus especiales cualidades'. Por tanto, trasladado el concepto al escenario concreto, se advierte que el traficante de influencias, en mérito al contunden influjo, respecto del peso de la influencia (real o simulada) generado por el ofrecimiento para interceder ante el funcionario o servidor público vinculado al caso judicial o administrativo, que ha de conocer, este conociendo o haya conocido, logra que el comprador de influencias prometa entregar en tiempo futuro el medio corruptor.

---

(131) Disponible en http://dle.rae.es/?id=VQtl8Xn (consultado el 25-04-19).

(132) Disponible en http://dle.rae.es/?id=BrtRK35 (consultado el 25-04-19).

(133) Véase el delito de cohecho pasivo propio.

Siguiendo, en análisis del tipo penal, la conducta delictual, según nuestra óptica, deberán ser analizados considerando, fundamentalmente dos factores, siendo: i) la clase de delito y ii) la forma de ejecución, conforme será detallado en las líneas siguientes.

5.1.2.2.4. De los medios corruptores

El delito de tráfico de influencias tiene diversos medios corruptores, siendo «donativo», «promesa», «cualquier otra ventaja o beneficio indebido». En ese sentido, al no advertirse los citados medios, el delito deviene en inexistente, por tanto, la identificación de los mismos, resultan ser determinantes para configurar el tipo penal aludido. En ese sentido, al tratarse de medios corruptores similares que las figuras expuestas líneas arriba, esto es, cohecho pasivo propio e impropio, cohecho activo genérico, entre otros, nos remitimos a dichas figuras delictivas.

5.1.2.3. De la clase de delito

El delito de tráfico de influencias resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto, por cuanto, los verbos rectores fijados en el supuesto de hecho advierten una comisión instantánea, dichos verbos resultan ser «invocar», «tener», «recibir», «dar» y «prometer». En ese sentido, será un delito de mera actividad, por cuanto, los mencionados verbos rectores son de comisión instantánea, por tanto, resulta irrelevante, para efectos consumativos, si el traficante de influencias cumple el ofrecimiento de interceder ante el funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo. De la misma forma, considerándose la técnica de redacción, respecto de la conducta del traficante de influencias, quien «ofrece interceder» ante el funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, ante ello se puede advertir con meridiana claridad que la técnica legislativa, condiciona el supuesto de hecho a un tiempo futuro, dicha técnica resulta ser coherente con los delitos de peligro abstracto, buscándose adelantar la barrera de punibilidad, por cuanto, por criterios de política criminal, se pretende proteger el bien jurídico tutelado por la ley penal. De la misma forma, la doctrina extranjera y nacional indican que el delito aludido resulta ser delito de mera actividad y de peligro abstracto; así, tenemos las afirmaciones de Villada, quien indica: «No requiere que en ningún modo de los casos se obtenga el fin propuesto. O sea, ni que se pague efectivamente ni que el funcionario

(a quien se destina los dineros) se deje influenciar ni que haga o deje de hacer o retarde (en cualquiera de ambos párrafos), por indicación del cohechado. Es una figura de peligro abstracto, de mera conducta, que no requiere causar daño externo alguno»[134]-[135].

El sistema jurisprudencial, respecto de la temática viene indicando lo siguiente: «El tráfico de influencias es un delito de peligro abstracto, para el cual es irrelevante que se verifique si se ha producido o no la influencia efectiva sobre los funcionarios públicos; basta que los intervinientes en el hecho punible tengan la capacidad material para perturbar los principios de imparcialidad y objetividad del funcionario que tiene conocimiento del caso judicial o administrativo, pues lo que se pretende es bloquear los comportamientos riesgosos de ataque o lesión a dichos bienes jurídicos institucionales»[136]. De manera complementaria, se tiene otro criterio jurisprudencial, siendo: «Nos encontramos ante un delito de peligro, donde la influencia sobre el funcionario público no tiene que darse necesariamente para la consumación del delito. Por ello, [...]el aspecto de la licitud o ilicitud del contenido de intersección y de la resolución que se obtenga pierde significatividad [sic] sustantiva [...]; la puesta en peligro del bien jurídico se concretó con la invocación de influencias y el respectivo pacto a través de medios corruptores y el ofrecimiento de intermediación»[137].

---

(134) VILLADA, Jorge Luis. *Delitos contra la Administración Pública*. Córdoba: Advocatus, 2005, p. 275.

(135) En términos similares, Peña Cabrera Freyre, indica: «Como todo delito de peligro, la relevancia jurídico penal de la conducta, no solo debe valorarse *ex ante*, sino también *expost*; por lo tanto, la idoneidad del medio debe medirse en términos de aptitud lesiva, esto es, la posibilidad efectiva de poder afectar el bien jurídico tutelado, puesto que el bien jurídico es la Administración pública y no el patrimonio del titular interesado, pues el suyo no resulta protegido ni por el Derecho Penal ni por las demás ramas del ordenamiento jurídico, en la media que se trata de un acto jurídico ilícito, por ende, no ampara por el derecho positivo vigente». PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Delitos contra la Administración Pública*. 1.ª ed. Lima: Instituto Pacífico, 2016, p. 598.

(136) *Cfr*. Sentencia, de fecha 18 de julio de 2013, emitida en el Expediente N.° 00193-2012-9-1826-JR.PR-03, correspondiente a la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima. En REATEGUI SANCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2.ª ed. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 1013.

(137) *Cfr*. Sentencia, de fecha 26 de abril de 2013, emitida en el Expediente N.° 00172-2011, correspondiente a la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima. Ibídem, p. 1014.

Por otro lado, tenemos a nuestro modo de ver las cosas, según la naturaleza del delito de tráfico de influencias es un delito de encuentro o de participación necesaria, por cuanto existen mínimamente dos sujetos intervinientes en el hecho punible los cuales persiguen un mismo objetivo; estos sujetos, por un lado, son conocidos como «el traficante o vendedor de influencias» y «el interesado o comprador de influencias», por otro. Sin embargo, dichos intervinientes se encuentran en lados opuestos necesitándose complementariamente para dar vida al injusto punible. En esa misma dirección argumentativa, Reaño Peschiera nos indica que el delito de tráfico es un delito de encuentro porque su dinámica comisiva exige el acuerdo de dos voluntades para consumarlo(138).

Bajo ese orden de ideas, la fundamentación material de dicho ilícito radica en la concurrencia de sujetos en el hecho punible, de modo tal que al no existir uno de ellos, dicho ilícito penal es inexistente. Respecto de los supuestos de intervención delictiva, del interesado o del comprador de influencias, tenemos que el delito de tráfico de influencias, a nuestro juicio, se enmarca únicamente en los casos en los que la conducta del interviniente necesario no se encuentra sancionada por la ley penal, debiéndose recurrir en tal sentido —vía cláusula de remisión— a las disposiciones generales de la autoría y participación reguladas en la Parte General del Código Penal. En este contexto, el interesado siempre deberá responder penalmente ya sea como cómplice primario e instigador según el caso concreto, en la medida en que haya generado un riesgo jurídicamente relevante, pero nunca podrá responder como autor o coautor(139).

---

(138) REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. 1.ª ed. Lima: Jurista Editores, 2004, pp. 49 y ss.

(139) En ese mismo orden de ideas, Manuel Abanto Vásquez, quien indica que «autor solo puede ser el "intermediario"; el interesado es "partícipe necesario", pero nunca coautor, pues no es él quien "invoca" ni "ofrece interceder". Sin embargo, es necesario precisar que el citado autor concluye que el interesado que compra la "influencia" no responderá usualmente corno "partícipe" de este delito. Esto tiene su razón de ser en que el tipo penal sanciona el "tráfico", y los actos que colaboran con este tráfico, es decir, la parte de la "venta de la influencia"; para la parte de la "compra de la influencia" no se ha previsto nada específico. Sin embargo, si su contribución rebasa el "mínimo necesario", hay doctrina que justificaría su punibilidad como "inductor" [...]». Véase ABANTO VASQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2.ª ed. Lima: Palestra, 2003, pp. 535-536.

5.1.2.4. De los supuestos típicos del delito de tráfico de influencias

El delito de tráfico de influencias, respecto de su naturaleza típica prevista en el artículo 400 del Código Penal, básicamente, tiene tres supuestos típicos, siendo los siguientes:

5.1.2.4.1. Del primer supuesto típico

Respecto de las *influencias reales,* el primer supuesto típico del delito de tráfico de influencias aparece marcado por los verbos *invocar* y *recibir,* encontrándose las siguientes posibilidades de comisión: i) el traficante invoca influencias reales, recibiendo para sí donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo; ii) el traficante invoca influencias reales, recibiendo para otro, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.

De la misma forma, las *influencias reales,* por mandato legal, aparecen ligadas a los verbos *tener* y *recibir,* subsecuentemente, los posibles supuestos típicos serían i) el traficante tiene influencias reales, recibiendo para sí donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo; ii) el traficante, tiene influencias reales, recibiendo para otro donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.

Respecto de las *influencias simuladas,* el primer supuesto típico del delito analizado aparece determinado por los verbos *invocar* y *recibir,* por tanto, se advierte los siguientes supuestos típicos: i) el traficante invoca influencias simuladas, recibiendo para sí donativo o promesa, o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo; ii) el traficante invoca influencias simuladas, recibiendo para otro donativo o promesa, o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario, o servidor

público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.

En términos similares, las *influencias simuladas* aparecen vinculadas con los verbos *tener* y *recibir*, por tanto, los supuestos típicos serían **i)** el traficante tiene influencias simuladas, recibiendo para sí donativo o promesa, o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo; **ii)** el traficante tiene influencias simuladas, recibiendo para otro donativo o promesa, o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario, o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.

5.1.2.4.2. Del segundo supuesto típico

Respecto de las *influencias reales*, en el segundo supuesto, por mandato legal, se advierte los verbos *invocar* y *dar*, situación que genera los siguientes supuestos: i) el traficante, invocando influencias reales, hace dar para sí donativo o promesa, o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo; ii) el traficante, invocando influencias reales, hace dar para otro, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.

De la misma forma, las *influencias reales* tienen vinculación con los verbos *tener* y *dar*; asimismo, presenta los siguientes supuestos: i) el traficante, teniendo influencias reales, hace dar para sí, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo; ii) el traficante, teniendo influencias reales, hace dar para otro donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.

Respecto de las *influencias simuladas*, el legislador utilizó los verbos *invocar* y *dar*, generando los siguientes supuestos delictuales: i) el trafican-

te, invocando influencias simuladas, hace dar para sí, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo; ii) el traficante, invocando influencias simuladas, hace dar para otro, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.

Asimismo, las *influencias simuladas* tienen vinculación con los verbos *tener* y *dar*, permitiendo identificar los siguientes supuestos: i) el traficante, teniendo influencias simuladas, hace dar para sí, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo; ii) el traficante, teniendo influencias simuladas, hace dar para otro, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.

5.1.2.4.3. Del tercer supuesto típico

Respecto de las *influencias reales*, el legislador consignó los verbos *invocar* y *prometer*, permitiendo los siguientes supuestos típicos: i) el traficante, invocando influencias reales, hace prometer para sí, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo: ii) el traficante, invocando influencias reales, hace prometer para otro donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.

De la misma forma, las *influencias reales* tienen vinculación con los verbos *tener* y *prometer*, situación que generó los siguientes supuestos delictuales: i) el traficante, teniendo influencias reales, hace prometer para sí, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo; ii) el traficante, teniendo

influencias reales, hace prometer para otro, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.

Respecto de las *influencias simuladas*, advertimos que el legislador pune la conducta delictual recurriendo a los verbos *invocar* y *prometer*, dichos supuestos típicos generaron los siguientes escenarios delictivos: i) el traficante, invocando influencias simuladas, hace prometer para sí, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, ii) el traficante, invocando influencias simuladas, hace prometer para otro, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.

En términos similares, las *influencias simuladas* tienen adhesión, por imperio legal, a los verbos *tener* y *prometer*, por tanto, los supuestos delictivos serían : i) el traficante, teniendo influencias simuladas, hace prometer para sí, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo; ii) el traficante, teniendo influencias simuladas, hace prometer para otro, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.

5.1.2.5. De la forma de ejecución

El delito de tráfico de influencias resulta ser un tipo penal de comisión activa, por la misma naturaleza de los verbos rectores, esto es, *invocar, tener, recibir, dar y prometer,* subsecuentemente, no es posible la forma omisiva en sus dos vertientes, es decir, no es posible que el delito aludido pueda ejecutarse por omisión propia, por cuanto, el tipo penal citado no registra expresamente dicha modalidad, situación necesaria para su admisión.

Por otro lado, la omisión impropia no podría invocarse en el delito de tráfico de influencias, por cuanto, si bien es cierto la figura de omisión impropia es inferida en el tipo penal, no exigiéndose su señalamiento ex-

preso[140]; empero, dicha figura solo opera en la medida en que el tipo penal analizado corresponda a la categoría de los delitos de resultado, supuestos delictuales que aparecen determinados por el baremo «espacio y tiempo», situación que no aplica en un delito de mera actividad y de peligro abstracto.

5.1.3. Respecto del delito de enriquecimiento ilícito

El delito de enriquecimiento ilícito, respecto de la conducta delictual, presenta la siguiente estructura típica:

5.1.3.1. De los elementos típicos

Los principales elementos típicos de la conducta delictual aparecen determinados en tres niveles, según la redacción del tipo penal, serán explicados en las líneas siguientes:

5.1.3.1.1. Del abuso del cargo público

El tipo penal, por mandato legal, señala que el agente delictual cualificado tiene que ostentar un cargo en la Administración pública, dicha situación resulta ser el primer escenario configurativo del tipo penal, por cuanto, en el caso de que no exista tal designación funcionarial, el tipo penal deviene en inexistente.

Por otro lado, el tipo penal exige que el sujeto cualificado abuse de sus atribuciones propias del cargo, es decir, se comporte al margen de la normatividad que habilita la función pública, en ese sentido, el exceso de las funciones conlleva al agente delictual a otorgarle una finalidad distinta al cargo encomendado, distorsionando la función pública; sin embargo, es necesario precisar que dicho ejercicio abusivo no tiene afinidad con el abuso de las atri-

---

(140) En términos similares, Muñoz Conde, indica «[...] el comportamiento omisivo no se menciona expresamente en el tipo, que solo describe y prohíbe un determinado comportamiento activo, pero la más elemental sensibilidad jurídica obliga a considerar equivalentes, desde el punto de vista valorativo y a incluir, por tanto, también en la descripción típica del comportamiento prohibido determinados comportamientos omisivos, que también contribuyen a la producción del resultado prohibido. Véase, MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal- Parte General. 4.ª ed. Valencia: Tiran lo Blanch, 2000, pp. 274-275. En BRAMONT- ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal*. 2.ª ed. Lima: Parte General, EDDILI, 2002, p. 252.

buciones previsto en el delito de abuso de autoridad, por cuanto, en este delito, el agente delictual si bien emite un acto funcional excediéndose de sus atribuciones, empero, dicho acto abusivo no busca enriquecerse con los cuales públicos, sino, por el contrario, busca emitir un acto caprichoso o injusto(141).

De la misma forma, el abuso del cargo público si bien aparece como elemento normativo del tipo por cuanto exige un juicio de valoración para determinar su configuración, empero, también es cierto que dicho presupuesto típico no genera un deber de fomento específico sobre determinados bienes, efectos o caudales encomendados al sujeto cualificado; sino, por el contrario, se advierte que el sustento de la norma prohibitiva inmersa en el supuesto de hecho, radica básicamente en el aprovechamiento del cargo público y no así en la administración de determinados bienes, situación que tendría reproche penal, por cuanto, es posible que el agente delictivo, teniendo dichos bienes, efectos o caudales públicos en administración, pueda aprovecharse de los mismos, usándolos o apropiándose; empero, deberán subsumirse estos últimos hechos por el tipo penal especifico, es decir, peculado de uso o peculado por apropiación, respectivamente, y no así por el delito de enriquecimiento ilícito.

La tesis expuesta en las líneas precedentes responde a la naturaleza subsidiaria del delito de enriquecimiento ilícito, es decir, la figura delictiva materia de comentario podrá ser invocada, en la medida en que no exista tipo penal específico que subsuma integrante el hecho atribuido; todo ello por cuanto el delito de enriquecimiento ilícito no goza de autonomía típica, toda vez que, conforme se advierte de su redacción, nos remite a la identificación del «abuso del cargo funcionarial», situación que permite colegir que se trataría de cualquier actividad funcional abusiva desplegada por el sujeto activo; dicha situación genérica mermaría en la medida en que se identifique

(141) De manera complementaria, con la finalidad de diferenciar entre lo arbitrario y lo injusto, criterios propios de la conducta delictual de abuso de autoridad, los autores GOMEZ MÉNDEZ y GOMEZ PAVAJEAU, invocado criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia (Auto del 24 de octubre de 1976), indican: «Lo arbitrario es lo que no tiene respaldo legal alguno, lo que depende únicamente del capricho del actor, y que lo injusto es algo más, es lo que va directamente contra la ley y la razón, violando la equidad». Véase GOMEZ MÉNDEZ, Alfonso; GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Delitos contra la Administración Pública de conformidad en el Código Penal de 2000*. 2.ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 476.

la figura delictual específica prexistencia, por lo tanto, no se podría hablar de concurso delictual.

En términos similares, Aladino Gálvez señala, respecto del delito de enriquecimiento ilegal, que se estaría frente a supuestos de agotamiento del delito previamente cometido. En tal sentido, el posterior incremento patrimonial, aun cuando objetivamente realice el tipo del enriquecimiento ilícito resulta subsumido por el tipo penal previo, en cuanto a su tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad(142).

Finalmente, en el supuesto hipotético que el agente delictual encontrándose operando en el cargo funcional, adquiera bienes muebles e inmuebles de procedencia ilícita por haber participado en hechos punibles ajenos a la función pública, situación que permite el incremento patrimonial del agente delictual, dicho supuesto factico no tiene ninguna vinculación con el delito de enriquecimiento ilícito por la ausencia del elemento normativo exigido por el tipo penal, esto es, abusar del cargo funcionarial, situación que deberá ser subsumida en la figura específica o en su defecto al delito de lavado de activos de darse el caso; es decir, al encontrarse identificado los verbos rectores, esto es, conversión, transferencia, tenencia u ocultamiento, respectivamente y según cada caso concreto.

5.1.3.1.2. Del incremento ilícito del patrimonio

El tipo penal exige que el sujeto activo cualificado incremente su patrimonio de manera ilegal, al margen de la normatividad preexistente, dicha ilicitud aparece vinculada siempre en razón del cargo funcionarial; es decir, abusando de las atribuciones y prerrogativas que le otorga el estatus especial de funcionario o servidor público. En ese sentido, la técnica de tipificación utiliza el escenario comparativo, considerando como indicador referencial los «ingresos legítimos» del sujeto activo, es decir, ingresos obtenidos por la actividad funcionarial y otros amparados por la ley, por ejemplo, ejercicio de la docencia, herencias, donaciones justificadas, rentas o utilizadas por alquiler de bienes, etc. Sin embargo, dichos ingresos

(142) ALADINO GALVEZ, Tomas. Delito de enriquecimiento ilícito, autonomía o subsidiaridad. *Revista Ius Puniendi*, Año I, Vol. 2, 2015, p. 223. En SALINAS SICCHA, Ramiro. *Op. cit.*, pp. 712 y ss.

aparecen sobredimensionados con manifiesta evidencia, en términos del articulado, incrementados notoriamente sin existir una justificación técnica y objetiva por cuanto los ingresos precisados en la declaración jurada de bienes y rentas del sujeto activo, al momento de iniciar su actividad funcionarial, resultan ser ajenos al incremento, posterior del patrimonio del sujeto activo.

5.1.3.1.3. De la forma agravada

El delito de enriquecimiento ilícito intensifica la penalidad y el reproche, en la medida que el sujeto activo ostente determinados cargos funcionariales de alto nivel. Así, tenemos «[...] el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional [...]». En ese sentido, los cargos de alta dirección aparecen precisados por las normas extrapenales, para citar algún indicador referencial, personas de alto nivel funcionarial resultarían ser el presidente de la República, representantes a Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional, miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, vocales de la Corte Suprema, fiscales supremos; defensor del pueblo, contralor general, quienes, según el artículo 99 de la Carta Magna, corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso, por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en estas; en este catálogo de delitos aparece el delito de enriquecimiento ilegal.

Por tanto, los sujetos cualificados en el ejercicio de cargos de alta dirección de las entidades, organismos o empresas estatales, al incrementar su patrimonio, abusando del cargo funcionarial, sin existir, justificación alguna del incremento aludido, el mismo que se condice con el abuso del cargo funcionarial, entonces, es posible subsumir la conducta en el tipo penal materia de análisis.

5.1.3.1.4. Del indicio del enriquecimiento ilícito

El tipo penal materia de comentario señala que «existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente

haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita». El escenario aludido, más que un elemento configurador típico, deviene en un indicador propio del escenario de probanza, por cuanto, el escenario indiciario no forma parte del tipo penal en razón de ser un supuesto de hecho, toda vez que el citado supuesto de hecho, que contiene la norma prohibitiva y los elementos descriptivos y normativos del tipo, aparece en los dos primeros supuestos típicos; por lo tanto, dicha técnica de redacción fortalece la tesis que se trata de un delito residual.

5.1.3.2. Clase de delito

El delito de enriquecimiento resulta ser un delito de resultado, por cuanto el escenario delictual plasmado en el supuesto de hecho, advierte la existencia del baremo, tiempo y espacio; es decir, entre la acción y el resultado lesivo existe un escenario distante, permitiendo albergar el delito tentado. Además de ello, el citado delito resulta ser de ejecución continua y de consumación permanente[143], por la misma redacción típica, por cuanto, el enriquecimiento, mayoritariamente, requiere pluralidad de actos funcionales abusivo, con finalidad enriquecedora.

5.1.3.3. Forma de ejecución

El tipo penal es un delito de acción, es decir, exige que el sujeto activo despliegue actos abusivos funcionales en razón del cargo, por cuanto la redacción típica demanda que el enriquecimiento se produzca por un hacer, es decir, emitir el acto abusivo, con fines de incrementar, ilegalmente, el patrimonio del agente delictual.

Respecto de la forma omisiva, no resulta posible, específicamente, la forma de omisión propia, toda vez que no aparece señalada expresamente, característica necesaria en esta clase de delitos, con relación a la forma comisiva por omisión; es decir, omisión impropia, no tiene impedimento para ser admitida, por cuanto, se advierte la presencia de deberes funcionales recaídos en el sujeto activo, otorgándole la postura de garante. Asimismo, dicha

(143) En términos similares, el fundamento jurídico 15 del Acuerdo Plenario N.° 3-2016/CJ-116, de fecha 12 de junio de 2017.

forma puede ser admitida, toda vez que su existencia es inferida y no expresa conforme se exige en la forma de omisión propia, de la misma forma, el tipo penal es un delito de resultado, por tanto, si puede admitirse el delito de enriquecimiento ilegal por omisión impropia.

5.1.4. De los elementos concomitantes en las figuras delictuales específicas de corrupción funcionarial

En este rubro, analizaremos fundamentalmente el bien jurídico y la relación de causalidad e imputación objetiva.

5.1.4.1. Del bien jurídico

En este apartado analizaremos el contenido del interés protegido por el Derecho Penal, con la finalidad de evitarse que sea lesionado o puesto en peligro por el agente delictual.

5.1.4.1.1. De las generalidades

Respecto del objeto de protección penal, en los delitos de negociación incompatible, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito, es un tema peliagudo, por cuanto, uno de los temas neurálgicos en derecho penal, resulta ser la temática de la identificación y protección del bien jurídico, toda vez que resulta ser el objeto de protección de la técnica legislativa de los diversos tipos penales de la parte especial, así como justificaría, en cierta forma, la existencia del derecho penal en un sociedad debidamente organizada, subsecuentemente la validación de la intervención del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*; es decir, el poder represivo del Estado a través de los mecanismos legales, en este caso, el delito y la pena.

Según la temática expuesta, se advierten diversas posturas sobre el concepto de bien jurídico, las cuales aparecen, para fines didácticos, condensadas en dos grupos, conforme indica Luzón Peña: «Una posición conservadora y positivista, que arranca de Binding, considera que bien jurídico es todo objeto (en sentido amplio, material o inmaterial) que la ley, y concretamente la ley penal en los respectivos tipos penales, considera digno de protección jurídica, y solo ese objeto legalmente reconocido como valioso y protegido; es decir, que el catálogo de bienes jurídicos se desprende de la ley y es definido por la propia ley. Frente a esto, una posición crítica y reformista, que

arranca con Von Liszt y que hoy es mayoritaria, sostiene que el bien jurídico es preexistente e independiente de su reconocimiento por el derecho positivo y consiste en un concreto interés, valor o realidad valiosa, de una persona o de la sociedad, importante para la existencia y desenvolvimiento de estas y que por ello merece protección jurídica»(144).

Por otro lado, existe una tesis de contenido normativo, la misma que entiende que el Derecho Penal es un instrumento de control social al servicio del Estado, con la finalidad de proteger «expectativas normativas», las cuales contienen los derechos fundamentales de los ciudadanos, los cuales pueden ser individuales (vida, integridad, libertad, propiedad, etc.) y colectivos (tranquilidad pública, medio ambiente, sistema económico, trafico documental, administración de justicia y pública, etc.); todo ello a efectos de garantizar la convivencia social y el bien común. En ese sentido, se advierte un alejamiento a la teoría «monista» del bien jurídico, la cual sustenta su argumentación en el individuo y no así en la funcionalidad del sistema social, dicha postura no significa desconocer los derechos fundamentales o intereses del ser humano, empero estos deberán ser asumidos como parte del entorno social para fines del Derecho Penal. En ese mismo sentido, Jakobs indica: «La teoría de la protección de la sociedad nunca ha considerado legítimo *per se* la protección de normas, que yo denomino aquí protección de instituciones sobre la base de los deberes positivos [...]»(145); es decir, «[...] una persona únicamente puede actuar a largo plazo; de tal modo que también los individuos encuentren por lo general en sus intereses su propio sustento porque, si no, se rebelaría este, y el orden normativo perdería no necesariamente su corrección, su obligatoriedad, pero sí su realidad, esto es, su poder de dirigir la orientación jurídica: de ese modo, no representarían ya más la estructura de la Sociedad realmente existente. Por ello, la persona requiere para su hacer y su dejar hacer no solo la seguridad de que dispone de derechos, sino también la seguridad de que no podrá resultar lesionado o, incluso, matado ilegítimamente, sino que podrá disfrutar de la libertad garantizada por el derecho,

---

(144) LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Derecho Penal Parte General*. 3.ª ed. Buenos Aires-Montevideo: Editorial IB de F, 2016, p. 302.

(145) JAKOBS, Günter. ¿Daño social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el Derecho Penal. En JAKOBS, Günter; POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO - ORTS, Miguel; CARO JHON, José. A; GARCIA CAVERO, Percy; GEMIGNANI, Juan G. *Legitimización del Derecho Penal*. 1.ª ed. Lima: ARA Editores, 2012, p. 23.

esto es, que con alta probabilidad no resultará lesionado ni asesinado[146]-[147]. De manera complementaria, Velásquez Velásquez[148], considerando el criterio de fragmentariedad, indica: «El derecho punitivo no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino las que revisten mayor entidad». Siguiendo el mismo norte ideario, Villavicencio Terreros, citando a Muñoz Conde y García Arán[149], «para determinar la fragmentariedad de la selección penal se puede partir de los siguientes fundamentos: primero, defendiendo al bien jurídico solo contra aquellos ataques que impliquen una especial gravedad, exigiendo, además, determinadas circunstancias y elementos subjetivos. Segundo, tipificando solo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento jurídico se estima como antijurídico. Tercero, dejando, en principio, sin castigo las acciones meramente inmorales».

En el Perú, mayoritariamente se viene aceptando el hecho de que para el derecho penal, el objeto de protección resulta ser todo interés admitido por el derecho penal a efecto de garantizar la convivencia social, sin embargo —hasta donde puedo advertir—, no existe una postura definida respecto de la fundamentación material, es decir, si el derecho penal protege interés ontológicos (propios del «ser») o expectativas sociales (propias del «debe ser») por cuanto recientemente existe un alto nivel de influencia de la doc-

---

(146) Ibídem, p. 29.

(147) En este extremo, es pertinente invocar a Mir Puig, quien indica: «Que el Derecho Penal no solo debe proteger «bienes jurídicos» no significa que todo «bien jurídico haya de ser protegido penalmente, ni tampoco deba determinar la intervención del Derecho Penal. Ambas cosas se opondrían respectivamente a los principios de subsidiaridad y carácter fragmentario del derecho penal. El concepto de «bien jurídico» es, pues, más amplio que el de bien jurídico penal», en términos similares, Fernández Carrasquilla, precisa: «un derecho penal democrático solo debe proteger aquellos bienes jurídicos que se valoran como absolutamente indispensables para la permanencia y el desarrollo de la coexistencia pacífica. Dicho negativamente, lo que el derecho penal puede y quiere evitar es la guerra general, la lucha impacífica de todos contra todos o, como antes se decía, la disolución del orden social». Véase FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Concepto y límites del Derecho Penal. La nueva visión político-criminal*. Santa Fe de Bogotá: TEMIS, 1992, p. 32.

(148) VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal. Parte general. Bogotá: Temis, 2002, p. 94. En VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal parte general*. 3.ª reimpresión. Lima: Grijley, 2010, p. 94.

(149) MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCIA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal Parte General. 5.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 80. En VILLAVICENCIO TERREROS. *Loc. cit.*

trina funcional normativa en la interpretación de los tipos penales, evidencia de ello se tiene el reciente Recurso de Nulidad N.° 2504-2015- Lima (150), de fecha 7 de abril de 2017, expedido por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. Siendo así, el agente del derecho deberá aplicar una interpretación teleológica o sistemática a efecto de discriminar entre los intereses administrativos e intereses de relevancia penal, situación advertida por la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N.° 3763-2011- Huancavelica, de fecha 29 de enero de 2013, en la cual se indicó: «La apropiación o el uso de cuatro hojas membretadas no reúnen la idoneidad necesaria para afectar el erario del Estado, la mejor forma de corregir esta irregularidad es mediante la absolución por carecer de sentido la imposición de una pena allí donde no existe bien jurídico lesionado». En la misma sintonía académica, Frisancho Aparicio(151), citando a Pariona Pastrana, quien indica: «La función de protección de bienes jurídicos es de corte material y no meramente formal. El abogado y asesor de la universidad estatal incurrió en una conducta ilícita, pero no toda ilicitud tiene directamente una connotación penal. La ilicitud en el presente caso fue de naturaleza administrativa y corresponde a ese ámbito, particularmente al disciplinario, y no al derecho penal, la resolución del conflicto».(152)

---

(150) Véase el fundamento décimo quinto del Recurso de Nulidad N.° 2504-2015- Lima, en la cual se establece lo siguiente: «[...] es el criterio de la accesibilidad normativa, el que permite delimitar los ámbitos de competencia respecto de la superación del déficit de información que permita interactuar de forma libre en el mercado. Hay accesibilidad normativa cuando el disponente tiene, por una parte, acceso a la información que necesita para tomar su decisión de disposición y goza, por otra, de los conocimientos necesarios para descifrarla. En caso de que haya accesibilidad normativa de la información para el disponente, incumbe a este último averiguarla». Debiéndose precisar que sobre el bien jurídico subsiste la idea que, en el delito de estafa, el patrimonio resulta ser el objeto de protección.

(151) *Cfr.* FRISANCHO APARICIO, Manuel. Delitos contra la Administración Pública. 5.ª ed. *Delitos cometidos por particulares.* Lima: Legales Ediciones, 2017, p. 112.

(152) PARIONA PASTRANA, Josué. El bien jurídico como piedra angular de la función protectora del Derecho Penal. Apuntes de un juez penal. En *Delitos contra la Administración Pública*, Heidegger/ Atahumán, Lima: IDEMSA, 2013, pp. 65-68. En FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares.* 5.ª ed. Lima: Legales Ediciones, 2017.

5.1.4.2. Del bien jurídico en el delito de negociación incompatible

Respecto del delito de negociación incompatible, se viene aceptando diversas posturas sobre el bien jurídico protegido, así tenemos, según Rodríguez, «el bien jurídico protegido en este delito está constituido por el interés del Estado en el correcto desarrollo de la actividad pública. En este sentido, el funcionario o servidor público debe actuar imparcialmente —no debe asumir un interés de parte o anteponer sus intereses a los de la Administración pública— y en sujeción a los interés públicos (tienen un deber especial y la infracción del mismo los hace merecedor del reproche penal)»(153). Rojas Vargas(154) indica que el bien jurídico protegido en dicho ilícito resulta ser, el normal funcionamiento de la Administración Pública, sin embargo, Salinas Siccha(155) refiere que el bien jurídico resulta ser el deber de «lealtad y probidad». Según Peña Cabrera Freyre(156) y Reátegui Sánchez(157), el objeto de tutela en el citado delito resulta ser la «imparcialidad» y «objetividad». En

(153) RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio; TORRES PACHAS, David; NAVAS BUSTAMANTE, Ana y NOVOA CURICH, Yvana. *Op. cit.*, p. 113.

(154) El citado autor indica: «El objeto genérico de la tutela penal es garantizar el normal funcionamiento de la Administración Pública. El objeto específico radica en la necesidad de preservar normativamente la Administración Pública del interés privado de sus agentes [...]». Véase ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4.ª ed. Lima: Grijley, 2007, p. 818.

(155) Salinas Siccha informa: «Consideramos que el bien jurídico especifico del delito de negociación incompatible es el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su función particular encomendado en razón del cargo que desempeñan, como es el de celebrar contratos u operaciones —desde su preparación, inicio, celebración y ejecución— a favor de la Administración pública». Véase SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 4.ª ed. Lima: Grijley, 2016, p. 644.

(156) El citado autor indica: «[...] Por consiguiente, nuestra postura es de anclar el objeto de tutela en los principios de "imparcialidad" y "objetividad", que debe revestir la conducta del funcionario o servidor público, cuando asuma una actuación funcional en el marco de la contratación administrativa». Véase PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 2.ª edición. Lima: Idemsa, 2014, p. 649.

(157) El aludido autor indica: «En consecuencia, el bien jurídico tutelado es genéricamente, la Administración Pública, y específicamente la lealtad de los funcionarios y empleados del Estado, expuesta a través de su prescindencia e imparcialidad». Véase REÁTEGUI SANCHEZ, James. *El delito de negociación incompatible y patrocinio ilegal de intereses privados*. 1.ª ed. Lima: Lex & Iuris, 2016, p. 22.

sentido contrario a la última tesis expuesta, Castillo Alva(158), concordando con Sancinetti, indica que el bien jurídico protegido resulta ser la transparencia en los contratos estatales y las operaciones.

De la misma forma, jurisprudencialmente existe divergencias respecto del objeto de protección en el delito de negociación incompatible, así tenemos, por un lado, el Recurso de Nulidad N.° 000661-2009(159), de fecha 10 de marzo de 2010, en el cual se señala que el objeto de protección resulta ser el deber de lealtad institucional y probidad funcional. En una postura diferente, tenemos el Recurso de Nulidad N.° 1674-2013(160), de fecha 12 de marzo de 2014, en el cual se indica que el objeto de protección resulta ser la transparencia en los procesos de contratación, asimismo; el Recurso de Nulidad N.° 2068-2012(161), de fecha 19 de abril de 2013, señala como objeto de tutela estaría vinculado con el interés del Estado en el correcto desarrollo de la actividad pública, vinculada al deber de imparcialidad del sujeto cualificado. Finalmente, tenemos

(158) Precisa lo siguiente: «El bien jurídico en este delito viene dado por la preservación de la transparencia en los contratos estatales y las operaciones, a fin de cautelar que el proceso de contratación estatal se rija por los principios de la libre competencia administrativa, la equidad y la igualdad de oportunidades de los participantes en el proceso de contratación». Véase CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de negociación incompatible*. 1.ª ed. Lima: Instituto Pacifico, 2015, p. 15.

(159) «[...] Si bien el tipo penal del delito de negociación incompatible está comprendido entre los delitos contra la Administración Pública, no tutela el patrimonio administrado por el funcionario o servidor público, sino propiamente la legalidad del ejercicio de la función pública y busca asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional». Véase REATEGUI SANCHEZ, James. *Op. cit.*, p. 23.

(160) Se indica que «no se trata solo de apreciar si el valor de lo adquirido es menor al precio referencial —rebasarlo sería ilegal en sí mismo—, sino, en estricto Derecho, si el concurso fue transparente, equitativo para todos los postores, y no se favoreció indebidamente a alguno de ellos, en perjuicio del tesoro municipal» [...]. Véase CASTILLO ALVA, José Luis. *Op. cit.*, p. 15.

(161) «El bien jurídico protegido en este delito está constituido por el interés del Estado en el correcto desarrollo de la actividad pública que, en ese sentido, el funcionario o servidor público deber actuar imparcialmente: no debe asumir un interés de parte o anteponer sus intereses a los de la Administración pública [...]; que el tipo penal para su perfección no demanda la concurrencia de un perjuicio potencial o real para el Estado, pues, como se anotó, el interés indebido está referido esencialmente al específico deber de imparcialidad en la actuación del agente especial [...]».

el Recurso de Nulidad N.° 1360-2013-CUSCO[162], de fecha 26 de marzo de 2014, el cual indica que el objeto de tutela específico resulta ser el desarrollo funcional de la Administración pública y, en similar consonancia, la Casación N.° 23-2016- Ica[163], de fecha 16 de mayo de 2017, indica que el bien jurídico tutelado resulta ser el correcto funcionamiento de la Administración Pública, frente al interés privado de sus agentes.

Según nuestra opinión[164], el bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible, desde una perspectiva genérica, resulta ser la Ad-

---

(162) «[...] El objeto específico de la tutela penal en el delito de negociación incompatible con el ejercicio de funciones públicas radica en brindar protección al ejercicio regular de las funciones públicas, preservándolas, preventiva y conminatoriamente de los actos de corrupción, o garantizar a través de la conminación penal, al respecto del desarrollo funcional de la Administración pública, por lo que no se afectó el patrimonio del Estado [...]».

(163) El considerando 4.35, indica: «[...] el bien jurídico que se busca proteger mediante la tipificación de la conducta antes señalada es el correcto funcionamiento de la Administración pública frente al interés privado de sus agentes, es decir, los funcionarios o servidores públicos que pueden anteponer sus intereses al de la administración».

(164) Consideramos que no basta el trato discriminador de los bienes jurídicos realizado por el Derecho Penal en mérito al principio de protección de bienes jurídicos, sino que, además se deberá tener en cuenta la relación funcionarial entre el sujeto cualificado y el bien jurídico tutelado en sede penal, es decir la relación de dominio social, conforme indica Gracia Martín: «En los delitos de los que nos ocupamos, por el contrario, la relación del sujeto con el bien jurídico se plasma en la norma de un modo positivo a través de la función que ejerce el sujeto caracterizado por un determinado status institucional. [...]. En los tipos de dominio social, el bien jurídico protegido se encuentra precisamente involucrado en el ejercicio de una función a la que extiende su competencia solo una clase de sujetos. El monopolio de esta clase de sujetos, para el ejercicio de la función en la que se halla involucrado el bien jurídico, determina la exclusión del resto de los miembros de la comunidad social del campo de las posibilidades de acción de lesión jurídico-penalmente relevante del bien jurídico. Dicho monopolio para el ejercicio de una función relevante para la tipicidad atribuye a los sujetos que la ejercen una posición de dominio social, esto es, de dominio del ámbito de protección de la norma y que se traduce en un dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico». Véase GRACIA MARTIN, Luis. *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal. Teoría General.* Tomo I. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 1985, pp. 366-367. En términos similares y con mayor de detalle respecto del acceso al dominio social, se tiene los fundamentos esbozados por el citado autor en GRACIA MARTIN, Luis. *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal. Estudios Específicos del Art. 15 Bis del Código Penal Español.* T. II. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 1985, pp. 161 y ss.

ministración pública; asimismo, desde el punto de vista específico, el legislador busca proteger los deberes de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos[165], por cuanto, sobre el sujeto cualificado versa un deber ético social, el mismo que justificaría la razón por la cual el sujeto cualificado asumió el cargo funcionarial, subsecuentemente, dichos deberes ubican al agente delictual cualificado en una postura de garante, obligándolo, en mérito de dichos deberes personalísimos, a proteger los intereses del Estado que le fueron encomendados.

5.1.4.3. Del bien jurídico en el delito de tráfico de influencias

Existen posturas dispares respecto del objeto de tutela en el delito de tráfico de influencias, para un sector de la doctrina extranjera, considera a la «imparcialidad en la función»[166]-[167], por otro lado, la doctrina nacional, considera que el bien jurídico genérico resulta ser el «recto y normal funcionamiento de la Administración pública en el ámbito de la justicia jurisdiccional y administrativa» y, de manera específica, «el prestigio y el regular desenvolvimiento o funcionamiento de la justicia jurisdiccional y administrativa»[168] [169], sin embargo, para nuestra corte suprema resulta ser «el prestigio y buen nombre de la Administración pública»[170].

---

(165) *Cfr.* SALINAS SICCHA, Ramiro. *Op. cit.*, p. 644.

(166) CLEMENTE L, José; RIOS I., Carlos. *Cohecho y Tráfico de influencias.* Córdova- Argentina: Editorial LERNER S. R. L., 2011, pp. 88 y ss.

(167) MIR PUIG, Carlos. *Comentarios a los delitos contra la Administración Pública.* 1.ª ed. Lima: Instituto Pacifico, 2016, p. 120.

(168) SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* 3.ª ed. Lima: Grijley, 2014, p. 597.

(169) ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública. Op. cit.*, p. 785.

(170) En este extremo, precisamos que en el supuesto de que fuera engañado por el «traficante» mediante la modalidad de bendita di fumo o «venta de humo»; tampoco resultaría agraviado por cuanto el derecho penal protege bienes jurídicos cuya lesión o puesta en peligro se da dentro de un contexto de licitud respecto del agraviado mas no así cuando este incrementa un riesgo jurídicamente relevante para el derecho penal, abandonando la esfera de protección que le otorga el sistema legal en su condición de agraviado, transándose a un plano de imputado por haber defraudado expectativas sociales, es decir, lesionado bienes jurídicos.

Desde nuestra óptica, consideramos que todas las posturas señaladas concuerdan que el bien jurídico es de corte institucional mas no así personalísimo, por cuanto, el objeto de tutela está orientado al sistema de Administración pública o jurisdiccional, razón por la cual el único titular del bien jurídico siempre será el Estado en razón de la institucionalidad del interés, dicha postura viene siendo asumida —conforme señala Salinas Siccha[171]— por la corte suprema en el Expediente 06-2007-A.V (caso Palacios Villar), de modo tal que el interesado o comprador de influencias nunca será agraviado por cuanto es imposible que asuma la titularidad del bien jurídico, por lo que dicho interés protegido tiene naturaleza institucional[172].

5.1.4.4. Del bien jurídico en el delito de enriquecimiento ilícito

El delito de enriquecimiento ilícito, con relación al interés protegido, se puede afirmar que el bien jurídico general, resulta ser el correcto funcionamiento de la Administración pública, por cuanto, la finalidad de la redacción típica aparece dirigida a la protección del interés público[173], por otro lado, de manera específica, conforme indica Salinas Siccha, resulta «el normal y correcto ejercicio de las funciones de los cargos y empleos públicos por parte de los funcionarios y servidores públicos que se deben a la nación»[174] .

5.1.5. De los criterios de imputación objetiva

En ese contexto la imputación objetiva requiere los siguientes presupuestos: i) la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y ii) el riesgo desaprobado debe estar vinculado al resultado lesivo. Después de verificar los dos principios fundamentales de la imputación objetiva (creación de un riesgo desaprobado y el resultado lesivo responde a la creación del riesgo desaprobado (nexo causal), se deberán analizar los niveles de imputación

---

(171) *Cfr.* SALINAS SICCHA, Ramiro. *Op. cit.*, pp. 605 y ss.

(172) Véase VON HIRSCH, Andrew. El concepto de bien jurídico y el principio del daño. En *Teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 37 y ss.

(173) *Cfr.* BERNAL PINZÓN, Jesús. *Op. cit.*, p. 161.

(174) SALINAS SICCHA, Ramiro. *Op. cit.*, p. 715.

objetiva, según el caso concreto, siendo: a) imputación objetiva de la conducta[175]. En este supuesto, la creación del riesgo debe apreciarse *ex ante* al resultado lesivo e b) Imputación objetiva del resultado[176]. La realización del

---

(175) **Criterios que excluyen la imputación objetiva de la conducta**

1. **Riesgo permitido**. El peligro creado por el sujeto activo debe ser un riesgo típicamente relevante y no debe estar comprendido dentro del ámbito del riesgo permitido o riesgo socialmente adecuado.
2. **Disminución del riesgo prohibido**. El sujeto con su accionar procura que el riesgo prohibido no se produzca, no logrando tal finalidad empero de todos modos se lesiona el bien jurídico pero en menor proporción.
3. **Riesgo insignificante.** El riesgo creado es insignificante o fútil para lesionar el bien jurídico.
4. **Principio de confianza.** El sujeto actúa confiando que los demás actuaran en el cumplimiento de sus deberes.
5. **Prohibición de regreso.** Se trata de conductas neutrales o conforme a derecho que participan en un hecho delictivo, resultando ausente de imputación la persona que se mantiene dentro de su conducta neutral o conforme a derecho.
6. **Autopuesta en peligro de la propia víctima.** Se trata de que la misma victima aumenta su propio riesgo, con el cual resulta lesionada.

(176) **Criterios que excluyen la imputación objetiva del resultado.**

1. **Relación de riesgos.** Denominado también *concurrencia de riesgos*, se trata cuando el autor crea un riesgo jurídicamente desaprobado lesionado el bien jurídico, empero también a dicho riesgo desaprobado concurre otro riesgo generado por la misma víctima o por factores externos, ante ello el autor no es responsable.
2. **Protección de la norma.** Las conductas lesivas deberán estar detalladas como prohibidas por la ley penal, en este caso si existe un hecho que no esté protegido por la norma, el hecho no es imputable al autor,
3. **Imputación objetiva por producto defectuoso.** Aparece cuando las empresas sacan productos al mercado, los mismos que han ser comercializados resulta ser afectados por factores externos, en este caso no existe imputación del resultado.
4. **Cumplimiento de deberes de función o profesión.** En este caso, se trata que el sujeto activo su accionar se encuentra amparado por una norma extra penal previamente establecida, no generando de esta manera un riesgo jurídicamente desaprobado sino su accionar es conforme a derecho, por tanto, no se trata de una causa de justificación sino que su accionar no es típico.
5. **Obrar por disposición de la ley.** El autor actúa bajo la existencia de una norma preceptiva (orden) mas no bajo una norma permisiva, razón por la cual no se trata de una causa de justificación sino de un accionar que no genera un riesgo prohibido, convirtiendo el hecho en atípico.
6. **El consentimiento.** En este caso, el mismo titular del bien jurídico permite por

resultado conjuntamente con la relación de causalidad se tiene que realizar *ex post*. En tal sentido, los criterios de imputación objetiva, por la misma naturaleza material de dicha institución, tendrán presencia y compatibilidad según la naturaleza del delito, es decir, en la medida que el delito mantenga el binomio «espacio-tiempo», *baremo propio* de los delitos de resultado.

En relación con el delito de negociación incompatible, conforme se viene indicando, el delito aludido resulta ser un delito de mera actividad, por cuanto, exige, para efectos consumativos, el solo interés por parte del sujeto cualificado en una contratación u operación en la cual participa en razón del cargo, interés indebido que opera a favor del agente delictual o de un tercero. Por otro lado, el delito analizado resulta ser un delito de peligro abstracto, es decir, la técnica de redacción, busca la posibilidad de adelantar la barrera de punibilidad por criterios de política criminal preventiva, utilizándose una técnica *ex ante*, propia de los delitos aludidos. Respecto del delito de tráfico de influencias, la institución jurídica aludida, su aplicación sería ajena a la estructura del tipo penal mencionado por cuanto, según la naturaleza de los verbos rectores, esto es, «invocar», «tener», «recibir», «dar» y «prometer» permiten identificar al delito de tráfico de influencias como un delito de mera actividad, carente del baremo espacio-temporal. En este extremo, esto es, respecto de la ausencia de los criterios de imputación objetiva en los delitos de mera actividad y peligro abstracto, es necesario indicar que no es nada pacífica dicha postura por cuanto cierto sector del dogmático jurídico penal, viene postulando su admisión en los delitos de mera actividad(177).

Respecto del delito de enriquecimiento ilícito, somos de la opinión que es un delito de resultado, por cuanto el escenario delictual plasmado en el supuesto de hecho, advierte la existencia del baremo, tiempo y espacio, es decir, entre la acción y el resultado lesivo existe un escenario distante, permitiendo albergar el delito tentado. Además de ello, el citado delito resulta

---

propia voluntad, que terceras personas lesionen sus bienes jurídicos. Este presupuesto solo funciona en la medida que el bien jurídico constituya un bien jurídico de libre disponibilidad.

Artículo 12. [...] El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley.

(177) Véase MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Reppertor, 2015. Disponible en http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A2.pdf (consultada el 27-04-19).

ser de ejecución continua y de consumación permanente[178], por la misma redacción típica, por cuanto, el enriquecimiento, mayoritariamente, requiere pluralidad de actos funcionales abusivo, con finalidad enriquecedora. Por tanto, resulta ser posible la aplicación de los criterios de imputación objetiva en dicho tipo penal.

5.2. Del tipo subjetivo en las figuras específicas de corrupción funcionarial

Los delitos específicos de corrupción funcionarial, esto es, negociación incompatible, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito resultan ser tipos penales de comisión dolosa, por tanto, no admiten forma imprudente, toda vez que la técnica de tipificación, el dolo es inferido y la culpa es expresa, según los lineamientos fijados en el artículo 12 del Código Penal; por tanto, el sistema penal peruano acepta que la estructura del dolo es binomial, es decir, conocimiento y voluntad, conforme señala la Casación 367-2011-Lambayeque, de fecha 15 de julio del 2013.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2.ª ed. Lima: Palestra, 2003.

ALADINO GALVEZ, Tomas. Delito de enriquecimiento ilícito, autonomía o subsidiaridad. *Revista Ius Puniendi*, Año I, Vol. 2, 2015.

ÁLVAREZ BERNAL, María Elena. *La ética en la función pública*. México: Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 2008.

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Lima: Instituto Pacífico, 2018.

BACA MERINO. *Cfr*. ISASI CAYO, Juan. *Introducción al Derecho Administrativo*. Lima: Isasi & Ruiz Eldredge Abogados, 1997.

BACIGALUPO SAGUESSE, Silvina. *Autoría y participación en delitos de infracción de deber, una investigación aplicable al Derecho Penal de los negocios*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

(178) CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA. *Acuerdo Plenario N.° 3-2016/CJ-116*, Lima: 12 de junio del 2017. En términos similares el FJ N.° 15.

BARTRA CAVERO, José. *Ley de procedimiento administrativo general*. Lima: Huallaga, 2007.

BERNAL PINZÓN, Jesús. *Delitos contra la Administración Pública y asociación para delinquir*. Bogotá: Temis, 1965.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 2.ª ed. Lima: EDDILI, 2002.

BUOMPADRE, Jorge E. *Derecho Penal. Parte especial*. Tomo III. Corrientes, 2003.

CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. *El Empleo Público. Entre estatuto funcionarial y contrato laboral*. Madrid: Marcial Pons, 2001.

CARO JOHN, José Antonio. *Normativismo e imputación jurídico-penal*. Lima: Ara Editores, 2010.

CASAS BARQUERO, Enrique. *El cohecho. El falso testimonio. Estudios de Derecho Penal Especial*. Bogotá, Caracas, Panamá, Quito: Jurídica Bolivariana, 1996.

CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de negociación incompatible*. 1.ª ed. Lima: Instituto Pacifico, 2015.

CLEMENTE L., José; RÍOS I., Carlos. *Cohecho y Tráfico de influencias*. Córdova: Editorial LERNER S. R. L, 2011.

DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis. *El derecho disciplinario de la función pública*. México: INAP, 1990.

FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Concepto y límites del Derecho Penal La nueva visión político-criminal*. Santa Fe de Bogotá: TEMIS, 1992.

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5.ª ed. Lima: Legales Ediciones, 2017.

GARCIA CAVERO, Percy. *Intervención delictual en estructuras criminales*. Lima: Jurista, 2019.

GOMEZ MÉNDEZ, Alfonso; GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Delitos contra la Administración Pública de conformidad en el Código Penal de 2000*. 2.ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

GRACIA MARTIN, Luis. *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal. Teoría General*. Tomo I. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 1985.

JAKOBS, Günter. *¿Daño social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el Derecho Penal.* En JAKOBS, Günter; POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel; CARO JHON, José; GARCIA CAVERO, Percy; GEMIGNANI, Juan G. *Legitimiación del Derecho Penal.* 1.ª ed. Lima: ARA Editores, 2012.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Derecho Penal Parte General.* 3.ª ed. Montevideo-Buenos Aires: Editorial IB de F, 2016.

MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo.* Tomo III-B. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1970.

MIR PUIG, Carlos. *Comentarios a los delitos contra la Administración Pública.* 1.ª ed. Lima: Instituto Pacifico, 2016.

MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *Delitos contra la Administración Pública.* 3.ª ed. Santa Fe: Leyer, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General.* 4.ª ed. Valencia: Tiran lo Blanch, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General.* 5.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

NAKAZAKI SERVIGÓN, César. *El Derecho Penal y procesal penal. Desde la perspectiva del abogado penalista litigante.* Lima: Gaceta Jurídica, 2017.

PARADA VÁZQUEZ, Ramón. La degeneración del modelo de función pública. *Revista de Administración Pública,* N.° 150, 1999.

PENAGOS, Gustavo. *Curso de Derecho Administrativo.* Tomo II. Bogotá: Librería del Profesional, 1989.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 2.ª ed. Lima: Idemsa, 2014.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Delitos contra la Administración Pública.* 1.ª ed. Lima: Instituto Pacifico, 2016.

PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delitos contra la Administración Pública.* 2.ª ed. Lima: Editorial Jurídica Portocarrero, 2012.

RAMOS MEJÍA, Enrique, *El delito de concusión. Exigencias de dádivas en el ámbito de la función pública.* Buenos Aires: Depalma, 1963.

REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. 1.ª ed. Lima: Jurista Editores, 2004.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos cometidos por funcionarios en contra de la Administración Pública*. Lima: Jurista, 2014.

REÁTEGUI SANCHEZ, James. *Tratado de Derecho Penal parte general*. Tomo I. 1.ª ed. Lima: Ediciones Legales, 2016.

REÁTEGUI SANCHEZ, James. *El delito de negociación incompatible y patrocinio ilegal de intereses privados*. 1.ª ed. Lima: Lex & Iuris, 2016

REÁTEGUI SANCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2.ª ed. Lima: Jurista Editores, 2017.

RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio *et al*. Compendio jurisprudencial sistematizado: Prevención de la corrupción y justicia penal. En GUIMARAY MORI, Erick (Coord.), Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del (IDEHPUCP), 2014.

ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4.ª ed. Lima: Grijley, 2007.

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016.

RUBIO LLORENTE, Francisco. El principio de legalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.° 39, 1993.

SAGASTEGUI URTEAGA, Pedro. *El proceso contencioso administrativo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000.

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 3.ª ed. Lima: Grijley, 2014.

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 4.ª ed. Lima: Grijley, 2016.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES. Javier. *Delitos de infracción de deber*. AA. VV. *La responsabilidad en los delitos especiales, el debate doctrinal en la actualidad* Montevideo, Buenos Aires: IB de F, 2014.

VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Bogotá: Temis, 2002.

VILLADA, Jorge Luis. *Delitos contra la Administración Pública*. Córdoba: Advocatus, 2005.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal parte general*. 3.ª reimp. Lima: Grijley, 2010.

VON HIRSCH, Andrew. El concepto de bien jurídico y el principio del daño. En *Teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos*? Madrid: Marcial Pons, 2007.

EL DELITO DE COBRO INDEBIDO O EXACCIÓN ILEGAL

Análisis dogmático del artículo 383 del Código Penal

James Reátegui Sánchez(*)

SUMARIO: I. Consideraciones generales y bien jurídico tutelado. **II.** Tipicidad objetiva. 2.1. Descripción legal. 2.2. Legislación comparada. 2.3. Sujeto Activo. 2.4. Sujeto pasivo. 2.5. Abusando del cargo como elemento común a los delitos de concusión. 2.6. Sobre las modalidades conductuales. 2.6.1. Exigir. 2.6.2. Hacer pagar o entregar. 2.7. Los objetos materiales del delito. 2.8. El destino de lo pagado o entregado indebidamente: el monto de lo pagado debe ingresar a la Administración Pública. 2.9. Tipicidad subjetiva. 2.10. Grados de desarrollo del delito.

JURISPRUDENCIA:

Recurso de Nulidad N.° 3295-2012/Amazonas

I. CONSIDERACIONES GENERALES Y BIEN JURÍDICO TUTELADO

En cuanto a la evolución histórica de las exacciones, podemos decir que hay que ubicarlo en Europa, concretamente en la antigua Roma; y habría que vincularlo al instituto de la concusión, el mismo que no era distinguido con claridad de otras figuras como el «cohecho», sino que a ambas —concusión (y, por ende, exacción) y cohecho— se les aplicaba el mismo principio genérico de *crimen repetundarum*, es decir, bajo el título de la concusión en sentido genérico se comprendían diversos fenómenos que generaban corrupción en contra del sistema de justicia en el Derecho Romano, *v. gr.*, se castigaba el acto de aceptar dinero para pronunciar sentencia(1). En el Derecho Imperial

(*) Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Diploma de Experto en Victimología por la Universidad de Sevilla (España). Especialista en Destrezas en Litigación Oral en la California Western School of Law (San Diego, EE. UU.). Profesor de la Academia de la Magistratura (Perú). Profesor honorario de la Universidad José Carlos Mariátegui (Perú). Miembro honorario del Ilustre Colegio de Abogados de Huancavelica, Huaraz, Cuzco y Puno. Socio fundador del Estudio Reátegui Sánchez Abogados Asociados.

Romano se contemplaba todo tipo de fenómenos que generaban corrupción sin distinguir claramente los límites entre cada uno de ellos. Es decir, bajo el título de la concusión se confundían actos como la extorsión, el soborno y el cohecho[2].

Aunque, según Soler[3], históricamente se hizo la distinción entre concusión propia, que era la ejercida por el sujeto dotado de autoridad, y concusión impropia, que era la extorción cometida por un particular. El empleo de ese nombre, sin embargo, se fue circunscribiendo para calificar exclusivamente la acción de los funcionarios que se sirven del temor suscitado por la autoridad (*metus publicce postestatis*) como medio para obtener de los particulares exacciones indebidas.

La concusión es un término legal que se refiere a un delito llamado exacción ilegal; es decir, cuando un funcionario público en uso de su cargo, exige o hace pagar a una persona una contribución, o también al cobrar más de lo que le corresponde por las funciones que realiza. Este delito puede presentar agravantes si se emplea intimidación o si se invoca que son órdenes de un funcionario de mayor jerarquía, y esta exacción es en provecho propio[4].

Terragni nos dice que el significado de la voz «exacciones» en nuestro idioma presenta dos significados: que tienen como común denominador eludir a la exigencia de un cobro con fines fiscales, pero cuya nota diferenciadora está constituida por la licitud o no de tal requerimiento. Como primera acepción, el sustantivo denota un requerimiento vinculado con impuestos, prestaciones, multas o deudas[5]. Hasta aquí no hay ninguna nota de ilegalidad. Empero, el segundo significado de esta palabra es 'cobro indebido y violento', y este es el significado que el legislador ha usa-

---

(1) SÁNCHEZ FRANCO, Alfredo. *El delito de la concusión cobro ilegal de impuestos*. México, 2001, p. 15.

(2) SÁNCHEZ FRANCO. *Op. cit.*, p. 15.

(3) SOLER, Sebastián. *Derecho pena argentino*. Tomo V. Buenos Aires, 1951, p. 217.

(4) OSSORIO, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires: Heliasta, 1989.

(5) TERRAGNI, Marco Antonio. *Tratado de Derecho penal*. Tomo III, Parte Especial, *II*. Buenos Aires, 2012, p. 517.

do[6]. En el contexto del derecho extranjero, se le conoce a este ilícito penal como «exacción ilegal»[7]; en nuestro país, se le conoce —según la nomenclatura del Código Penal— como «cobro indebido», que en realidad es solo un cambio de nombre cuando en realidad en el fondo se trata de lo mismo.

El concepto de exacción alude a una exigencia indebida y arbitraria que puede ser explicita o encubierta (implícita); en la primera, el agente público no oculta a la víctima que le está exigiendo algo arbitrariamente y puede decirse, por tanto, que lo «extorsiona» con un acto de autoridad totalmente injusto. En la segunda, oculta la arbitrariedad bajo una mentirosa procedencia jurídica de lo que exige, engaña al sujeto pasivo sobre la dimensión de su deber con respecto de lo que debe entregar; en ambos casos, media un abuso de autoridad con el cual el funcionario público coloca a la víctima ante la opción de entrega o de afrontar otras consecuencias[8].

El delito de cobro indebido, según Muñoz Conde[9], el parentesco con la estafa y el cohecho es indudable y —caso de que sea posible— deben ser de preferente aplicación el delito de cobro indebido, pues de lo contrario se privilegiaría absurdamente al funcionario público. Existe evidentemente estafa cuando el funcionario hacer creer engañosamente al particular que los derechos exigidos son legales, y cohecho cuando el funcionario no oculta ciertamente el carácter indebido de su exigencia, pero a pesar de ello llega a un acuerdo con el particular, que acepta la solicitud del funcionario.

Las exacciones ilegales tienen lugar generalmente con ocasión de la prestación de un servicio público, muchas veces relacionadas con obligaciones económicas. Aquí, a diferencia de la concusión, resalta más la apariencia

---

(6) TERRAGNI. *Op. cit.*, p. 517.

(7) La palabra *exacción* significa exigir multas deudas o impuestos en nombre del Estado. El prefijo *ex* significa 'sacar', y lo que se extrae del patrimonio de los particulares en concepto de exacciones, o sea, para multas, dádivas o impuestos en la mayoría de los casos son legales; pero en las exacciones ilegales esa exigencia es indebida y la entrega se produce en virtud del temor generado por el delincuente que debe ser un funcionario público en ejercicio de sus funciones. (Véase en Exacciones ilegales | La guía de derecho http://derecho.laguia2000.com/derecho-penal/exacciones-ilegales#ixzz4MbuzZ7rS).

(8) Ejecutoria Suprema del 13-10-98, Exp. N.° 1380-98-PIURA. *Revista peruana de jurisprudencia.* Año II, N.° 4. Trujillo: Editora Normales Legales, 2000, p. 398.

(9) MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte Especial.* Valencia, 2008, p. 974.

de legalidad y el fraude de los administrados; pero pueden darse conductas sin esta modalidad[10]. La característica más peculiar y distintiva de las exacciones radica en la exigencia de lo que indebidamente se recibe. Dicha exigencia es lo que las diferencia de otros delitos de los funcionarios públicos, especialmente, del cohecho[11].

Ahora, también habrá que hacer la distinción de las exacciones ilegales con la figura de la concusión, en el sentido que aquella se parte de una derecho válido para exigir una contribución, cuando se trata del pago de una cantidad que excede la tarifa legal o invocando un falso derecho de cobro a nombre de la Administración; en cambio, en la concusión no existe ningún derecho a la retribución de un bien patrimonial, es decir, ni siquiera aparente.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español comienza a ser consciente de la gravedad del problema de exacción ilegal, porque suele ser el *modus operandi* de mafias de funcionarios públicos. Citando la reciente Sentencia STS 1302/2016 (ponente Conde Pumpido) textualmente:

> El artículo 437 del CP establece que la autoridad o funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada, será castigado sin perjuicio de los reintegros a que viniere obligado, con las penas de multa de seis a veinticuatro meses y de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años [...]. El tipo descrito en el art*ículo* 437 concurre también cuando el funcionario o autoridad exige el pago al ciudadano afectado de cantidades indebidas o excesivas para ingresarlas en la administración, sin ánimo de beneficio patrimonial propio, o con ánimo lucrativo de terceros, como destaca la generalidad de la doctrina. Y, ello porque el bien jurídico protegido en el art*ículo* 437 no es únicamente el buen funcionamiento de la Administración pública, sino que también tutela de manera mediata el patrimonio de los administrados y su derecho a que la administración no le exija en

(10) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración pública en el Código penal peruano*. Lima, 2003, p. 298.

(11) Véase FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal. Parte Especial* (actualizado por Guillermo A. C. Ledesma). Buenos Aires, 2002, p. 863.

> ningún caso el pago de derechos a los que no esté obligado. Con independencia de que la exigencia se realice para el ingreso de los fondos en la propia administración, o para destinarlos, como sucede en el caso actual, al pago de sobresueldos a quienes debían prestar un servicio que beneficiaba a los propios afectados. Porque lo relevante en este delito no es evitar el enriquecimiento injusto de los autores, sino evitar el abuso que los funcionarios o autoridades pueden realizar de su posición exigiendo a los ciudadanos el pago de cantidades que, simplemente, no se hayan establecido a través de un procedimiento legal[12].

Ahora bien, siguiendo la evolución de nuestros proyectistas en relación al delito materia de comentario, podemos mencionar que, por ejemplo, en el Anteproyecto del Código Penal del Perú (2010)[13] regulaba el presente delito, con el nombre de «cobro indebido», en el artículo 436, bajo los siguientes términos: «El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos, o en cantidad que excede a la tarifa legal será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años e inhabilitación conforme al artículo 35, incisos 1, 2, 3 y 8 del Código Penal», conservando como se observa la misma estructura típica del texto original del vigente código punitivo de 1991, incorporando una pena privativa de libertad de no mayor a cuatro años. Sin embargo, el último Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República (2015), respecto del delito materia de comentario tiene el siguiente texto: artículo 567, cobro indebido: «El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos, o en cantidad que excede a la tarifa legal es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación hasta por veinte años conforme a los numerales 1, 2 y 9 del artículo 42», en cual tiene —como se observa— la misma descripción típica que las anteriores, destacando el incremento de la pena privativa de libertad, ahora es de cuatro como mínimo hasta ocho años de pena privativa.

---

(12) Esa sentencia está disponible en www.cita.es/sentencia-exaciones-ilegales.pdf.

(13) TORRES CARO, Carlos Alberto. *El nuevo Código penal peruano. Exposición de Motivos. Anteproyecto del Código Penal y Estudios sobre Derecho penal*. Lima, 2011, p. 254.

En la doctrina argentina, Aboso nos dice que el bien jurídico protegido en las exacciones ilegales es el correcto y normal funcionamiento de la Administración pública. Es un delito de abuso de funciones y se proyecta directamente sobre el deber de probidad y de fidelidad de los funcionarios públicos. También, se afecta de manera confluyente al patrimonio de los administrados[14]. Por otro lado, en la doctrina colombiana Bernal Pinzón sostiene que el bien jurídico es el interés que tiene la administración publica en su desarrollo normal y en que los funcionarios públicos, que son sus agentes o representantes, no abusen de sus funciones o de sus calidades, situación que conlleva un desprestigio para la Administración pública y, eventualmente, un daño o perjuicio para los particulares victimas de tales abusos[15].

Como todo delito contra la Administración pública en los Códigos Penales modernos, aquí habrá que ubicar dos tipos de bienes jurídicos protegidos: en primer lugar, el tipo genérico, quien obviamente será la Administración pública como ente abstracto-institucional y en segundo lugar, tenemos la forma específica, aquí ubicamos determinados principios rectores como son el de probidad, honestidad, y legalidad, los mismos que deben reinar y regir en todo el proceso funcional relacionado a remuneraciones e impuestos. Es decir, el núcleo del disvalor se fundamenta esencialmente en el aprovechamiento indebido del cargo funcional, cuando se exige a los particulares el pago indebido de una contribución o emolumento, emparentando con el delito de concusión, donde la sustantividad material reposa en el abuso del poder funcional[16]. No está demás señalar que mediante esta figura se pretende resguardar, también, el patrimonio de los particulares, a quienes el agente exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos, o en cantidad que excede a la tarifa legal[17].

---

(14) ABOSO, Gustavo Eduardo. Administración pública y delitos especiales propios. Análisis de los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal argentino desde el punto de vista del estatus de funcionario del autor. En Francisco R. Heydegger; Atahuamán P. Jhuliana C. (Coordinadores). *Delitos contra la Administración pública*. Lima, 2013, pp. 222-223.

(15) BERNAL PINZON, J. *Delitos contra la administración pública..*, p. 92.

(16) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. Lima, 2010, p. 292.

(17) FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración pública*. Lima, 2011, p. 308.

II. TIPICIDAD OBJETIVA

2.1. Descripción legal

El delito de cobro indebido se encuentra tipificado en el artículo 383 del CP peruano, en los siguientes términos:

> El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años e inhabilitación según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36.

2.2. Legislación comparada

Las exacciones ilegales se regulan en el Código Penal español de 1995, en el Capítulo VIII del Título XIX del Libro II, concretamente en el artículo 437 del CP establece que «La autoridad o funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por arancel es o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada, será castigado, sin perjuicio de los reintegros a que viniere obligado, con las penas de multa y suspensión de empleo y cargo público [...]».

El artículo 266 del Código Penal argentino establece: «Será reprimido con prisión de uno a seis meses e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que, abusando de su cargo exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva, o cobrase mayores derechos que los que corresponden». El artículo 267 expresa: «Si se empleare intimidación o se invocare orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima, podrá elevarse la prisión hasta un año y la inhabilitación, hasta cuatro». Y el artículo 268 determina: «Será reprimido con prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores».

En Colombia, también se ha tipificado dicho delito de acuerdo con el artículo 404 del capítulo segundo de la ley 599 de 2000, el cual dice: «Artículo *404*. Concusión. Modificado por el artículo 33, Ley 1474 de 2011. El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o

induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años».

2.3. Sujeto activo

Según el Código Penal peruano, el sujeto activo en este delito solamente lo pueden realizar un funcionario o, también, un servidor público; es decir, se trata de un delito de infracción de deberes institucionales; aunque debemos de advertir que quien tiene las prerrogativas y atribuciones para decidir, por ejemplo, en relación a sueldos, remuneraciones o emolumentos es quien está ubicado en la cúspide de una Organización Institucional estatal, es decir, solo un funcionario público.

El servidor público será eventualmente un mero colaborador doloso —cómplice o inductor— por la carencia de atribuciones que solo estará reservada para el funcionario público; sin embargo, a mi juicio, el autor de esta figura solo podrá ser quien ocupa un «cargo» dentro de la Administración pública (funcionario). En esta misma línea, Portocarrero Hidalgo nos dice que «El funcionario o servidor público que practica el comportamiento descrito, como en la concusión explícita, no podrá ser el encargado de un servicio público ni el que ejerce un servicio de necesidad pública, porque no tienen el cargo para abusar de él»[18].

Habrá que señalar, con Rojas Vargas[19], que el tipo penal no solo resulta aplicable a los funcionarios o servidores públicos que perciben ingresos de fuentes particulares (por ejemplo, concejales y notarios), sino en general a todo sujeto público que pueda abusar de su cargo para exigir o hacerse pagar contribuciones o emolumentos.

Por último, el autor tiene que ser funcionario o servidor público, de lo contrario, si se trata de un sujeto *extraneus* y exige mediante intimidación la entrega de dinero, comete delito de extorsión.

---

(18) PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delitos contra la Administración pública*. Lima, 1997, p. 149

(19) ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración pública*. Lima, 2007, p. 384

2.4. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo será el Estado, como titular de las actividades públicas que toman lugar en la Administración, desde un plano mediato; pues desde el plano inmediato será el particular (o funcionario), que se le exige el pago de una contribución ilegal o el pago de una tasa que excede la tarifica legal[20].

2.5. Abusando del cargo como elemento común a los delitos de concusión

Abusar significa 'usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente alguna cosa'. Hay que destacar la naturaleza compulsiva del delito de cobro indebido (exacción ilegal), en el sentido que el tipo penal descrito en el artículo 383 del Código Penal sanciona al funcionario o servidor público que abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos, o en cantidad que exceda a la tarifa legal; es decir, que la conducta del sujeto activo debe estar dirigida a compeler la voluntad de otra persona para obtener un beneficio[21].

Se trata de un abuso efectuado a través de la constricción (el obligar) o de la inducción a la víctima a dar o prometer indebidamente. Abuso que por sí representa una arbitrariedad lesiva a la propia administración como a los intereses de los particulares[22]. Buompadre nos enseña que el abuso funcional en este delito implica una modalidad de la conducta que se traduce en un prevalimiento o aprovechamiento de la autoridad o poder que representa el cargo público. El funcionario actúa por el temor que suscita en el sujeto pasivo la potestad pública (*metu publicae potestatis*)[23]. No basta la mera invocación de la calidad de funcionario público para menoscabar patrimonialmente a la víctima, si no se pone en juego el ejercicio del cargo mismo[24].

---

(20) PEÑA CABRERA FREYRE. *Op, cit.*, p. 639.

(21) Ejecutoria Suprema del 20-09-99, Exp. N.° 4628-98-ÁNCASH. *Revista peruana de jurisprudencia*, año II, N.° 3. Trujillo: Editora Normales Legales, 2000, p. 394.

(22) ROJAS VARGAS, Fidel. *Op. cit.*, Lima, 2007, p. 385.

(23) BUOMPADRE, Jorge Eduardo. *Manual de Derecho Penal. Parte General.* Buenos Aires, 2002, p. 693.

(24) CREUS, Carlos. *Derecho penal. Parte Especial.* Tomo II. Buenos Aires, 1991, p. 315.

En el comportamiento típico se tiene que expresar —o en todo caso probar en el proceso penal— una evidente relación de causalidad o nexo de vinculación entre el acto abusivo del cargo público con la forma de exigencia extorsiva que realiza el funcionario hacia los otros agentes público-privados que laboran dentro de la Administración pública. En realidad, el acto abusivo del cargo es un elemento objetivo trasvasal a todos los delitos de concusión y, en general, a todos los delitos donde exista un abuso del cargo funcional.

Donna señala que el autor debe formular el requerimiento con base en la función que cumple dentro de la Administración pública, ya que, en caso contrario, el agente no estaría abusando de su cargo, sin perjuicio de que su ilegítima demanda puede subsumirse en otro tipo penal[25]. Es requisito esencial de este delito que el autor no haya usurpado el cargo, es decir, que efectivamente lo ejerza[26]. Mir Puig nos dice que para ser autor del delito de exacciones ilegales se tiene que tener la condición de funcionario público (a efectos penales) competente, es decir, que tenga habitualmente entre sus obligaciones las de recaudar u obtener de los particulares determinadas cantidades por la prestación de determinados servicios públicos, aunque el funcionario cobre su sueldo directamente de la Administración[27].

Empero, Salinas Siccha[28] nos dice —opinión que comparto— que al igual que en el delito de concusión el tipo penal ha circunscrito el abuso al cargo, es decir, a la calidad, no al abuso de atribuciones o funciones como, por ejemplo, se hace en el artículo 376 del Código Penal, que regula el delito de abuso de autoridad. Esto permite entender que no es necesario ni imprescindible que el exigir, hacer dar o hacer entregar se realice en pleno ejercicio de las atribuciones o funciones del funcionario o servidor público para configurarse el delito materia de análisis. Basta —continúa Salinas Siccha[29]— que el agente haga valer abusivamente su cargo así se encuentre de licencia o vacaciones.

---

(25) DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal. Parte especial*. Tomo III. Santa Fe-Buenos Aires, Lima, p. 352.

(26) ABOSO. *Op. cit.*, p. 223.

(27) MIR PUIG, Carlos. *Los delitos contra la Administración pública en el Nuevo Código penal*. Barcelona, 2000, p. 343.

(28) SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración pública*, Lima, 2011, pp. 240-241.

(29) Ibídem, p. 241.

En igual sentido, Soler[30] afirma que este delito se trata de un abuso de autoridad que no puede ser estrictamente funcional, basta que el sujeto activo actúe en función de autoridad, invocando esa calidad, expresa o tácitamente, y que esa calidad exista, aunque la función invocada no implique en absoluto la facultad de exigir suma alguna.

Si la exigencia del pago o entrega de las contribuciones o emolumentos es conforme a derecho o corresponde a una obligación que el funcionario quiere hacer cumplir legítima y legalmente, estamos ante una acción ubicada fuera de los alcances del tipo descrito en el artículo 383[31].

2.6. Sobre las modalidades conductuales

Según el Código penal las modalidades conductuales típicas son las siguientes.

2.6.1. Exigir

Exigir es demandar, reclamar; no exige el que solicita, sino el que «demanda» imperiosamente[32] «hacer pagar es hacer dar en pago, dinero o documentos con poder cancelatorio; por ejemplo: cheques; hacer entregar es hacer dar algo que tenga valor o cumpla una función económica; cobrar es percibir en pago»[33], todas son formas de intimidación, aunque pueda existir una intimidación tácita surgida de la condición de autoridad del sujeto activo. O bien mediante falsas liquidaciones o interpretaciones, que induzcan a pagar más de lo que en realidad se debe; o por el aprovechamiento del error, del pagador, que espontáneamente ofrece pagar más de lo que debe.

Abanto Vásquez nos dice que esta modalidad debe significar un menor injusto que el «obligar» de la concusión básica, lo cual se refleja en la menor penalidad de las «exacciones»; el menor desvalor de la acción, en relación con

---

(30) SOLER, Sebastián. *Op. cit.*, p. 222.

(31) Véase en este mismo sentido FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Op. cit.*, p. 309. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Op. cit.*, p. 151.

(32) RAMOS MEJÍAS, citado por Creus, en su obra *Derecho Penal Especial*, p. 342.

(33) CREUS, Carlos. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo II. Buenos Aires: Editora Astrea, 1983, p. 342.

la concusión, puede encontrarse en la «violencia» mínima del «exigir» y en la falta del elemento «ánimo de lucro» de las «exacciones»[34].

Exigir es un pedido de forma imperiosa o enérgica una cosa a la persona que tiene derecho o autoridad para hacerlo: está en su derecho al exigir que se le trate igual que a todo el mundo. Rojas Vargas señala que este comportamiento es una «demanda enérgica que supone un nivel para lograr la consumación del delito, y que parte de la posición de dominio o de poder con la que se presenta el sujeto púbico frente al particular»[35].

Por su parte, Carranca y Trujillo y Raúl Carranca y Rivas[36] expresaron que: «La exigencia constituye un uso abusivo de la autoridad derivada de la función. No puede, por tanto, existir cuando se invoca un cargo que no se ejerce. La exigencia puede ejercerse por cualquier medio idóneo, inclusive la amenaza expresa o tácita, que produzca en el pasivo el error invencible como vicio del consentimiento, dolosamente manifestada o no [...]».

2.6.2. Hacer pagar o entregar

Esta modalidad se llama *exacción implícita* que consiste en que el agente utiliza medios engañosos para el contribuyente, que lo inducen al error acerca del deber de pagar algo que no se debe o a pagar más de lo debido[37]. Estas conductas de hacer pagar o entregar relevan un obrar positivo que no supone el empleo de medios violentos, sino más bien la utilización de medios fraudulentos que se acercan a la estafa. Se trata de una hipótesis de exacción implícita, que se manifiesta ocultamente de manera solapada, haciéndole creer al particular que está obligado a pagar o entregar, o que ello es exigible[38].

La ausencia de coerción o de engaño sobre la víctima desplaza la concurrencia de esta figura legal por la de cohecho pasivo. Sin embargo, este patrón dista de ser ideal en muchos casos donde el funcionario público no

---

(34) ABANTO VÁSQUEZ. *Op. cit.*, p. 299.

(35) ROJAS VARGAS. *Op. cit.*, p. 386.

(36) CARRANCA y Trujillo y otro. *Código Penal anotado*. Editorial Porrúa, 1985, p. 218.

(37) ROJAS VARGAS. *Op. cit.*, p. 386.

(38) BUOMPADRE. *Op. cit.*, p. 692.

utiliza de manera ostensible la coerción, sino que se vale de otros medios menos atemorizantes, pero no por ello menos efectivos[39].

Por su parte, *hacer pagar* es un acto posterior a la *exigencia del pago*, en consecuencia, se colige que el legislador ha pretendido cerrar espacios de impunidad, cuando por determinadas razones no resulta factible acreditar la exigencia del pago, resultando contrastable en el recibo u otro documento que el particular ha procedido a un abono que se ajusta a los términos reales de la tarifa[40].

La jurisprudencia penal ha dicho que no incurre en delito de exacción ilegal el funcionario público que recibe una contribución excesiva por desconocer la tarifa legal. «El encausado tiene la calidad de funcionario público para efectos penales, pues se desempeñaba como administrador de un organismo del Estado. No se configura el delito de exacción ilegal si el funcionario recibió del usuario una mayor suma de dinero por desconocer la tarifa exacta por concepto de conexión del servicio de agua, más aún si cuando supo que la mencionada tarifa era menor, devolvió el saldo al usuario, quien incluso que la cantidad de dinero que entregó no le pareció excesiva»[41].

Asimismo, una Ejecutoria Suprema ha señalado que no incurren en exacción ilegal los regidores de una municipalidad que cobraron viáticos en cumplimiento del Consejo municipal. Así:

> En el delito de exacción o cobro indebido, el funcionario mediante intimidación fáctica exige a un tercero el pago o la entrega de una contribución u honorarios no debidos, por lo que la voluntad del agente está dirigida a compeler la de otra persona para obtener dicho beneficio. Debe precisarse que aquello «no debido» es lo ilegítimo, esto es, aquella exigencia será ilegítima cuando no está autorizada por las leyes o reglamentos vigentes, o cuando siendo legal en sí misma tenga por objeto una suma que el particular ha pagado o no se debe. Si bien se acreditó que los regidores

---

(39) ABOSO. *Op. cit.*, p. 224.

(40) PEÑA CABRERA FREYRE. *Op. cit.*, p. 299.

(41) Sala Penal Permanente de la Corte Suprema R. N. N.° 2788-2008-TUMBES, de fecha veintiuno de enero de dos mil diez (Sumilla de Jurisprudencia. *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo 11. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2010, p. 208).

encausados recibieron viáticos para viajar a la ciudad de Lima, tanto el viaje como lo viáticos fueron autorizados por el acuerdo del concejo municipal, es decir, dichos encausados se limitaron a dar cumplimiento con lo dispuesto en el referido acuerdo de concejo, sin que para ello se haya quebrantado norma alguna. En tal sentido, la recepción de viáticos por los regidores no puede considerarse un cobro ilegal o no autorizado por la ley, como lo exige el delito de exacción ilegal, por lo que corresponde su absolución[42].

2.7. Los objetos materiales del delito

El objeto material sobre el cual debe recaer la conducta ilícita del agente público deben ser las siguientes:

a) **Contribuciones:** la palabra «contribución» deriva del vocablo latino *contributio* que significa 'la cuota que se paga para algún fin y, principalmente, la que se impone para las cargas del Estado'[43], se refieren a impuestos o tributos destinados a atender las necesidades públicas: impuestos, tasas, tributos.

   Abanto Vásquez[44] nos dice que el concepto tributario de las «contribuciones» resulta demasiado estrecho y tampoco es obligatorio en el marco penal. Tampoco resulta sostenible identificar, sin más, a las «contribuciones» como sinónimo de «tributo»; por ello, siguiendo el concepto semántico del concepto abarcaría toda cuota o cantidad que se paga para cualquier fin, siempre que se entienda que tal pago es realizado por el sujeto a fin de obtener algo a cambio de la Administración: pago de costos judiciales, etc.

   Así, la jurisprudencia penal peruana ha señalado que la cobranza indiscriminada de tributo municipal constituye delito de cobro indebido. Así, «el delito de concusión imputado al procesado, se en-

---

(42) Sala Penal Permanente de la Corte Suprema R. N. N.° 3295-2012-AMAZONAS, de fecha seis de marzo de dos mil trece (Sumilla de Jurisprudencia. *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo 62. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2014, p. 243).

(43) SÁNCHEZ FRANCO. *Op. cit.*, p. 15.

(44) ABANTO VÁSQUEZ. *Op. cit.*, p. 302.

cuentra acreditado, por cuanto resulta de todo actuado que el referido inculpado precedió a efectuar la cobranza del tributo en forma indiscriminada, sin un control previo administrativo y contable, habiéndose fijado su aporte en forma personal, transgrediéndose de este modo los alcances de la Resolución Municipal N.° 3816; asimismo, el referido encausado procedió a otorgar la concesión del cobro alguno, con lo que los intereses del Concejo Municipal se vieron afectados gravemente»[45].

b) **Emolumentos**: Guillermo Cabanellas[46] sostiene que «emolumento» significa 'beneficio, utilidad, gaje, propina, lucro inherente a un cargo, empleo o destino'. Consecuentemente, emolumento no es cualquier gaje, utilidad o propina; sino solo aquella que corresponda y sea inherente al cargo que desempeñe el concusionario, como servidor público. El término *emolumento* está vinculado al concepto de remuneración, se trata del pago a los servicios prestados en un cargo o empleo, inclusive los honorarios profesionales. Honorario, sueldo, remuneración.

Debe resaltarse que dado el «Principio de exacta aplicación de la Ley» que impera en materia penal, no debe confundirse que por la palabra «emolumento» se entienda cualquier «gaje», «utilidad», «propina», «retribución», «comisión», etc., toda vez que contrariamente a tal aseveración el diccionario de la Real Academia Española[47] señala que la palabra «emolumento» proviene del latín *emolumentum* y que significa 'gaje, utilidad o propina que corresponde a un cargo o empleo'.

Interesante la postura del profesor Portocarrero Hidalgo, en el sentido que siendo el *emolumento* un concepto que está vinculada a la remuneración, observa el autor citado, que no encuadraría en el tipo

---

(45) Ejecutoria Suprema del 05-12-95, Exp. N.° 556-95-AREQUIPA, GOMEZ MENDOZA, GONZALO. *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*. Tomo II. Lima: INDEMSA, 1996, p. 353.

(46) CANABELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo III. Buenos Aires: Editorial Argentina Heliástica, 1979, p. 71.

(47) *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. Madrid, España: Editorial Espasa Calpe, 1970, p. 514.

penal bajo estudio, porque se trata —el concepto de emolumento— de un derecho a cobrar y no una obligación de pagar. «Obsérvese que el delito consiste en ser obligado a pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que exceda a la tarifa legal, y restando el concepto del tipo, encontramos que lo único que se puede exigir a pagar es una contribución, mas no un emolumento, porque como está dicho, ello constituye un derecho a cobrar, de tal manera, que a nuestro entender, el delito solo puede comprender a la contribución más no al emolumento»[48].

Habrá que interpretar de acuerdo con el principio de legalidad del artículo 383, que por ejemplo tanto el concepto de «contribución» como el de «emolumento» deben estar expresados en una suma líquida de dinero, sea en efectivo, tarjeta de crédito o un título valor, debiéndose descartar el pago a través de un bien o cualquier tipo de dádiva.

c) **Tarifa** es el precio que pagan los usuarios o consumidores de un servicio público al Estado o al concesionario a cambio de la prestación del servicio. En principio, esta tarifa la fija el concesionario libremente. Sin embargo, en los casos en los que lo determina la ley, la Administración fija un precio máximo o tarifa legal, generalmente, en colaboración con el concesionario[49].

La jurisprudencia penal peruana ha sancionado como delito de exacción, teniendo en consideración el concepto de tarifa, al cajero de Registros Públicos que cobraba 6 veces más la tarifa que por Ley corresponde. En ese sentido, la jurisprudencia penal ha detectado el siguiente caso: «Constituye exacción ilegal la conducta del cajero de la oficina de los Registros Públicos de haber cobrado la suma de 72 soles, siendo la tarifa tan solo de 12 soles, en el trámite para la inscripción del contrato de condonación de saldo de precio, no importa la afirmación que la diferencia cobrada en exceso no fue apropiada por el acusado»[50].

---

(48) PORTOCARRERO HIDALGO. *Op. cit.*, p. 151.

(49) Disponible en https://es.wikipedia.org/wiki/Servicio_p%C3%BAblico.

(50) Ejecutoria Suprema del 28-01-98, Exp. N.° 4722-97- AMAZONAS, ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia penal*. Lima: Gaceta Jurídica, 1999, p. 650.

En otro pronunciamiento de la jurisprudencia penal peruana ha señalado lo siguiente: «El delito de exacción ilegal, contemplado en el artículo 383 del CP, no se refiere solo a los funcionarios o servidores públicos que perciben ingresos de fuentes particulares, sino en general a todo sujeto público que pueda abusar de su cargo para exigir o hacerse pagar contribuciones, indemnizaciones o emolumentos no debidos y que excedan a la tarifa legal; refiriéndose sobre todo al pago de aranceles; siendo ello así, en el presente proceso no se configura los requisitos exigidos por el mencionado tipo penal, ya que lo que había solicitado el acusado no era un arancel con tarifa establecida por ley sino una subvención, por lo que debe absolverse al procesado»[51]

2.8. El destino de lo pagado o entregado indebidamente: el monto de lo pagado debe ingresar a la Administración pública

Cuando el funcionario exige, se hace pagar o entregar contribuciones no debidas, dicho sujeto actúa a nombre de la Administración pública, vale decir compromete el prestigio y el nombre de dicha institución; se entiende que el contenido de la exigencia (monto de la contribución) ingresa al patrimonio público[52]. Pues de lo contrario, si el destino del monto de dicha contribución ingresa más bien al patrimonio particular del mismo funcionario o servidor público, entonces estamos hablando de un delito de peculado doloso por apropiación (art. 387 del CP), con un plus agravatorio por la forma engañosa o extorsiva que está realizando el comportamiento, dentro de los márgenes punitivos que prevé el artículo 387 del CP.

2.9. Tipicidad subjetiva

Este delito debe de realizarse de manera dolosa, y a mi entender solo puede realizarse por dolo directo[53], en tanto la modalidad de abusar, exigen-

---

(51) Ejecutoria Suprema del 12 de abril de 2002, Exp. N.° 335- 2002-Piura (SALAZAR SANCHEZ. *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia Penal*, p. 131).

(52) ROJAS VARGAS, 2007, p. 392

(53) De la misma manera: DONNA, Edgardo Alberto; *Derecho Penal. Parte especial, tomo III*, Santa fe-Buenos Aires, Lima, p. 354, señala. «El autor debe conocer un elemento normativo del tipo, esto es, que lo cobra es indebido, ya sea porque se aparta de la ley, ya

cia, y entregar, solo todo en remuneraciones o emolumentos, que hacen, por ejemplo, que el agente emprenda un accionar a sabiendas que está en contra o prohibido por el orden jurídico. Rojas Vargas anota que «el dolo requerido para perfeccionar el delito es el dolo eventual, sobre todo en la hipótesis que toma como objeto material a las contribuciones»[54].

Coincidimos con Salinas Siccha[55] que de la lectura del tipo penal se concluye que a parte del dolo no se exige la concurrencia de algún elemento subjetivo adicional. Esto significa que a efectos de la tipicidad resulta irrelevante la verificación de algún móvil o motivación especial.

Abanto Vásquez hace una precisión en el sentido que bien el tipo penal en comentario no exige expresamente un beneficio propio, esto no quiere decir que no se presente en la realidad. Una cosa es que el tipo no prevea como elemento el «beneficio propio» (o para otro) y otra es que, al no preverlo, se daba interpretar que nunca se deba perseguir beneficio propio (o para otro) para incurrir en el delito[56]. Todo dependerá de cómo se interpreten los términos «contribuciones» y «emolumentos». En el primer caso, queda claro que los bienes obtenidos no son en beneficio del funcionario. Las contribuciones de todo que se exijan o hagan pagar o entregar redundar en beneficio de la Administración pública; el funcionario que se apodera de ellas cometerá «peculado» o «apropiación ilícita», según si tenía función específica de «percibir» bienes para la Administración pública o no. En cambio, en el caso de los «emolumentos», según una interpretación restrictiva, solamente se referían a «remuneraciones, sueldos y honorarios», podría pensarse que también puede y debe buscarse siempre un «beneficio propio» en esta modalidad[57].

Sin embargo, con relación al tema de la tarifa legal podría existir una circunstancia de ignorancia por la complejidad y lo cambiante quizá de la legislación tributaria, exista una posibilidad de ausencia de dolo en delito de cobro indebido (el llamado «error de tipo relacionado a un elemento nor-

---

sea por va más allá de ella. Como tiene que haber abuso, exigido por el mismo tipo, se descarta el dolo eventual y la culpa».

(54) ROJAS VARGAS. *Op. cit.*, p. 394.

(55) SALINAS SICCHA. *Op. cit.*, p. 244.

(56) ABANTO VÁSQUEZ. *Op. cit.*, p. 303.

(57) Ibídem, p. 304.

mativo» (art. 14 del Código Penal), como da cuenta la jurisprudencia penal peruana en relación a que el funcionario desconocía la tarifa exacta. Así, «el encausado tiene la calidad de funcionario público para efectos penales, por cuanto se desempeña como administrador de un organismo del Estado (Empafa Tumbes S. A.), y si bien admitió haber recibido de parte del usuario la suma de cien nuevos soles para la regularización del servicio de agua, explicó que así lo hizo porque desconocía la tarifa exacta por dicho servicio, pero que al tener conocimiento de la tarifa devolvió el saldo al usuario, quien incluso señaló que la cantidad de dinero que entregó no le pareció excesiva»[58].

Para Fontán Balestra[59], están excluidas las formas culposos que puedan resultar, no solamente de la imprudencia, la negligencia y el error de hecho, sino también el error de derecho sobre lo concerniente a la interpretación de las normas de las que resulta la dificultad de exigir y, con ello, la naturaleza indebida o no de lo que es objeto material de la exacción.

2.10. Grados de desarrollo del delito

En relación con los grados de desarrollo de este delito, diremos que dependerá de los verbos rectores que prevé la ley penal. Así, se trata de un delito de mera actividad, utilizándose la técnica legislativa de peligro abstracto cuando el agente «exija» o «hacer entregar»; es decir, que la consumación se lograría con la simple ejecución, por parte del agente público, de los verbos rectores, en este caso «exigir» o «hacer pagar» contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal. Siguiendo a Soler, el delito es *formal*, y se consuma con la *exigencia*, sin que sea necesario que se produzca el pago[60].

Admitir la tentativa en estos verbos rectores antes citados (art. 16 del Código Penal) como forma de interrupción delictiva sería complicado, ya que el mero acto del funcionario o servidor público, que es una autoridad edil, por ejemplo, de citar en su despacho al jefe de Recursos Humanos,

---

(58) Ejecutoria Suprema del 21-01-10, R. N. N.° 32788-2008-TUMBES. Vocal Ponente: LECAROS CORNEJO. Gaceta penal y procesal penal. Tomo 11. Lima: Gaceta jurídica, 2010, p. 209.

(59) FONTAN BALESTRA. *Op. cit.*, p. 867.

(60) SOLER. *Op. cit.*, p. 224.

al jefe del Área Legal y al jefe del Área de Contabilidad, en la cual dicho funcionario público en la primera reunión, solo opina respecto de los reajustes de sueldos y remuneraciones (de forma ilegal o antirreglamentaria) de los trabajadores municipales, lo cual este comportamiento a todas luces sería un acto preparatorio impune, debido a que no cumple con las exigencias del tipo penal. Sin embargo, en la segunda reunión, el mismo funcionario público ya comienza a exigir de manera enérgica a sus dependientes funcionales que los sueldos de los trabajadores tienen que subirse de manera desproporcionada, aquí el simple hecho de exigir o hacer entregar, no importando el lapso de tiempo, así sea por unos minutos y espacios intercalados, ya estaría consumado este delito.

Ahora bien, en cuanto al verbo rector «entregar» implicaría ya un acto de desplazamiento físico de los objetos materiales del delito hacia el objetivo final propuesto por el funcionario o servidor público; de tal forma que en este tipo de comportamiento sí estamos ante un delito de resultado lesivo y, obviamente, será condicionado la consumación material a que efectivamente se realice la entrega de las contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal, aunque debemos de señalar que aun cuando solo esté por «entregarse» los citados objetos materiales del delito también habrá consumación; puesto que esta conducta ya se contempla como una forma de represión penal. Por lo tanto, sí sería admisible la forma imperfecta de ejecución.

EL DELITO DE COLUSIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO-PENAL PERUANO

Ramiro Salinas Siccha(*)

SUMARIO: I. Cuestión previa. **II.** Tipicidad objetiva. 2.1. Colusión simple. 2.2. Colusión agravada. a) Defraudar en la colusión simple. b) Defraudare en la colusión agravada. c) Relación funcional entre el agente con el objeto del delito. d) Concertar con los interesados. e) Instrumentos del delito: cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado. f) Bien jurídico protegido. g) Sujeto pasivo. **III.** Tipicidad subjetiva. **IV.** Consumación y tentativa. **V.** Autoría y participación.

JURISPRUDENCIA:

R. N. N.° 1076-2013-Ucayali
R. N. N.° 956-2005-Junín
R. N. N.° 1565-2012-Ica
R. N. N.° 1296-2007-Lima
R. N. N.° 2508-2005-Ancash
R. N. N.° 732-2007-Piura
R. N. N.° 4661-2007-Ucayali
R. N. N.° 3017-2004-Huánuco

I. CUESTIÓN PREVIA

El delito de colusión(1), que en otras legislaciones recibe las denominaciones de «negociaciones incompatibles», «fraude a la administración pública»,

(*) Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal. Juez superior titular de la Corte Especializada en Delitos de Crimen Organizado y Corrupción de Funcionarios.

(1) Se le identifica simplemente como colusión y no con la tautológica y contradictoria frase de «colusión ilegal» o «colusión desleal», debido a que el sustantivo contiene la idea de un pacto ilícito, clandestino, irregular, no pudiendo admitirse que existan «colusiones legales» o «colusiones leales» (exposición de motivos del Proyecto

«celebración indebida de contratos» o «fraude contra el Estado» tiene su antecedente en el artículo 344 del Código Penal derogado de 1924. Es un típico delito de infracción de deber.

El original artículo 384 del Código Penal de 1991 fue modificado en su contenido por la Ley N.° 29703 del 10 de junio de 2011, la misma que luego de una fuerte presión pública fue derogada en parte por la Ley N.° 29758 del 21 de julio de 2011. El contenido del tipo penal fue objeto de modificación también por la Ley N.° 30111 del 26 de noviembre de 2013. Finalmente, con la finalidad de establecer y ampliar el plazo de duración de la pena de inhabilitación principal e incorporar la inhabilitación perpetua para los delitos cometidos contra la administración pública, el texto del tipo penal 384 ha sido modificada por el Decreto Legislativo N.° 1243, del 22 de octubre de 2016. De esa forma, el contenido del tipo penal es el siguiente:

> El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.
>
> El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

---

de Ley N.° 4187/2010-PJ, presentado al Congreso el 3 de agosto de 2010 por el Poder Judicial).

II. TIPICIDAD OBJETIVA

Desde la modificación al contenido del tipo penal producida por la Ley N.° 29758 del 21 de julio de 2011, en nuestro sistema jurídico-penal tenemos el delito de colusión que se puede materializar en dos modalidades: simple y agravada. Ambas tienen sus propios elementos típicos que le dan total autonomía e independencia la una de la otra[2].

2.1. Colusión simple. Se verifica este comportamiento delictivo cuando el agente siempre en su condición y razón del cargo de funcionario o servidor público, al intervenir directa o indirectamente en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, *concierta* con los interesados para defraudar al Estado.

> [...] Ese «fraude» debe consistir en la concertación ilegal misma, es decir, en la concertación con la posibilidad de perjudicar económicamente a la administración pública, siendo un delito de peligro (en relación con el perjuicio patrimonial efectivo) y de mera actividad donde no es posible la tentativa, pues antes de la «concertación» no habría aparentemente nada; que el delito se consuma con la simple «colusión» o sea con el acto de concertación, sin necesidad de que la administración pública sufra un efectivo perjuicio patrimonial ni que se verifique materialmente la obtención de ventaja del funcionario[3].

2.2. Colusión agravada. Se verifica cuando el agente siempre en su condición y razón del cargo de funcionario o servidor público, al intervenir directa o indirectamente, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, mediante concertación con los interesados, *defraudare* patrimonialmente al Estado, esto es, causa perjuicio efectivo al patrimonio estatal.

---

(2) Sobre los delitos funcionariales por todos, véase SALINAS SICCHA, Ramiro. *Los delitos contra la administración pública*. 5.ª ed. Lima: Iustitia, 2019.

(3) Ejecutoria Suprema del 8 de febrero de 2006, R. N. N.° 1512-2005-Cusco- Sala Penal Permanente.

La tipicidad objetiva de los delitos de colusión simple y colusión agravada presentan diversos elementos que los hacen figuras delictivas autónomas y de estructura compleja. Las diferencias entre una y otra tienen que ver con dos aspectos. Primero, el verbo rector que como ya hemos mencionado en la simple es *concertar*, en tanto que en la agravada es *defraudare*. Y segundo, el perjuicio potencial o real producido con la conducta colusoria al patrimonio del Estado. En la simple, el peligro de afectación al patrimonio es potencial, en tanto que en la agravada el perjuicio es real y efectivo.

a) Defraudar en la colusión simple

Defraudar, estafar[4] o timar al Estado significa el quebrantamiento del rol especial asumido por el agente y la violación del principio de confianza depositado, con el consiguiente engaño al interés público, al comportarse el sujeto activo en su beneficio, asumiendo roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado[5].

R. N. N.° 1076-2013-Ucayali

El agente con su accionar colusorio busca ocasionar un perjuicio ya sea real o potencial al patrimonio del Estado u organismo estatal que ha negociado con los terceros interesados[6]. La conducta del agente de infringir sus deberes funcionales está dirigida a defraudar patrimonialmente al Estado. Para configurarse el delito de colusión simple, no es necesario que realmente con la conducta fraudulenta se ocasione perjuicio real al patrimonio del Estado. Basta verificar que la conducta colusoria tenía como finalidad defraudar el patrimonio del Estado. En este sentido, se ha pronunciado la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema[7], al precisar que «debe

---

(4) De modo alguno significa que sea lo mismo que el delito de estafa, previsto y sancionado en el artículo 196 del Código Penal. La ejecutoria suprema del 26 de octubre de 2005, de la Sala Penal Permanente, establece en forma pedagógica que el delito de colusión como delito especial «comprende todos los elementos del tipo legal de estafa más algunos elementos adicionales —el autor del ilícito es un funcionario, el ámbito típico del negocio jurídico concertado es un contrato, el sujeto pasivo solamente puede estar constituido por el Estado—». R. N. N.° 956-2005-Junín (García Cavero y Castillo Alva. *El delito de colusión*, Lima: Grijley, 2008, p. 279).

(5) Rojas Vargas. *Delitos contra la administración pública*. 3.ª ed. Lima: Grijley, 2002, p. 281.

(6) García Cavero y Castillo Alva. *Op. cit.*, pp. 42 y 135.

(7) Ejecutoria Suprema del 2 de abril de 2014 en el **R. N. N.° 1076-2013-Ucayali**.

tenerse en cuenta que el acuerdo colusorio entre las partes —el Estado y los particulares— esté referido a que las condiciones de contratación se establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado».

Interpretando el tipo penal antes de la modificatoria, la jurisprudencia alegaba que «cabe precisar que el delito de colusión ilegal, previsto en el artículo 384 del Código Penal contempla como núcleo rector típico el defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados [...], entendiéndose por defraudar que el sujeto activo quebranta la función especial asumida y la violación del principio de confianza depositada, con el consiguiente engaño al interés público, al asumir el funcionario roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado; siendo el perjuicio un elemento intrínseco de la defraudación, que viene a ser un componente material en cuanto implica un perjuicio ocasionado a los intereses estatales, que en la mayoría de los casos se concretará en su sentido patrimonial, pero también se concreta cuando un perjuicio se da en relación con las expectativas de mejoras, de ventajas, entre otras»[8]. En consecuencia, no «puede identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo penal lo que se requiere es la producción de un peligro potencial dentro de una lógica de conciertos colusorios, que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos»[9].

R. N. N.° 1296-2007-Lima

b) *Defraudare* en la colusión agravada

Aun cuando pareciera lo mismo «defraudar» y «defraudare», el significado que se le ha dado en el tipo penal 384 del Código Penal, luego de la modificación introducida por la Ley N.° 29758, es totalmente diferente. En efecto, *defraudar* ya ha sido definido y señalado, es decir, el sentido que tiene en el tipo penal. En cambio, *defraudare* o *timar* al Estado significa engaño al interés público y, como consecuencia de ello, un efectivo perjuicio patrimo-

(8) Ejecutoria Suprema del 4 de julio de 2002, Exp. N.° 1402-2002-Tumbes.

(9) Ejecutoria Suprema del 12 de diciembre de 2007, **R. N. N.° 1296-2007-Lima**, 2.ª Sala Penal Transitoria.

nial al erario público. El agente público actúa asumiendo roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado y, como efecto inmediato, los perjudica. Aquí, para efectos de tipicidad es irrelevante si finalmente el agente obtiene o no provecho patrimonial. Este aspecto solo tendrá repercusión al momento de individualizar la pena que le corresponda al agente público corrupto.

La colusión agravada se perfecciona cuando el agente por medio de concertación con los terceros interesados defrauda el patrimonio del Estado. En este hecho punible, se configura con la propia defraudación que se produce al patrimonio del Estado, luego de la concertación. En cambio, como ya hemos indicado, la colusión simple se configura con la simple concertación con los interesados con la finalidad de perjudicar el patrimonio público. En la agravada, se exige efectivo perjuicio al patrimonio del Estado, en tanto que en la colusión simple solo se exige la sola concertación con aquella finalidad. Esa es la diferencia entre ambas figuras delictivas.

c) Relación funcional entre el agente con el objeto del delito

Elemento importante del delito en hermenéutica jurídica (agravado como simple) lo constituye la siguiente circunstancia: el agente que realiza los actos de concertación y defraudatorios en perjuicio patrimonial del Estado tiene que actuar en razón de su cargo, es decir, el agente debe actuar directa o indirectamente (por intermedio de otra u otras personas) en el desarrollo de las atribuciones propias de su cargo establecidas ya sea en la ley, reglamentos o directivas de la empresa u organismo estatal. El agente se aprovecha en su beneficio personal de las atribuciones que el Estado u organismo estatal le ha confiado para que lo represente en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado. El tipo penal exige la relación funcional jurídica entre el sujeto público y el objeto del delito que vienen a ser los procesos de contratación pública que realiza el Estado. Ello significa que si en un hecho concreto el funcionario o servidor público no estaba facultado o, mejor, no estaba dentro de sus funciones participar en representación del Estado, en concesiones, por ejemplo, el delito en análisis no se configura[10].

---

(10) En parecido sentido, PARIONA ARANA. *El delito de colusión*, 2017, p. 60.

En cuanto al derecho vivo y actuante antes de la modificatoria producida por la Ley N.° 29758, tenemos la Ejecutoria Suprema del 14 de enero de 2000, que argumenta que «los elementos del delito de concusión-colusión desleal, según el artículo 384 del código sustantivo, vienen a ser el acuerdo clandestino entre dos o más agentes para lograr un fin ilícito, perjudicando a un tercero, el Estado —en este caso— mediante diversas formas contractuales, para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial»(11).

Este elemento del delito de colusión evidencia que se impone una obligación normativa reforzada al sujeto público. En efecto, los funcionarios o servidores públicos que actúan en razón del cargo, y dentro de su función asignada previamente ostentan un deber jurídico intensificado de proteger los intereses y el patrimonio del Estado al negociar con particulares o con personas jurídicas —sean de derecho público o privado, nacionales o extranjeras—, vigilando los acuerdos más convenientes y útiles tanto en precio como en calidad, para la entidad a la que representan(12).

De modo que es correcta la ejecutoria suprema del 5 de mayo de 2003 cuando argumenta que «el delito de colusión ilegal exige para su configuración que el funcionario o servidor público concierte con los interesados para defraudar al Estado en las distintas contrataciones que celebre por razón de su cargo o comisión especial; sin embargo, fluye de autos que el procesado no tuvo poder de decisión y, por lo tanto, ninguna injerencia en la adquisición»(13).

R. N. N.° 1565-2012-Ica

d) Concertar con los interesados

El siguiente elemento de la compleja estructura típica del delito de colusión lo representa el hecho de que el agente, en abuso de su cargo, se pone de acuerdo, pacta, conviene o arregla con los interesados para o con la finalidad de defraudar al Estado u organismo estatal que representa.

«La concertación implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subprepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento

(11) Exp. N.° 5201-99-Loreto, Sala C (Normas Legales, Trujillo, T. 288, 2000, p. A-74).

(12) García Cavero/Castillo Alva. *Op.* cit., p. 87.

(13) Exp. N.° 1382-2002-Puno, Salazar Sánchez. *Delitos contra la administración pública*, 2004, p. 154. En el mismo sentido, la Ejecutoria Suprema del 19 de noviembre de 2013 en el **R. N. N.° 1565-2012-Ica**.

del agente respecto de la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa»[14].

Para poder considerar defraudatoria la actuación de un funcionario o servidor público en la celebración o ejecución de un contrato con un particular resulta necesario que acuerde con el particular la imposición de condiciones contractuales menos ventajosas para el Estado de las que se podría haber alcanzado en ese momento mediante una labor de negociación. La determinación del carácter desventajoso de las condiciones contractuales no puede hacerse desligada del concreto momento de la negociación, así como de la posición contractual del Estado[15].

La concertación del agente público con los interesados implica un amplio margen de pactos ilícitos, componendas o arreglos en perjuicio evidente de los intereses estatales en juego. Se puede concertar mediante diversas modalidades confabulatorias, para presentar, por ejemplo, precios simulados —sobrevaluados o subvaluados—, admitir calidades inferiores a las requeribles, o derivar directamente de las operaciones ventajas, o intereses particulares, o para otros fines[16]. El término *interesados*, sin duda, se refiere a los particulares o personas jurídicas o naturales que negocian con el Estado. Por medio de ellas, el Estado adquiere bienes, servicios y realiza obras en beneficio de los administrados.

En consecuencia, no se trata de castigar cualquier concertación, sino únicamente las que buscan perjudicar o las que perjudican o traen consecuencias

---

(14) Ejecutoria Suprema del 12 de diciembre de 2007, R. N. N.° 1296-2007-Lima, 2.ª Sala Penal Transitoria. En parecido sentido, la Ejecutoria Suprema del 24 de noviembre de 2006 precisa que «la configuración del delito de colusión desleal requiere de la concertación del funcionario o servidor público con el interesado, es decir, de un acuerdo subrepticio entre dichas personas, en los contratos, suministros o licitaciones; asimismo, debe destacarse como otro elemento constitutivo del tipo la defraudación al Estado —sus organismos o entidades—, la misma que se manifiesta en un perjuicio y que es producto, precisamente, de dicho acuerdo ilícito relacionado con esta concertación. El ilícito penal necesita de la intervención activa del interesado, quien justamente concierta con el funcionario público, lo que implica la exteriorización de un acto de conformidad o asentimiento de su parte y, con ello, un acuerdo de voluntades entre el funcionario y el interesado» (R. N. N.° 2508-2005-Áncash, 2.ª Sala Penal Transitoria).

(15) Ibídem, p. 40.

(16) Rojas Vargas. *Op.* cit., p. 282.

económicas nocivas para el Estado, ya sea, por lo general, porque se paga más por un producto de una determinada calidad o porque se paga un precio determinado por un bien de menor calidad, habiendo concierto entre las partes[17]. «Lo cuestionable en la conducta de cualquier funcionario público es el acuerdo confabulatorio, ilegal y doloso con el interesado para obtener un provecho en perjuicio del Estado»[18].

Por otro lado, debe quedar establecido con Abanto Vásquez[19] que la concertación solamente puede realizarse por comisión. No es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante actos de omisión. El agente, necesariamente y de manera activa, debe concertar o ponerse de acuerdo con los interesados en negociar con el Estado. Es imposible que actos omisivos impliquen o representen acuerdo o concertación alguna.

En el mismo sentido, García Cavero[20] concluye que la conducta de un funcionario público de un comité de selección de no hacer nada ante una licitación amañada por otros miembros no es equiparable con una concertación con los interesados que exigen el tipo penal. Aquel funcionario público que omite podrá ser imputado del delito de omisión de denuncia u omisión de deberes funcionales, pero no por el delito de colusión. En la misma posición y línea interpretativa, Castillo Alva[21] asevera que en el caso de que un funcionario que participa de las negociaciones —pero no obra por razón al cargo— solo guarda silencio y, con ello, permite que haya un comportamiento defraudatorio a los intereses del Estado; estaremos ante un caso de complicidad primaria omisiva. El guardar silencio no equivale, desde el punto de vista normativo y estructural, a concertar qué exige el tipo penal. Concertar es una acción eminentemente activa. Quien guarda silencio o calla no obra en

---

(17) Con amplitud García Cavero y Castillo Alva. *Op.* cit., p. 118.

(18) Ejecutoria Suprema del 15 de febrero de 2008, R. N. N.° 732-2007-Piura- Segunda Sala Penal Transitoria.

(19) Abanto Vásquez. *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. 2.ª ed. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 264. Por su parte, Rojas Vargas pretende enseñar que la colusión desleal también puede verificarse por actos de omisión (ibídem, p. 288).

(20) García Cavero y Castillo Alva. *Op. cit.*, p. 51. Parecida postura adopta Pariona Arana. *Op. cit.*, 2017, p. 114.

(21) Ibídem, p. 122.

concierto para perjudicar al Estado, simplemente realiza un comportamiento omisivo que facilita la comisión del delito por otros[22].

Entendido así, resulta desacertada la Ejecutoria Suprema del 11 de octubre de 2005[23], cuando en un típico caso de omisión de deberes funcionales debidamente tipificado en el artículo 377 del Código Penal confirmó una sentencia que condenó por colusión a personas que sin concertación[24] alguna omitieron dolosamente sus deberes funcionales. En efecto, en el considerando tercero de la citada ejecutoria se argumenta que «aparece de lo actuado que en representación de la jefatura de infraestructura del MBJ-Programa MAJ de la GCR-PJ e integrantes de la comisión de recepción, ambos mostraron su conformidad con la obra que se les hacía entrega y expresaron que la misma había sido ejecutada de acuerdo con el expediente técnico y levantadas las observaciones que se le formulara en su oportunidad, por lo que declaraban su conformidad a la obra y procedían a su recepción, pese a que las observaciones formuladas primigeniamente no habían sido subsanadas en su totalidad; que si bien los citados acusados han alegado que suscribieron dicha acta de favor, pues se les informó que las observaciones habían sido subsanadas, dada su calidad de profesionales de la ingeniería tenían la obligación de verificar que en realidad la obra se encontrara operativa y ejecutada conforme a lo establecido en el correspondiente expediente técnico, situación que permite inferir la concertación entre los encausados y el contratista, a fin de hacer aparecer como cabalmente ejecutada una obra que no se ajustó a los acuerdos previamente adoptados con la entidad contratante, encontrándose acreditada de esta manera la culpabilidad de los recurrentes».

Cuestión diferente es si en el proceso penal se llega a determinar que efectivamente los integrantes de la comisión de recepción se coludieron con los contratistas para hacer parecer que la obra estaba concluida cuando en la realidad aún faltaba. Lo fundamental son los acuerdos colusorios o concertación. Si no hay prueba alguna (directa o indiciaria) de acuerdos colusorios previos, el delito no se verifica.

---

(22) En el mismo sentido, Pariona Arana, quien incluso concluye que «aceptar una concertación por omisión, sería castigar aquello que la ley no prohíbe». *Cfr. Op. cit.*, 2017, p. 114.

(23) Ibídem, p. 328.

(24) Al menos, del contenido de la ejecutoria no se advierte que se haya acreditado que los sentenciados se hayan concertado para perjudicar al Estado.

Finalmente, debemos dejar establecido que si bien tanto en la colusión agravada como en la simple interviene la concertación o acuerdo clandestino y fraudulento, también es cierto que en la colusión simple es el verbo rector y, por lo tanto, se configura el citado delito con la simple concertación tendiente a defraudar el patrimonio del Estado. El agente concierta con la finalidad de defraudar el patrimonio del Estado, en tanto que en la agravada la concertación es un medio que utiliza el agente para perjudicar de modo efectivo el patrimonio del Estado.

Tomando en cuenta la afectación al objeto del delito, resulta razonable concluir que el delito de colusión simple es de peligro, donde la concertación debe ser idónea para poner en peligro los intereses económicos del Estado[25] y, en cambio, la colusión agravada es un delito de lesión, pues en este no es suficiente la creación de un peligro, sino es necesario un perjuicio efectivo a los intereses patrimoniales del Estado[26].

e) Instrumentos del delito: cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado

El agente con la finalidad de defraudar al Estado —en el desempeño de su cargo en el que actúa, acuerda o pacta con los interesados obtener algún beneficio en perjuicio del Estado en su participación en cualquier etapa de las adquisiciones o contrataciones pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado— comprende desde la generación de la necesidad, el requerimiento, la presentación de propuesta, la evaluación, la adjudicación, la firma del contrato, la ejecución y liquidación del mismo[27].

Engloba, en consecuencia, la celebración de actos jurídicos como son contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas, concesiones u otra operación semejante que realiza el Estado para cumplir sus objetivos y fines propuestos.

---

(25) PARIONA ARANA. *Op. cit.*, p. 89.

(26) PARIONA ARANA. *Op. cit.*, 2017, p. 91.

(27) Exposición de motivos del Proyecto de Ley N.° 4187/2010-Poder Judicial, presentado al Congreso el 3 de agosto de 2010.

«El ilícito previsto en el artículo 384 del Código Penal exige que el funcionario o servidor público a cargo de las adquisiciones concierte con las empresas proveedoras, con la finalidad de favorecerlos indebidamente con el otorgamiento irregular de tratos de provisión en detrimento del patrimonio estatal»[28].

Se refiere a actos jurídicos en los cuales el Estado es parte. Entre ellos, tenemos a los contratos, los mismos que son acuerdos escritos que celebra el Estado con los particulares para la ejecución de obras, provisión de bienes, prestación de servicios, etc.

Suministros son acuerdos a los que llega el organismo estatal con los particulares para que estos se encarguen de proporcionarle prestaciones de bienes y/o servicios.

En tanto que *licitaciones* representan un procedimiento legal y técnico que permite a la administración pública conocer quiénes pueden, en mejores condiciones de idoneidad o conveniencia, prestar servicios públicos o realizar obras.

Concurso de precios es el procedimiento por el cual el postor presenta su propuesta para ejecutar una obra pública previa invitación cursada por la entidad estatal que convoca al concurso.

En cambio, *subastas* son actos de venta pública de bienes al mejor postor; pueden hacerse judicial o administrativamente[29].

El tipo penal deja abierta la posibilidad de que otra operación en la cual el Estado u organismo estatal sea parte, se constituya en objeto del delito de colusión. Pero estas operaciones deberán enmarcarse necesariamente en los procesos de selección y contratación pública para las adquisiciones de bienes, obras o servicios del Estado. Podrán incluirse, por ejemplo, otros procesos de selección no mencionados expresamente en el tipo penal, como sería el caso de la adjudicación directa o la adjudicación de menor cuantía. No puede aplicarse este delito a cualquier tipo de operación económica que realice el Estado a través de sus funcionarios, pues esta extensión del ám-

---

(28) Considerando séptimo de la ejecutoria suprema del 14 de febrero de 2005, R. N. N.° 1016-2004-Ayacucho (García Cavero y Castillo Alva. *El delito de colusión*, cit., p. 324).

(29) Con amplitud respecto de estos actos jurídicos, véase por todos, ROJAS VARGAS. *Delitos contra la administración pública*, cit., pp. 283-286.

bito de aplicación del tipo penal implicaría salirse del tenor establecido por el tipo penal 384[30].

Sin duda alguna, las modalidades de adquisición y contrataciones del Estado son el marco para el acuerdo defraudatorio. En este marco pueden producirse convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, etc. Aquí el agente, en su beneficio, realiza convenios, ajustes, liquidaciones o suministros en desventaja patrimonial para el Estado, dando prioridad a los intereses económicos de los particulares que negocian con el Estado.

El término *convenio* significa los acuerdos concretos a los que llegan los representantes del Estado con los particulares, los que se traducen o positivizan en un contrato. El legislador, al utilizar el término *convenios* no solo se refiere a los acuerdos alcanzados en la celebración o ejecución de una contratación pública, sino también se refiere a ciertas modalidades específicas de contratación en los procesos de selección previstos en la normativa administrativa correspondiente. Así, por ejemplo, las adquisiciones realizadas en el marco de convenios internacionales mencionados en la Tercera Disposición Complementaria de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, o los convenios marcos de precios regulados en forma específica en los artículos 187 y siguientes del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado[31].

En tanto que ajustes significa las adecuaciones o reacomodos que se realizan entre los representantes del Estado y los particulares cuando hay desavenencias en el cumplimiento del contrato. Se puede ajustar precios, plazos, remuneraciones, servicios, etc. Los ajustes son supuestos que se contemplan simplemente para los casos de variación del precio de las obras derivadas de la contratación pública, ello según el artículo 56 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Liquidaciones significa que los contratos firmados entre el Estado u organismos estatales con terceros llegan a su fin y es necesario hacer el procedimiento de liquidación. Esta deberá ser elaborada por el particular contratista

---

(30) Ibídem, pp. 27 y 163. En parecido sentido, Pariona Arana precisa que «desde un análisis sistemático e integral de la norma penal, las "otras operaciones" a que se refiere el tipo penal debe coincidir normativamente con la naturaleza de los contratos, esto es, que se oriente a la negociación de intereses económicos de índole pretacional». *Cfr.* El delito de colusión. *Op. cit.*, 2017, p. 86.

(31) Ibídem, p. 28.

y luego de presentada a la entidad estatal correspondiente, deberá ser aprobada por resolución bajo responsabilidad del funcionario correspondiente. Con ello, se cierra el expediente de la contratación o adquisición[32]. Para tal fin, se sigue lo previsto en el artículo 43 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y en el artículo 269 del Reglamento.

Los suministros representan los acuerdos a que llegan los representantes del organismo estatal con los particulares para que estos se encarguen de proporcionarles prestaciones de bienes y/o servicios. Los suministros constituyen la ejecución de un contrato con el Estado para proveer de manera continua y permanente determinados bienes a ciertas instituciones públicas para el desarrollo de sus actividades[33]. Siendo el caso de que luego de firmarse el contrato de suministro, la empresa contratista con conocimiento del agente público realiza suministros de menor calidad o cantidad a la comprometida[34]. Por ejemplo, alimentos descompuestos para los damnificados, chalecos antibalas de menor grosor que la pactada, leche con fecha límite de consumo vencida, etc.

La Ejecutoria Suprema del 4 de junio de 2002 expone un caso real de la forma como pueden presentarse los actos defraudatorios. En efecto, aquí se considera que «la conducta del encausado se encuentra tipificada en el delito de concusión en su modalidad de colusión desleal, en razón de que se le incrimina, en su condición de alcalde, haber adquirido bienes sin la respectiva cotización y sin que exista el cuadro comparativo que para estos casos se exige, con el agregado de que los mismos se encontraban sobrevalorados y, en algunos casos, inoperativos. Asimismo, se le incrimina haber realizado diferentes obras que no contaban con la documentación contable respectiva, esto es, órdenes de compra, órdenes de servicio y expedientes técnicos necesarios; sin embargo, se ha cancelado por tales trabajos»[35].

f) Bien jurídico protegido

Asumiendo que el delito de colusión es uno de infracción de deber, el bien jurídico genérico es el normal y recto funcionamiento de la administra-

---

(32) Ibídem, p. 287.

(33) García Cavero y Castillo Alva. *El delito de colusión*, cit., p. 29.

(34) Abanto Vásquez. *Op.* cit., p. 267.

(35) Exp. N.° 1559-2001-Apurímac.

ción pública que es manifestación material del Estado. Cuando, por ejemplo, el sujeto público —encargado de participar en la contratación de bienes para el Estado— infringiendo sus deberes funcionales pacta o se colude con el postor empresario para sobrevalorar el precio de los bienes objeto de contrato, la administración pública (Estado) en general se «resiente» y su funcionamiento deja de ser normal, pues al pagar sobreprecio deja de atender otros requerimientos de los administrados, debido a que se queda hasta sin presupuesto al haber pagado una diferencia que realmente no correspondía.

En tanto que el bien jurídico protegido específico o particular, lo constituye la idoneidad y el celo profesional en el cumplimiento de las obligaciones funcionales por parte de los funcionarios o servidores públicos[36]. El sujeto público, al desarrollar sus obligaciones funcionales al interior de la administración pública, tiene que hacerlo conforme a los deberes funcionales que le impone el cargo público que desempeña. Y, esos deberes funcionales en nuestro sistema jurídico los impone la ley en forma expresa; en este caso, la Ley N.° 30225[37] modificada por el Decreto Legislativo N.° 1341. Si el sujeto público obligado, infringiendo aquellos deberes, busca o pretende defraudar o llega realmente a defraudar los intereses patrimoniales del Estado, aparece el delito de colusión ya sea en su modalidad simple o agravada.

En efecto, en nuestro sistema jurídico encontramos que en el artículo 2 de la citada Ley de Contrataciones, entre otros, encontramos los deberes o principios que orientan o sirven de parámetros funcionales que tienen que respetar los sujetos públicos que por razón de su cargos participan en representación del Estado en las adquisiciones, contrataciones, concesiones u otra operación semejante. En efecto, allí se precisa que estos principios son los parámetros para la actuación de quienes intervengan en las contrataciones[38].

---

(36) ROJAS VARGAS. *Op. cit.*, p. 278.

(37) Ley de Contrataciones del Estado. Asimismo, al tratarse de concesiones debe tomarse en cuenta la ley que la regula.

(38) El artículo 2 de la Ley N.° 30225 enumera y define los siguientes principios:

a) Libertad de concurrencia. Las Entidades promueven el libre acceso y la participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores.

b) Igualdad de trato. Todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas y, en consecuencia, el trato discriminatorio manifiesto o encubierto. Este principio exige que no se traten de manera diferente situaciones que son similares, y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica siempre que ese trato cuente con una justificación objetiva y razonable, favoreciendo el desarrollo de una competencia efectiva.

c) Transparencia. Las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los proveedores, garantizando la libertad de concurrencia, y que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad. Este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

d) Publicidad. El proceso de contratación debe ser objeto de publicidad y difusión con la finalidad de promover la libre concurrencia y competencia efectiva, facilitando la supervisión y el control de las contrataciones.

e) Competencia. Los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia.

f) Eficacia y eficiencia. El proceso de contratación y las decisiones que se adopten en su ejecución deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas, así como del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos.

g) Vigencia tecnológica. Los bienes, servicios y obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad la finalidad pública para los que son requeridos, por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos.

h) Sostenibilidad ambiental y social. En el diseño y desarrollo de la contratación pública, se consideran criterios y prácticas que permitan contribuir tanto la protección medioambiental como social, y al desarrollo humano.

i) Equidad. Las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general.

j) Integridad. La conducta de los partícipes en cualquier etapa del proceso de contratación está guiada por la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida, la misma que, en caso de producirse, debe ser comunicada a las autoridades competentes de manera directa y oportuna.

Entre otros principios, para efectos del delito de colusión, consideramos que son pertinentes los siguientes principios:

1. Principios de integridad: la conducta de los partícipes en cualquier etapa del proceso de contratación está guiada por la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida.
2. Principio de transparencia: las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los proveedores, garantizando la libertad de concurrencia, y que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad.
3. Principio de igualdad de trato a los postores: todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas y, en consecuencia, el trato discriminatorio manifiesto o encubierto.

De ahí que el bien jurídico específico penalmente protegido del delito en hermenéutica jurídica encuentre su fundamento en los deberes especiales que tienen los sujetos públicos al participara en las contrataciones representando a la administración, los mismos que se traducen en los principios de integridad, transparencia e igualdad de trato a los postores. Si bien podría alegarse razonablemente que el tipo penal pretende proteger el patrimonio del Estado, lo cierto es que el sustento de la norma prohibitiva no está en la generación de un perjuicio económico al Estado o al sistema económico general, sino en el irregular desempeño funcional del funcionario o servidor público en el manejo del patrimonio público. De modo que sustenta la sanción penal la inobservancia de los deberes específicos que vinculan al sujeto público con los fines últimos del Estado. Pero no se trata de cualquier deber específico, sino solo de aquellos de carácter positivo, en el sentido de que el sujeto público que, en razón de su cargo participa en la adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado debe hacerlo siempre tratando de cautelar el patrimonio administrado en beneficio del Estado. En efecto, el funcionario o servidor público que por razón de su cargo tiene que ver con el patrimonio del Estado tiene la obligación especial de cautelarlo y protegerlo y solo usarlo en beneficio del propio Estado y con tal fin de actuar siempre con integridad, transparencia y dando trato igual a los postores. Caso contrario, si aprovecha de tal posición especial para obtener beneficio personal o de tercero en perjuicio

del patrimonio estatal, infringiendo aquellos deberes funcionales, se verifica alguna modalidad del delito de colusión[39].

Consideramos que el delito de colusión tiene como último propósito específico el orientar o conminar a los funcionarios o servidores públicos a que observen los deberes funcionales especiales que les impone la ley cuando asumen la competencia de participar en nombre o representación del Estado en las contrataciones, adquisiciones, concesiones y demás operaciones semejantes. El Tribunal Constitucional, en la resolución de fecha 17 de mayo de 2004[40], interpretando el delito de colusión a la luz de la Constitución y la convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, ha precisado en forma pertinente que es necesario que las contrataciones de servicios, bienes y obras se realicen mediante un procedimiento oportuno, con la mejor oferta económica y técnica y respetando los principios, tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia, y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores.

Esta es la orientación interpretativa de parte de la Jurisprudencia Nacional. En efecto, en la ejecutoria superior de la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Junín, del 12 de septiembre de 1996[41], se considera que «el bien jurídico tutelado por la norma penal es la actuación conforme al deber que impone el cargo y asegurar la imagen institucional, por parte de los funcionarios o servidores públicos». En parecido sentido, la ejecutoria suprema del 15 de febrero de 2005[42] argumenta que «la colusión prevista en el artículo 384 del Código Penal es un tipo penal especial propio, de resultado, que busca proteger el patrimonio del Estado, cuyo contenido de reprochabilidad es el deber del funcionario público de velar por los intereses del Estado, deber funcional que al ser transgredido mediante la concertación o colusión perjudica directamente al Estado, constituyendo

---

(39) PARIONA ARANA enseña que los bienes jurídicos específicos son la legalidad, la probidad, la lealtad y la imparcialidad con las que los funcionarios o servidores públicos deben representar los intereses del Estado en el ejercicio de sus funciones pública. *Op. cit.*, 2017, p. 25.

(40) Exp. N.° 020-2003-AI/TC.

(41) Exp. N.° 1531-92 (Academia de la Magistratura, Serie de Jurisprudencia 1, Lima, p. 420).

(42) R. N. N.° 79-2003-Madre de Dios. Igual en la Ejecutoria Suprema del 17 de marzo de 2005, R. N. N.° 3017-2004-Huánuco (GARCÍA CAVERO y CASTILLO ALVA. *El delito de colusión*, cit., pp. 215 y 348, respectivamente).

el fraude con el consecuente perjuicio patrimonio potencial o real para la administración». En la misma línea, tenemos la ejecutoria suprema del 30 de marzo de 2009[43], al sostener que el núcleo rector del delito de colusión consiste en que el sujeto activo quebranta la función especial asumida y viola el principio de confianza depositado con el consiguiente engaño al interés público, al asumir el funcionario roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado.

En suma, los bienes jurídicos específicos protegidos con la tipificación del delito de colusión son los principios de integridad, transparencia e igualdad de trato a los postores. En efecto, si el sujeto púbico competente para participar en determinada operación contractual en representación del Estado se colude con un postor interesado infringe tales deberes, y como consecuencia se vuelve deshonesto y falso hacia el Estado al no defenderlo. En tal condición no proporciona información clara y coherente sobre la contratación a todos los proveedores, deja de ser imparcial y, por supuesto, propicia que la contratación se desarrolle bajo condiciones de desigualdad de trato a los postores, privilegiando y otorgando ventajas solo al postor con quien tiene el pacto ilícito.

Así entendido el bien jurídico específico, podemos concluir que el patrimonio del Estado, como tal, no es el bien jurídico protegido del delito de colusión. Este no es un delito patrimonial, sino uno de infracción de deber. El patrimonio estatal viene a constituir el objeto último del delito. El patrimonio no es el bien jurídico del delito de colusión, sino solo objeto del citado delito: la diferencia es obvia.

De tal modo, no es apropiado, al menos en el sistema jurídico peruano, sostener que el objeto del bien jurídico directamente atacado tenga contenido patrimonial. Es decir, se atenta contra el patrimonio administrado por la administración pública en cuanto a lo que ella debería obtener como contraprestación del particular que contrata con el Estado, como sostiene el profesor Abanto Vásquez[44]. En el mismo sentido, Castillo Alva[45], quien contradiciendo radicalmente lo sostenido por García Cavero en el mismo libro, enfati-

---

(43) **R. N. N.° 4661-2007-Ucayali.**

(44) ABANTO VÁSQUEZ. *Op. cit.*, p. 261.

(45) GARCÍA CAVERO y CASTILLO ALVA. *Op.* cit., p. 79.

za que, desde su perspectiva, el bien jurídico protegido del delito de colusión ilegal es el patrimonio del Estado. Asimismo, no es de recibo la interpretación que se hace en la Ejecutoria Suprema del 12 de diciembre de 2007, en la cual se precisa que «el bien jurídico protegido en dicho delito, concretamente, es el patrimonio administrado por la administración pública»[46].

g) Sujeto pasivo

Sujeto pasivo siempre será el Estado y, como se indica en el tipo penal, cualquier entidad u organismo del Estado. Los particulares —de modo alguno— pueden ser sujetos pasivos de este delito.

La interpretación que se realice del sujeto pasivo debe ser amplia en la medida en que los diversos sectores del Estado, los organismos constitucionales autónomos o las diversas personas jurídicas de derecho público (universidades, sociedad de beneficencia pública, EsSalud, Ministerio Público, Poder Judicial, etc.) suscriben contratos y diversas operaciones económicas que comprometen de manera directa el presupuesto estatal y que, por lo tanto, pueden verse perjudicados en la disposición de sus intereses patrimoniales[47].

Aquí es importante dejar establecido que cuando el operador jurídico asume que el hecho concreto se trata de una colusión en agravio de una entidad u organismo estatal, solo esta se constituye en sujeto pasivo. Se excluye al Estado. Para entender mejor este aspecto, cabe citar la ejecutoria suprema del 17 de marzo de 2005[48], que argumenta que «estando a las múltiples ejecutorias dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la República, en el sentido de que, tratándose de delitos contra la administración pública el sujeto pasivo, resulta únicamente las instituciones que representan al Estado y que, a su vez, son perjudicadas con la comisión del delito; es decir, en el presente caso el Instituto Peruano de Seguridad Social (hoy Essalud) es quien solo debe ser considerado como agraviado, lo contrario implicaría una duplicidad de pago en relación con la reparación civil».

---

(46) R. N. N.° 1296-2007-Lima, 2.ª Sala Penal Transitoria.

(47) García Cavero y Castillo Alva. *Op.* cit., p. 100.

(48) R. N. N.° 3017-2004-Huánuco (Ibídem, p. 349).

III. TIPICIDAD SUBJETIVA

De la lectura del contenido del tipo penal, se concluye que tanto la colusión simple como la agravada son de comisión dolosa. No cabe la comisión por culpa. El agente conociendo perfectamente todos los elementos objetivos que exige el tipo penal, voluntariamente, actúa y concierta con la finalidad de defraudar la confianza que el Estado ha depositado en él. No es relevante verificar si el agente actuó con la intención especial de obtener algún provecho patrimonial.

Aquí solo es posible el dolo directo[49]. Esto se desprende de la exigencia de conocer y querer, por parte del agente, del elemento concertar para defraudar al Estado.

La sentencia de la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Junín, del 12 de septiembre de 1996, aparece como ejemplo de la forma como se da el elemento subjetivo en un hecho concreto y real. En efecto, allí se establece que «el aprovechar un funcionario público su intervención en los procesos de adquisición de bienes y servicios de la empresa de economía mixta en la que laboraba, para concertar dolosamente, esto es, conscientemente y con voluntad, con los proveedores —de manera secreta y defraudar al Estado— constituye delito de concusión desleal»[50].

De acuerdo con la estructura de la colusión simple y agravada, es necesario hacer la diferencia en el aspecto subjetivo. En la simple, el agente dolosamente concierta con los terceros interesados buscando —o, mejor— con la finalidad de defraudar al Estado. El agente concierta con la intención de defraudar el patrimonio público[51]. En tanto que en la agravada, el agente público por medio de la concertación dolosamente defrauda al Estado. El agente por medio del concierto defrauda de modo efectivo al patrimonio público.

---

(49) ABANTO VÁSQUEZ. *Op. cit.*, p. 268.

(50) Exp. N.° 1531-92 (Academia de la Magistratura, Serie de Jurisprudencia 1, Lima, p. 420).

(51) En la exposición de motivos del Proyecto de ley N.° 4187/2010-PJ, del 3 de agosto de 2010, que proponía fórmula similar a la colusión simple, se alega que «si lo fundamental, desde la perspectiva del bien jurídico protegido, es la concertación ilícita, el perjuicio o la defraudación al Estado se convierte explícitamente en un elemento subjetivo del tipo, como sucede en la legislación española».

Se debe precisar que la fórmula legislativa empleada por el legislador solo admite la comisión activa del delito de colusión simple y agravada. No es de recibo la interpretación que alega que es posible la comisión por omisión[52]. No es posible suponer siquiera que el funcionario o servidor público obre «concertándose» con los particulares interesados con actos omisivos. *Concertar* implica actos comisivos de las partes. Si una de las partes guarda silencio, no es posible la concertación que exige el tipo penal.

IV. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Tal como aparece redactada la fórmula legislativa que recoge la colusión simple y colusión agravada desde la modificación producida por Ley N.° 29758, la consumación respecto del fin último que persigue el sujeto público es diferente en ambas modalidades. No obstante, por la naturaleza jurídica del delito de colusión, la consumación en ambas modalidades es la misma. En efecto, como ya se precisó el delito de colusión es uno de infracción de deber, en consecuencia se verifica la consumación o se perfecciona en el momento que el sujeto público infringiendo los deberes de integridad, transparencia y trato justo a los postores que le impone la ley en tanto representantes del Estado en los procesos de adquisiciones, contrataciones, concesiones u otra operación semejante, concierta con determinado interesado para defraudar el patrimonio del Estado. De modo que la colusión como típico delito de infracción de deber se consuma en el momento que el sujeto público, infringiendo sus deberes funcionales, concierta con el tercero interesado para defraudar el patrimonio estatal. De verificarse cualquiera de las dos modalidades estamos ante delitos consumados.

Sin embargo, teniendo en cuenta el fin último que guía y motiva al agente público y al tercero interesado, según la redacción del primer párrafo del artículo 384 del Código Penal, se concluye que la colusión simple se consuma o verifica cuando el agente infringiendo sus deberes funcionales que le impone la ley concierta, participa en acuerdos clandestinos o acuerdos colusorios con terceros interesados con el propósito o finalidad de defraudar el patrimonio del Estado. Para efectos de la consumación, no es necesario que la defraudación efectiva al patrimonio estatal se verifique, solo basta con que

---

(52) Rojas Vargas pretende enseñar que también es posible la colusión desleal por omisión (guardar silencio, no denunciar irregularidades dolosas, hacer lo no debido, etc.), caso en el cual es posible la concurrencia del dolo eventual (ROJAS VARGAS. *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 288).

se verifique el acuerdo o pacto colusorio. De ahí que es coherente sostener que la colusión simple es un delito de peligro, pero concreto no abstracto. Al verificarse el concierto de voluntades para perjudicar el patrimonio público y se pone en marcha el plan inicial del sujeto púbico, en forma inminente y concreta se le pone en peligro.

Abanto Vásquez[53] enseñaba, incluso antes de la vigencia de la Ley N.° 29758, que el delito de colusión es un delito de peligro y de mera actividad; en consecuencia, el delito se consuma con la simple colusión o con el acto de concertación, sin necesidad de que la Administración Pública sufra un perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario.

En cambio, del contenido del segundo párrafo del 384 del CP se evidencia que la colusión agravada se consuma o verifica cuando el agente público infringiendo sus deberes funcionales impuestos por la ley llega a perjudicar o defraudar de modo efectivo el patrimonio del Estado, siempre y cuando se haya verificado previamente una concertación con los terceros interesados. Si no se verifica una concertación previa, el delito de colusión no se configura, así al final se ocasione un perjuicio real al patrimonio del Estado. Sin duda, ese perjuicio puede ser imputado al agente público, pero será por otro delito, jamás por colusión. Este delito —para que se verifique— exige la concurrencia de una concertación previa del agente público con los terceros interesados en las modalidades de contratación, adquisiciones, concesiones u otra operación semejante del Estado.

Es decir, en la colusión agravada se requiere que la conducta del sujeto público de lesionar los deberes de imparcialidad, transparencia y trato justo a los postores ocasione o produzca la defraudación efectiva a los intereses del Estado u organismos sostenidos por el Estado, esto es, que se ocasione un real perjuicio económico al sujeto pasivo, situación que sin duda deberá ser establecida por los peritos especializados[54]. Es irrelevante, a efectos de la consumación, verificar si el agente obtuvo algún provecho o ventaja económica.

---

(53) ABANTO VÁSQUEZ. *Op. cit.*, p. 279. La explicación de la posición adoptada, por el citado autor, es la reproducción acrítica de la doctrina española que como reiteramos se forma a consecuencia de la interpretación que hacen los penalistas del Código Penal español.

(54) ROJAS VARGAS. *Op. cit.*, p. 288.

La aplicación práctica del artículo 384 del CP, antes de la modificatoria introducida por la Ley N.° 29758, era contradictoria. En efecto, en la ejecutoria suprema del 3 de febrero de 2006[55], la Sala Penal Permanente alegaba que «el tipo penal mismo dice que ese "fraude" debe consistir en la concertación ilegal misma, es decir, en la concertación con la posibilidad de perjudicar económicamente a la administración pública, que el tipo legal en cuestión es un delito de peligro (en relación con el perjuicio patrimonial efectivo) y de mera actividad donde no es posible la tentativa; pues antes de la "concertación" no habría aparentemente nada; que este delito se consuma con la simple "colusión", o sea, con el acto de concertación, sin necesidad de que la Administración pública sufra un perjuicio patrimonial, ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario, solamente se necesitaría la "idoneidad" del acto de colusión». En tanto que en la ejecutoria suprema del 25 de abril de 2006[56], la misma Sala Penal Permanente alegaba que en «autos no obra la pericia que se ordenó en la ejecutoria suprema antes mencionada para efectos de determinar el monto de lo defraudado, omisión que resulta relevante en atención a que la naturaleza del delito materia de juzgamiento —colusión— impone, de ser el caso que se acredite fehacientemente la defraudación a los intereses del Estado, entidades u organismos de este, por lo que es indispensable que se realice nuevo juicio oral a efectos de determinar la culpabilidad o no del encausado».

Pero la confusión no es del año 2006 en que se emitieron las citadas ejecutorias, sino el problema viene de mucho antes como se prueba con la Ejecutoria Suprema del 12 de abril de 2002, donde se argumentaba que «se encuentra acreditada la responsabilidad penal del justiciable, pues de los informes periciales efectuados por el juzgado y ratificados en el juicio oral, así como en los peritajes de parte, se demuestra que los vehículos adquiridos por el procesado fueron sobrevaluados por encima de los precios reales, causándole perjuicio económico a la municipalidad más aún que no ha demostrado en autos que se requería la necesidad de adquirir otros vehículos, por lo que su actuar se adecua al tipo delictivo en el artículo 384 del Código Penal»[57].

---

(55) R. N. N.° 3250-2005-Ayacucho (García Cavero y Castillo Alva, El delito de colusión, cit., p. 304).

(56) R. N. N.° 2192-2005-Puno (ibídem, p. 314).

(57) Exp. N.° 303-2001-Moquegua-Tacna (Frisancho Aparicio, Manuel. *Jurisprudencia penal y constitucional*, RAO, 2004, p. 52).

Evidentemente, la primera ejecutoria se adscribía a lo que ahora conocemos como colusión simple, en tanto que las otras dos se adscribían a lo que ahora conocemos como colusión agravada. Razón por la cual nos parece adecuada la distinción efectuada por la Ley N.° 29758 a efectos de evitar la impunidad de ciertos actos de corrupción que se pretende minimizar. De este modo, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la Ejecutoria Suprema del 4 de noviembre de 2015[58], realizó la distinción en forma adecuada sosteniendo que «la colusión simple se consuma con la sola concertación, sin necesidad de que la Administración Pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario; pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como finalidad defraudar al patrimonio del Estado; mientras que para configurarse la colusión agravada es necesario que mediante concertación con los interesados se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal».

Respecto de la tentativa se tiene que de la lectura de la nueva fórmula legislativa se advierte que tanto la colusión simple como la agravada no admiten tentativa, pero respecto del patrimonio estatal. Esto es importante dejarlo establecido, pues no debemos obviar que el delito de colusión en sus dos modalidades es uno de infracción de deber y, por tanto, en ambos supuestos se trata de un delito de infracción de deber consumado. En efecto, en ambos supuestos, el sujeto público al disponerse a concertar para defraudar el patrimonio estatal infringe los deberes de integridad, la transparencia y el trato justo al usuario que la ley le impone y obliga al participar, en representación del Estado, en cualquier etapa de las adquisiciones, contrataciones, concesiones o cualquier operación semejante.

La colusión simple, al tratarse de un delito de peligro concreto, no admite tentativa, pues al constituirse en el verbo rector y central el concertar basta que este empiece para consumarse el delito. Antes del inicio de la concertación, con la finalidad de defraudar el patrimonio del Estado, no hay nada punible. Una vez que esta se inicia, es decir, los acuerdos clandestinos y colusorios con los terceros interesados, automáticamente se produce la consumación del delito.

---

(58) Véase el fundamento 4.3 del contenido del R. N. N.° 341-2015-Lima.

En cuanto a la colusión agravada, como ya se explicó, se consuma en el momento en que se llega a perjudicar de modo efectivo el patrimonio del Estado por medio de los acuerdos colusorios materializados con aquel fin. Antes de aquel momento no hay tentativa. Esto es así, debido a que si antes de que el sujeto público logre perjudicar de modo efectivo el patrimonio del Estado, voluntariamente se desiste o las agencias de control lo descubren, su conducta será tipificada en el primer párrafo del artículo 384 del CP; es decir, como colusión simple, ya que estaremos frente a una concertación con la finalidad de defraudar el patrimonio público. No debe obviarse que en la colusión simple se requiere la creación de un peligro concreto (no abstracto) al patrimonio estatal, en tanto que en la colusión agrava se exige un perjuicio real, concreto y efectivo del patrimonio estatal. En suma, no hay forma que la conducta agravada se quede en grado de tentativa. Posición contraria asume el profesor Pariona Arana[59], quien sostiene que con la colusión agravada «se crea un peligro concreto al patrimonio del Estado, configurando una situación donde el resultado lesivo no se llega a concretar debido a causas externas a la voluntad del infractor (por ejemplo, un tercero que descubre el hecho delictivo y evita el pago al interesado), entonces, corresponde sancionar el comportamiento como un caso de delito de colusión agravada en grado de tentativa».

V. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Las dos modalidades son delitos especialísimos[60] y, debido a su estructura típica, son de infracción de deber[61], en el cual el autor o agente, aparte de tener la condición especial debidamente señalada en el tipo penal 384, esto es, funcionario o servidor público, debe también tener dentro de sus atribuciones funcionales la competencia de participar en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado. Nadie más puede ser autor de las

---

(59) *Cfr. El delito de colusión*, 2017, p. 133.

(60) La jurisprudencia todavía viene considerando al delito de colusión como uno especial. Así, tenemos la Ejecutoria Suprema del 29 de noviembre de 2006, en la cual se argumenta que «es de puntualizar que el tipo penal del injusto de colusión ilegal es un delito especial propio, porque solo pueden ser autores los funcionarios o servidores competentes en actos de contratación u otros señalados en el tipo penal-vinculación funcionarial» (R. N. N.° 823-2006-Tacna).

(61) PARIONA ARNA. *Op. cit.*, p. 107.

modalidades de colusión. Y, por supuesto, como tiene tal competencia siempre debe actuar respetando, entre otros, los principios de integridad, transparencia e igualdad de trato a los postores que le impone la ley en el caso del Perú, el artículo 2 de la Ley N.° 30225, modificada por el Decreto Legislativo N.° 1341.

En efecto, solo pueden ser agentes del delito de colusión aquellas personas que tienen la condición de funcionarios o servidores públicos. Pero ello no basta, es necesario que aquellos tengan dentro de sus atribuciones funcionales el deber específico de participar en cualquiera de las etapas de las adquisiciones o contrataciones, concesiones u otra operación semejante representando al Estado. Incluso, el agente puede tener el deber de supervisar que las adquisiciones o contrataciones se lleven con total normalidad y transparencia(62). En el hecho concreto, debe verificarse la relación o vinculación funcional del agente con el objeto material del delito. Si no se verifica la relación funcional, el delito en hermenéutica no se configura.

Ahora bien, el tipo penal engloba la conducta del funcionario o servidor público que se concerta infringiendo sus deberes funcionales con los interesados para perjudicar el patrimonio del Estado en forma «directa o indirecta». Es decir, el agente que tiene competencia para participar en las contrataciones y adquisiciones públicas puede por sí mismo participar en la concertación con los particulares interesados, o también puede hacer que otra persona (allegado a él, se entiende) participe en la concertación con el objetivo de sacar provecho patrimonial de los contratos, adquisiciones o concesiones que realice. La corrupción ha llegado a niveles insospechados que este último supuesto es el que más se ventila en los estrados judiciales, por lo que la apertura del tipo penal resulta razonable.

---

(62) La Ejecutoria Suprema del 27 de diciembre de 2007 presenta un caso real en el cual un Ministro de Estado fue condenado como autor del delito de colusión, pues de conformidad al artículo 6, de la Ley N.° 27860, era la máxima autoridad del sector y titular del pliego, correspondiéndole ejercer la supervisión y el control de las Fuerzas Armadas, de los órganos del Ministerio y de los organismos públicos descentralizados, y empresas del sector. En efecto, allí se alega que «de autos ha quedado establecido la existencia de gran número de irregularidades en las licitaciones privadas, las cuales indicarían que las adjudicaciones de las buena pro a favor de determinadas empresas y la emisión de las correspondientes resoluciones del Ministerio de Defensa, aprobando las mismas, no fue consecuencia de un adecuado y regular proceso de licitación, sino que corresponde a una previa concertación con los funcionarios de las empresas beneficiadas» (R. N. N.° 028-2003-A-Lima).

Analizando el tipo penal 384 antes de la última modificatoria, Castillo Alva[63], siguiendo los argumentos de Abanto Vásquez respecto de esta última circunstancia, enseñaba que el tipo penal impone una segunda y más importante restricción: la de exigir que el sujeto público se encuentre autorizado para participar en los contratos o en el negocio o, en general, en los actos jurídicos patrimoniales que interesan a la administración. Por lo tanto, el sujeto público debe contar con un título habilitante o con una mínima representación para intervenir en aquellos actos jurídicos de carácter económico-patrimonial en los que la administración tiene interés de concretar. Lo decisivo, entonces, es la razón del cargo, la competencia específica o la comisión especial más que la calidad de funcionario, lo que deberá determinarse, las más de las veces, con la ayuda de las leyes y los reglamentos administrativos, que regulan las actividades públicas.

Este aspecto básico en la configuración del delito de colusión ha sido entendido de manera adecuada por la Jurisprudencia Nacional. En efecto, en la Ejecutoria Suprema del 1 de marzo de 2005[64], se establece que «en cuanto al procesado Juan Mendoza Ochoa, director de Administración de la Dirección de Salud de Arequipa, se desprende de los actuados que este no se encontraba a cargo de adquisición de los bienes de la institución agraviada, por lo cual carecía de la cualidad requerida por el tipo penal previsto en el artículo 384 del Código Penal, sin perjuicio de lo mencionado, no se vislumbra en su conducta ningún indicio de participación en dicho ilícito, razón por la cual la absolución venida en grado se encuentra arreglada a ley».

En el mismo sentido, Rojas Vargas[65], antes de la modificatoria del tipo penal, enseñaba que solo los funcionarios y servidores públicos que actúen en razón de su cargo o por comisión especial pueden ser sujetos activos. No puede ser autor, por tanto, cualquier funcionario o servidor que carezca de las facultades específicas de decisión que el tipo exige; sus aportes serán, en todo caso, de complicidad o asumirán irrelevancia penal.

La Ejecutoria Suprema del 22 de agosto de 2001 considera que «el colegiado ha incurrido en un error al considerar a los inculpados como si fueran funcionarios o servidores públicos cuando solo eran particulares contratados

---

(63) García Cavero y Castillo Alva. *Op. cit.*, p. 92.

(64) R. N. N.° 1477-2004-Arequipa (ibídem, p. 220)

(65) Ibídem, p. 279. De igual forma, Abanto Vásquez. *Op. cit.*, p. 262. En el mismo sentido, García Cavero y Castillo Alva. *Op. cit.*, p. 32.

por el alcalde para que, en su condición de carpinteros, fabricaran puertas y ventanas que tendrían que colocarse en su momento en el nuevo local que se estaba construyendo para dicha comuna»[66].

Asimismo, al tratarse de un delito de de infracción de deber, no es posible que dos o más sujetos públicos que participan en el pacto colusorio con los terceros interesados respondan a título de coautoría, pues cada sujeto público, al actuar de esa, forma habrían infringido el deber especial personal que le impone la ley penal y, por tanto, solo responderían como autores[67]. Recuérdese que en este tipo de delitos el dominio del hecho ya no es relevante para la determinación de la autoría y las otras formas de intervención delictiva. En el mismo sentido, no es posible la materialización de autoría mediata, pues cuando el sujeto público instrumentaliza a otro mediante engaño o coacción para que participe en el acto mismo de la concertación, responde como autor simplemente; ya que con su proceder está infringiendo directamente sus deberes especiales impuestos por la ley penal[68].

Los demás funcionarios o servidores públicos que no tengan esa relación funcional con el objeto del delito, así como los extraños a la administración —de verificarse su participación junto al sujeto público obligado en la comisión del hecho punible— responderán penalmente en su condición de cómplices del delito de colusión.

También, se sabe que en la Administración pública el funcionario público competente no siempre interviene de manera directa y personal en los procesos de contratación estatal, sino que lo hace —de manera regular y en el marco de la ley—, delegando a otro su representación. En estos casos, no

---

(66) Exp. N.° 753-2001-Amazonas (SALAZAR SÁNCHEZ. *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 588).

(67) Posición contraria sostiene PARIONA ARANA, quien luego de insistir que el delito de colusión en uno de infracción de deber, concluye que es posible la coautoría, pues «la decisión sobre los contratos públicos se encuentra a cargo de funcionarios con deberes compartidos, donde la decisión válida requiere la intervención o consentimiento de todos». *Cfr. El delito de colusión*, 2017, p. 110.

(68) En contra, PARIONA ARANA, quien precisa que «responde como autor meditado el funcionario —que teniendo el deber especial— interviene en la concertación por medio de otro; mientras que el intermediario —que interviene de manera directa y dolosa— será cómplice en el delito, pues no ostenta los deberes especiales del funcionario competente». *Cfr.* El delito de colusión. *Op. cit.*, 2017, p. 109.

existe impedimento alguno para considerar a estos delegados, encargados o representantes como autores del delito de colusión si se conciertan ilícitamente con los interesados[69].

En cuanto a la participación, también es perfectamente posible la instigación, que se verifica cuando el agente público hace nacer la resolución criminal en los sujetos públicos con vinculación funcional con el objeto del delito. En efecto, la Ejecutoria Suprema, de fecha 17 de febrero de 2010[70], precisa un caso de instigación en el delito de colusión. Allí se argumenta que «es claro que los altos funcionarios no pueden tener la calidad de autores porque les falta la estricta relación funcionarial para decidir la adjudicación a la empresa Wensa por la que intercedieron indebidamente. Pero, desde luego, según la conducta que llevaron a cabo para concretar el acto prohibido, tienen la calidad de instigadores. Ambos imputados ejercieron indebida y eficazmente su poder jerárquico y fijaron un marco fáctico de tal entidad que incrementaron de modo relevante la posibilidad —finalmente concretada— de que los inducidos adopten y ejecuten la resolución delictiva a la que se les incitó. Ellos, finalmente, impusieron a los integrantes del Comité Especial de Adjudicación —sin que pierdan la capacidad de decisión sobre la ejecución— el favorecimiento fraudulento a la empresa Wensa».

A los «interesados» que conciertan con los funcionarios o servidores públicos de modo alguno se les pueden imputar el delito a título de autores por dos razones: no tienen la relación funcional que exige el tipo penal[71] y, segundo, no tienen el deber funcional específico de cautelar y respetar el normal funcionamiento de la Administración Pública.

Aquellos tienen la calidad de cómplices del delito, pues sin ellos, por la forma como está construida la fórmula legislativo-penal, sería impracticable la tipicidad del delito[72]. En doctrina, se conoce al delito de colusión como un delito de encuentro.

---

(69) PARIONA ARANA. *Op. cit.*, 2017, p. 53.

(70) R. N. N.° 1015-2009-Puno-Sala Penal Permanente.

(71) La Ejecutoria Suprema del 29 de noviembre de 2006 considera en forma atinada «que la conducta de los particulares o funcionarios concertados —que no intervengan por razón de su cargo— será en calidad de cómplices» (R. N. N.° 823-2006-Tacna).

(72) ROJAS VARGAS. *Op. cit.*, p. 290. En el mismo sentido, ABANTO VÁSQUEZ. *Op. cit.*, p. 316; y GARCÍA CAVERO y CASTILLO ALVA. *Op. cit.*, pp. 54 y 152.

Así lo tiene establecido la Ejecutoria Suprema, del 6 de julio de 2005[73], cuando establece que en lo que se refiere «al encausado Mosquera Ángeles se le ha procesado indebidamente por encubrimiento real [...], presupuestos que en el caso de autos no se advierte; sino más bien el ilícito previsto en el artículo 384 del Código Penal, toda vez que al haberse cometido irregularidades en el proceso de adquisición referida entramos a la esfera de los "delitos contra la Administración pública" en sus diversas modalidades. Los mismos que —si bien es cierto— por tratarse de delitos especiales solo lo cometen los funcionarios o servidores públicos, quienes jerárquica y disciplinariamente se hallan integrados a un organismo o entidad pública, y como consecuencia de la infracción al deber se lesiona el patrimonio del Estado, siendo por ello menester señalar que los de la materia están referidos a aquellos cometidos por funcionarios o servidores públicos *intraneus*. También, lo es que en el ejercicio de sus actividades funcionariales participan en algunas ocasiones como en el caso de autos con particulares en su condición de *extraneus*, que de manera individual o colaborando con estos logran que los caudales sean extraídos de manera ilícita de la esfera de protección de estos últimos, actuando los primeros a título de autor y los segundos como partícipes».

No obstante, asumiendo la tesis de la unidad del título de imputación, queda establecido que la sola participación no fundamenta la participación punible del interesado, siendo necesario un aporte adicional a su participación en cualquiera de las modalidades de adquisiciones o contrataciones públicas. La idea parte del hecho de que la colusión es un delito de encuentro. Significa que para la configuración del delito resulta necesaria la realización de dos conductas de sujetos distintos que, orientándose a una finalidad común, se complementan en el hecho típico[74]. Los sujetos distintos son, por un lado, los funcionarios o servidores públicos y, por el otro, los terceros interesados que, como ya se precisado, pueden ser personas naturales o jurídicas que tienen interés de contratar con el Estado.

Que el delito de colusión se configure como un delito de encuentro no implica, sin embargo, que la intervención necesaria se convierta por esa sola circunstancia en participación punible, sino que para ello la intervención necesaria debe asumir unas determinadas características, en cuanto al bien

---

(73) R. N. N.° 124-2005-Áncash.

(74) ABANTO VÁSQUEZ. *Op. cit.*, p. 427.

jurídico y la forma de ataque que legitimen una imputación penal como partícipe[75]. En el curso de la investigación, se tiene que verificar el contubernio, el acuerdo o la concertación entre el sujeto público y el tercero interesado para defraudar las expectativas patrimoniales del Estado. El tercero interesado tiene que intervenir en tal concertación. Si ello no se acredita sin duda, no podrá imputársele delito alguno. Esto sucederá, por ejemplo, cuando el sujeto público le propone una concertación para defraudar al Estado, y el tercero interesado, en lugar de aceptar, realiza la denuncia correspondiente.

En la misma línea, Abanto Vásquez[76] señala que los particulares intervinientes son partícipes necesarios, cuya conducta por sí sola, o sea, por el mero hecho de ser la contraparte en la colusión es impune; no pueden ser considerados partícipes de este delito. Para serlo al igual que los demás funcionarios intervinientes, tendrían que aportar de alguna manera en la comisión de los hechos delictivos del autor. No obstante, no es de recibo lo sostenido por este autor cuando afirma que es difícil de constar el aporte del tercero interesado en la comisión del delito a excepción de los actos de instigación (si hicieran surgir la idea criminal en el sujeto público) que puedan significar un aporte mínimo en el hecho principal. El tercero interesado no solo puede participar como instigador, sino también cuando acepta la concertación propuesta por el autor.

En efecto, más común es que los terceros interesados en la concertación actúen ofreciendo una comisión a los funcionarios o servidores públicos si se llega a concretar la adquisición o contratación. También, ocurre cuando los terceros interesados aceptan entregar una comisión al funcionario o servidor público de resultar favorecido con la adquisición o contratación pública. La ventaja patrimonial puede ser actual o futura.

Lo concreto es que la colusión se produce cuando, mediante la concertación, el interesado da, ofrece o promete dar una ventaja patrimonial al funcionario o servidor público de resultar favorecido con la adquisición o contratación pública.

En la modalidad en la cual el agente público actúa en forma indirecta, el delito de colusión, igual será imputado, en su modalidad de complicidad,

---

(75) García Cavero y Castillo Alva. *Op. cit.*, p. 54.

(76) Abanto Vásquez. *Op. cit.*, p. 316.

a aquellas personas que participan en los acuerdos colusorios con los terceros interesados representando al agente público.

En suma, solo los sujetos públicos en los cuales concurra la relación funcional serán autores del delito de colusión; los demás, incluidos los terceros interesados así como los intermediarios del sujeto público, serán cómplices del mismo delito. Sin duda, a efectos de individualizar la pena a imponer, el juez impondrá mayor pena al autor que al cómplice por la circunstancia que el autor, al realizar el delito, infringe deberes especiales impuestos por la administración pública; en cambio, los demás intervinientes, al no infringir algún deber especial, su conducta es menos reprochable.

Postura distinta plantea el profesor Pariona Arana(77), quien sostiene que el titulo de imputación de los interesados como cómplices del delito de colusión no es correcto, debido a que el comportamiento desplegado por los interesados no se subsume en la complicidad; pues el entendimiento de la complicidad en la dogmática penal ha sido siempre de ayuda a otro a la comisión de un delito, situación que no se presenta en la colusión toda vez que aquí el interesado realiza el delito conjuntamente con el sujeto público. Los dos son igualmente responsables y, por tanto, no se puede señalar en absoluto que el interesado es simplemente un cómplice o colaborador. Asimismo, sigue argumentando el citado profesor(78), que no puede ser cómplice, debido a que resiente el principio de accesoriedad de la participación. Según este principio, la participación es accesoria del hecho punible cometido por el autor. La autoría es independiente de la complicidad. En el caso de la colusión, el interesado no es cómplice; puesto que su intervención es imprescindible para su configuración. La intervención del interesado no es accesoria, sino fundante del delito de colusión. El comportamiento del interesado no configura la complicidad primaria, menos una complicidad secundaria. Finaliza el citado profesor, proponiendo que el legislador proceda a la tipificación individual del comportamiento del interesado en un artículo independiente en la Parte Especial del Código Penal, que acompañe a la colusión en una suerte de colusión activa, de modo similar al cohecho.

---

(77) El delito de colusión. *Op. cit.*, 2017, p. 121.

(78) El delito de colusión. *Op. cit.*, 2017, p. 122.

Al respecto, consideramos que si se aplica la teoría del dominio del hecho para resolver la autoría y participación en el delito de colusión, es posible que lleguemos a iguales conclusiones; sin embargo, como ya hemos dejado establecido al constituir el delito de colusión un delito de infracción de deber, otras son las reglas que deben aplicarse para determinar el título de imputación del tercero interesado. Según esta teoría, el interesado se convierte en cómplice, debido a que participa en la comisión del delito, pero sin lesionar deber especial de carácter penal alguno, toda vez que no trabaja para el Estado. En cambio, el sujeto público que participa en la concertación será autor, debido a que también participa en la comisión del delito, pero infringiendo los deberes especiales de imparcialidad, transparencia y trato justo al postor.

En otro extremo, no podemos seguir sosteniendo que los terceros interesados son cómplices primarios, toda vez que —como ya se indicó— la diferencia entre complicidad primaria y secundaria se da en la teoría del dominio del hecho que explica la autoría y participación de los delitos comunes o de dominio. En cambio, según la teoría de infracción de deber que explica la autoría y participación de los delitos especiales, como lo es el delito de colusión, solo hay autores y cómplices únicos.

Este aspecto aún no se tiene claro en la jurisprudencia de la Corte Suprema, pues todavía viene indicado que el empresario que se colude con los sujetos públicos sería cómplice primario. En efecto, en la Ejecutoria Suprema, del 18 de mayo de 2017, se precisan los siguientes hechos: «Los condenados Oré Quiñones y Valle Utrilla, regidores de la Municipalidad Provincial de Pallasca, conjuntamente con el alcalde Vásquez Heredia —ya fallecido— integraron una Comisión Municipal para la adquisición de un camión volquete, en el año dos mil siete. En todo momento, contaron con la intervención del condenado Flores Escudero, gerente municipal, quien dio la conformidad a la orden de compra y emitió el comprobante de pago, pese a que no se había recibido el camión. La adquisición del camión volquete fue a la empresa Equipamiento Municipal del Perú Sociedad Anónima Cerrada, a cargo de la encausada recurrente Abarca Paredes. Con ella, se firmó el contrato y se encargó de la asesoría del trámite administrativo. Para concretar esta indebida adquisición —vía compra directa—, se falsificaron informes técnicos y legales, cotizaciones y estudios de mercado. La municipalidad agraviada desembolsó cuatrocientos quince mil ochocientos soles por el citado

camión volquete, no obstante que su valor solo ascendía a dos cientos treinta y seis mil cuatrocientos setenta soles con cuarenta céntimos»[79]. Con base en aquellos hechos, se sostiene que lo cierto es que la mencionada empresa estaba vinculada con la encausada Abarca Paredes, quien en la fecha de los hechos era subgerente general. Ella, además, firmó el contrato de compraventa del camión volquete y, asimismo, cobró el cheque de pago por esa venta —su intervención, por consiguiente, no fue meramente nominal, sino que tenía control sobre la empresa cuestionada—. No solo se festinaron trámites, se falsificaron documentos y se dirigió la adquisición a una directa por la causal de emergencia, sino que, a propósito de lo anterior, se adquirió un bien a un precio sobrevaluado. Por estas razones, por unanimidad, declararon no haber nulidad en la sentencia en el extremo que condenó a Ilia Abarca Paredes como cómplice primaria del delito de colusión desleal en agravio del Estado, Municipalidad Provincial de Pallasca[80].

(79) Fundamento tercero del R. N N.° 2675-2016-El Santa-Primera Sala Penal Transitoria.

(80) Véase R. N. N.° 2675-2016-El Santa.

4 PROBLEMAS JURISPRUDENCIALES EN EL DELITO DE COLUSIÓN

Godofredo André García León(*)

SUMARIO: I. Introducción: 4 problemas en la Corte Suprema. **II.** ¿Es el peligro potencial al patrimonio estatal el contenido del «término para defraudar» en la colusión simple? Casación N.° 661-2016, Piura; Recurso de Nulidad N.° 1969-2012, La Libertad. **III.** ¿Solo puede ser cómplice del delito de colusión el tercero que concierta con el funcionario público? Casación N.° 661-2016, Piura. **IV.** ¿Los órganos de dirección tienen competencia directa para ser autores del delito de colusión? Recurso de Nulidad N.° 1126-2017 y Recurso de Nulidad N.° 1969-2012, La Libertad. **V.** ¿Se puede ser instigador del delito de colusión cuando los autores no se concertaron con el tercero interesado? Recurso de Nulidad N.° 1015-2009, Puno. **VI.** Conclusiones. **VII.** Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN: 4 PROBLEMAS EN LA CORTE SUPREMA

El delito de colusión es el delito por excelencia en contratos u operaciones con el Estado, este se configura cuando el funcionario o servidor público, en razón de su cargo, se concierta con un tercero interesado para defraudar o defraudare patrimonialmente al Estado en contratos u operaciones estatales. El elemento nuclear de este delito es la concertación, la misma que tiene 2 componentes: i. Debe ser ejecutada por el encuentro de dos voluntades: funcionario público (intraneus) conjuntamente con el tercero interesado (extraneus) ii. El objeto de la concertación será defraudar al Estado; asimismo, en la colusión deben concurrir 2 elementos más: i. Nexo o vínculo funcionarial, pues, para que

---

(*) Abogado con estudios de maestría en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas por la Universidad Nacional de Trujillo. Director del área penal en E. P. Consultores Legales & Contables. Consultor del Programa de las Naciones Unidas para la Seguridad Humana. Ha sido docente de Derecho Penal en la Universidad Nacional del Santa y en la Universidad Privada de Trujillo. Presidente fundador de la Asociación Civil *Inquisitio Essentia Ius*.

el funcionario público pueda responder como autor de este delito debe tener competencia específica en la contratación estatal: en cualquiera de sus etapas y ii. La competencia en esta contratación pública puede ser directa o indirecta (a través de delegación parcial de funciones, o por intermedio de otros funcionarios). Los problemas jurisprudenciales se han suscitado precisamente a partir de la interpretación de la Corte Suprema de estos elementos al momento de resolver procesos que han llegado a esa instancia.

Un primer problema se genera del análisis de la Casación N.° 661-2016, Piura; Recurso de Nulidad N.° 1969-2012, La Libertad y en el Recurso de Nulidad N.° 1126-2017, Áncash. En esta Casación y Ejecutorias de la Corte Suprema, no existe una postura clara para determinar que se entiende por defraudación en el delito de colusión simple, pues podría entenderse como solo un acto que viola la transparencia, neutralidad, imparcialidad o lealtad del funcionario, o podría entenderse que defraudar implica más que eso, es decir, además deberá ponerse en peligro el patrimonio estatal, y esto es necesario porque, según la interpretación que se siga, algunos actos serán típicos y otros no, punibles o impunes.

Un segundo problema lo encontramos en la Cas. N.° 661-2016, Piura, donde se absuelve a los funcionarios procesados porque aun cuando no se les pudo responsabilizar como autores por no tener competencia en razón de su cargo, en la Casación se señala que tampoco pueden responder como cómplices del delito de colusión, porque en este delito solo podrán ser cómplices «aquel que designe el propio tipo penal»; es decir, con esta Casación se acaba la complicidad en el delito de colusión (FJ 21).

Un tercer problema se encuentra en el Recurso de Nulidad N.° 1126-2017, Áncash, donde se declara no haber nulidad en la condena de un gerente municipal en la selección de una postora para la elaboración de perfiles y expedientes técnicos de un proyecto aun cuando el tipo penal de colusión de aquella época solo sancionaba al funcionario público que intervenía directamente por razón de su cargo, siendo la base de esta ejecutoria suprema: «Las funciones delegadas propias del alcalde, por lo que tenía que decidir en la contratación» (FJ 3.5).

Finalmente, un cuarto problema se suscita en el Recurso de Nulidad N.° 1015-2009, Puno, donde se declara haber nulidad en la condena al gerente y al administrador de una entidad, reformando su título de imputación de autores a instigadores, porque estos (gerente y administrador) presionaron a

los miembros del Comité Especial de Adjudicación para que le den la buena pro a una empresa de Lima, con el que los miembros del comité no se habrían concertado; sin embargo, la Corte Suprema alega que estos miembros del Comité son responsables, porque a pesar de la presión, no habrían «perdido su capacidad de decisión sobre la ejecución del favorecimiento fraudulento a la empresa Wensa» (FJ 5).

II. ¿ES EL PELIGRO POTENCIAL AL PATRIMONIO ESTATAL EL CONTENIDO DEL «TÉRMINO PARA DEFRAUDAR» EN LA COLUSIÓN SIMPLE? CASACIÓN N.° 661-2016, PIURA; RECURSO DE NULIDAD N.° 1969-2012, LA LIBERTAD

La Cas. N.° 661-2016, Piura, establece como doctrina jurisprudencial vinculante sus fundamentos jurídicos 15 a 17 en donde se señala en concreto que para la configuración del delito de colusión simple se requiere no solo la concertación entre el funcionario público y el interesado, sino también el «peligro potencial para el patrimonio estatal» entendiendo que esta peligrosidad sea «típica o idónea para producir» (FJ 16) el perjuicio patrimonial estatal; sin embargo, esta misma Casación señala que, en un principio, el delito de colusión sancionaba al funcionario o servidor público que concertándose con los interesados »defrauda al Estado». Luego, este delito sería modificado en el sentido de que se configuraría si el funcionario público, mediante concertación ilegal con los interesados, «defraudare patrimonialmente» al Estado, pero esta última norma fue declarada inconstitucional y dio paso a las dos figuras actuales: colusión simple (concertación para defraudar al Estado) y colusión agravada (concertación y defraudación «patrimonial» al Estado).

En el R. N N.° 1969-2012, La Libertad (FJ 4) señala que «la defraudación debe entenderse como una trasgresión del deber de lealtad, deber positivo del funcionario público de disponer del patrimonio administrado en beneficio del Estado»; esta idea se asocia con las diferentes concepciones que la doctrina ha desarrollado respecto del entendimiento que buscó tutelar o proteger el legislador al tipificar el delito de colusión.

En este delito hay común acuerdo que genéricamente se tutela «el correcto funcionamiento de la Administración pública[1]», pero existen múltiples variantes respecto de qué cuestión se busca proteger en específico. Así,

---

(1) *Cfr.* Reátegui Sánchez, J. (2017, p. 388); Cáceres Julca, R (2016, p. 206).

se tiene que, por un lado, el bien jurídico protegido sería «la imparcialidad del funcionario público que debe guiar sus actuaciones cuando intervenga en un contrato u operación económica[2]» y, por otro lado, se concibe que este tipo penal tutela «la expectativa normativa de la conducta del funcionario respecto de sus deberes positivos con la administración pública[3]» o, en todo caso, se busca sancionar el actuar que atenta contra «la regularidad, el prestigio y los intereses patrimoniales de la Administración pública, en el cumplimiento de las obligaciones funcionales de los funcionarios estatales[4]» en una línea similar el delito de colusión resguarda los deberes de «lealtad, probidad y legalidad del funcionario público[5]» Y, por último, se tiene la postura que indica que la colusión busca proteger «el patrimonio del Estado, en cuanto tutela de la contratación administrativa u otros modos de contratación naturaleza económica, que proscribe toda forma de concertación, que suponga la defraudación que acarree en perjuicio del Estado»[6].

Ahora bien, si partimos de que el bien jurídico en la colusión simple es la imparcialidad, objetividad, idoneidad, probidad, lealtad o legalidad en la actuación del funcionario público en las contrataciones estatales, la consecuencia lógica sería la innecesaridad de la determinación de un peligro concreto del patrimonio del Estado para la configuración de este delito como lo requiere la Cas. N.° 661-2016, Piura (FJ 16).

Aunque los importantes autores que postulan toda esta lista de deberes (probidad, lealtad, imparcialidad) como bien jurídico no lo profundicen, expliciten o fundamenten la base de estos deberes como objeto de tutela, según nuestro criterio tiene doble naturaleza: Extrapenal. Ley del Código de Ética de la Función Pública. Ley N.° 27815 (arts. 1 y ss.); Ley Marco del Empleo

---

(2) *Cfr.* ABANTO VÁSQUEZ, M (2001, p. 445); PEÑA CABRERA FREYRE, A. (2016, p. 296), quien también adiciona a la idoneidad, objetividad con el Estado y la eficiencia ante la ciudadanía.

(3) *Cfr.* GARCÍA CAVERO, P. (2008, p. 22).

(4) Rojas Vargas, F (2002, p. 278); BENAVENTE CHORRES, H y CALDERÓN VALVERDE, L. (2014, p. 143), SALINAS SICCHA, R. (2011, p. 265).

(5) PARIONA ARANA, R (2017, p. 25), ARISMENDIZ AMAYA, E. (2018, p. 444), CARRIÓN, J. y CÁCERES JULCA, R. (2011, p. 29).

(6) CASTILLO ALVA, J. (2008, p. 79) mantiene esta posición en CASTILLO ALVA, J. (2017, p. 115).

Público. Ley N.° 28175 (arts. 4.1. y ss.); Naturaleza Penal: interpretación del sentido típico del delito de colusión simple.

El primer fundamento de los deberes lealtad y objetividad como bien jurídico recae en normas administrativas que regulan el comportamiento de todo funcionario o servidor público. El segundo fundamento de estos deberes parte, según nuestra opinión, de 3 pilares elementales: i. La autonomía típica entre el delito de colusión simple y la colusión agravada, ii. La literalidad de la expresión «concierta con los interesados para defraudar» iii. El sentido histórico de la concertación para defraudar, y iv. Que el término «para» (defraudar) no encarnaría un elemento del tipo objetivo, sino más bien sería un elemento subjetivo del injusto.

La autonomía típica del delito de colusión aparece más allá de su «etiqueta» como «simple» o como «agravada», pues a pesar de que se encuentran regulados en un mismo tipo penal como lo es el artículo 384 del Código Penal y ambos tienen escalas punitivas diferenciadas, regulan dos núcleos típicos distintos, colusión simple: concierto para defraudar; colusión agravada: concertación y defraudación patrimonial. Con ello no parece ser que el delito de colusión sea el tipo base de la colusión agravada, no se aprecia la nomenclatura tradicional del código penal en cuanto a los agravantes, pues si esto fuera así, luego de la descripción del delito de colusión, se debería solo señalar: «La pena será no menor de 6 ni mayor de 15 años de pena privativa de libertad si la defraudación que refiere el artículo 384 produce perjuicio patrimonial al Estado o entidad pública», lo cual no se verifica en nuestro Código Penal.

La literalidad de la expresión «concierta con los interesados para defraudar» difiere del sentido de la «concertación que defraudare patrimonialmente al Estado»; puesto que el aditivo «patrimonial» no existe en la colusión simple, lo que daría lugar a que se trataría no necesariamente de una defraudación patrimonial. Si bien es cierto las contrataciones u operaciones públicas son de naturaleza económica como correctamente señala Castillo Alva (2008, p. 79), esto no implica *per se* que toda defraudación del funcionario público sea patrimonial, sino, como bien señala el resto de autores[7], el

(7) Resulta importante señalar que Portocarrero Hidalgo, J (1997, p. 156) cuando comentaba el delito de colusión con la Ley N.° 26713 (27-12-96), ley que señalaba: «El funcionario [...] que en los contratos [...] que intervenga en razón de su cargo o comisión

funcionario defrauda por infringir deberes de lealtad, probidad, idoneidad, legalidad, imparcialidad, etc.

El sentido histórico de la concertación para defraudar se encuentra en la declaración de inconstitucionalidad de la expresión «defraudare patrimonialmente» de la Ley N.° 29703 (10-06-11) que introdujo la palabra «patrimonialmente» en el delito de colusión. El Tribunal Constitucional en la STC. Exp. 00017-2011-PI/TC (03-05-12) señaló que esta expresión «puede direccionar la interpretación de la norma penal hacia supuestos en los que en puridad lo que se perjudicado es el patrimonio del Estado y no los principios constitucionales que rigen la contratación pública y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción» (FJ 29), pues, según su artículo 3, en su aplicación no será necesario «que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado».

El término «para» (defraudar) no encarnaría un elemento tipo objetivo, sino más bien sería un elemento subjetivo del injusto o, como ha señalado García Cavero (2008, p. 45), «un elemento subjetivo de tendencia»; puesto que el agente no solo tendría el conocimiento de que está concertando, sino que buscaría, además, una finalidad adicional (una ultrafinalidad), que es defraudar al Estado. El detalle es que aquí el «para defraudar» podría tener múltiples sentidos: i. Al concertarse el agente funcionario ya estaría defraudando sin necesidad de hacer algo más: delito de resultado cortado; ii. Al concertarse el agente funcionario busca realizar un acto adicional, que no es necesario que se dé para que se consuma el delito, por ejemplo, firmar el contrato: delito mutilado de dos actos; iii. Al concertarse el agente, desprende, además, actos defraudatorios para la entidad como pactar condiciones desventajosas en perjuicio de la entidad que representa.

En los dos primeros sentidos no será necesario que la concertación *en sí misma* entrañe un peligro concreto o inminente para el patrimonio del Estado, mientras que en el tercer sentido sí.

En este orden de ideas, la colusión simple, al no integrar el término «patrimonialmente» no tendría por qué significar un peligro concreto contra

---

especial DEFRAUDA AL ESTADO CONCERTÁNDOSE en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros [...]» señalaba que «la defraudación implica siempre el perjuicio público».

el patrimonio, como lo ha señalado en su extremo vinculante, la Cas. N.° 661-2016, Piura (FJ 16).

Lo problemático de asumir que por estas razones en la colusión simple no es necesario un peligro concreto del patrimonio del Estado sería doble: por un lado, sería más difícil ahora su distinción con el delito de negociación incompatible, porque compartirían hasta prácticamente el mismo bien jurídico (transparencia, imparcialidad, objetividad, lealtad, etc.) y, por otro lado, como ha ocurrido con el delito de negociación incompatible en la Cas. N.° 841-2015, Ayacucho y la Cas. N.° 231-2017, Puno, sería una empresa hartamente complicada distinguir cuando las irregularidades administrativas en las contrataciones públicas constituirían actos típicos de «interés indebido» (negociación incompatible) o de «concertación» en el delito de colusión simple.

Es decir, esta correcta interpretación, literal, histórica y hasta convencional incidirá en la determinación de que hechos acaecidos en la realidad serían o no subsumidos en el delito de colusión y en qué medida el derecho penal tendría legitimidad para perseguirlos en un proceso penal, es decir, esta interpretación terminaría afectando principios de capital importancia en el derecho penal, como lo sería el principio de lesividad, el principio de subsidiariedad o del derecho como última ratio, el principio de intervención mínima o carácter fragmentario del derecho penal, y hasta el propio principio de legalidad.

Como lo hemos anotado en otros trabajos referidos a la difícil distinción entre derecho penal y derecho administrativo en este tipo de delitos[8], creemos que un uso poco responsable de esta interpretación nos llevaría a la administrativización del derecho penal y el sometimiento grave de persecución penal por actos que no revestirían la entidad para ser sancionados penalmente; por tanto, debe sostenerse que la colusión simple necesita un peligro concreto e inminente al patrimonio de la entidad que representa el funcionario público.

III. ¿SOLO PUEDE SER CÓMPLICE DEL DELITO DE COLUSIÓN EL TERCERO QUE CONCIERTA CON EL FUNCIONARIO PÚBLICO? CASACIÓN N.° 661-2016, PIURA

En este caso, se procesó a diversos funcionarios de la Municipalidad Distrital de Castilla en calidad de coautores por el delito de colusión simple

(8) García León, G. (2018, pp. 77-78 y 79); García León, G. (2018, pp. 76 y 77).

y/o agravada, que participaron en algunas etapas de la Obra: Ampliación y Mejoramiento del Sistema Integral de Agua Potable y Alcantarillado de los Asentamientos Humanos del Sector Noroeste de Castilla por $ 31 000 000,00 dólares americanos.

En el ínterin del proceso de selección, algunos participantes denunciaron irregularidades como i. Requisitos innecesarios en las bases: arqueólogo, limitación de participantes por escasa capacidad económica, ii. La empresa ganadora tuvo un técnico automotriz con título falso comprobado; iii. Se le dio un adelanto por 5 millones de soles a la empresa ganadora pese a que el proceso no preveía adelantos, y iv. La empresa ganadora tenía cartas fianzas que estaban próximas a vencer.

En primera instancia, se condena a los procesados por el delito de colusión simple en calidad de coautores, y en calidad de cómplice primario al contratista interesado. En segunda instancia, se revoca la condena por colusión simple y se condena a los funcionarios por el delito de colusión agravada y a dos (2) funcionarios como cómplices secundarios.

Entre los funcionarios condenados como cómplices secundarios estuvo el gerente de administración de finanzas que hizo el pago del adelanto por 5 millones a la empresa a pesar de que no estaba estipulado en el contrato, y al coordinador de obra que brindó un informe justificando el pago de adelanto a la empresa. Los argumentos de la Corte Suprema, para absolverlos, fueron, que en el caso del gerente ya existía una adenda por adelanto; mientras que en el caso del coordinador, justo un día antes de su informe, existió un memorándum que ordenaba el pago por adelanto.

Lo problemático de esta sentencia es que, para analizar la responsabilidad penal a título de cómplices, señala que «solo podrá ser cómplice del delito de colusión aquel que este especificado en el mismo tipo penal», señalando que la responsabilidad a título de cómplice solo «abarca al particular interesado que concertó con el funcionario público para defraudar al Estado» (FJ 22). Esta Casación toma como base de esta afirmación, el fundamento jurídico 28 de la Casación N.° 841-2015, Ayacucho, el cual precisa que «la participación de un tercero en un delito de infracción de deber depende, fundamentalmente de que la misma sea incluida en la redacción típica»[9].

---

(9) Un desarrollo de los aportes de la Casación N.° 841-2015- Ayacucho: García León, G. (2016, p. 24)

Esta postura no es correcta porque desconoce la naturaleza de la complicidad que tiene 2 elementos: i. El aporte debe ser causal para el resultado típico y ii. El aporte debe incrementar y realizar el riesgo desaprobado[10]; es decir, el cómplice realiza un aporte necesario para la realización del delito. En este caso, puede que el cómplice secundario no se haya concertado, pero su función ayudaría a defraudar al Estado, por ejemplo, si ordena el pago a una empresa de una obra no concluida, dar un informe, una opinión, un visto bueno para favorecer a una empresa indebidamente en detrimento de la propia entidad; este aporte puede incrementar el riesgo de la consumación del delito, toda vez que su aporte —y en el ámbito de las contrataciones públicas— hace necesaria su intervención, pues en las decisiones de una entidad estatal no solo interviene un único funcionario, sino que la decisión transita por diversas oficinas de la propia entidad.

Incluso, podría existir complicidad de los funcionarios que actúan en razón de su cargo; nos referimos a la complicidad omisiva, pues, si el funcionario presidente del comité sabe que los otros miembros van a concertar o están concertando con el contratista y no dice nada; este acto no solo implicaría una mera omisión de denuncia u omisión de deberes funcionales, como señala García Cavero (2008, p. 51) o Abanto Vásquez (2001, p. 311), sino una complicidad primaria por comisión por omisión, porque ostenta una posición de garante de evitar el resultado. Y si hablamos de que el delito de colusión es un delito que requiere un peligro concreto de lesión al patrimonio del Estado (colusión simple) o requiere una lesión o defraudación patrimonial al Estado (colusión agravada), el funcionario, en razón de su cargo, que no hace nada, tiene competencias para evitar ese resultado y su complicidad de no impedir, de no obstruir, coadyuva a la ejecución del delito de colusión, sin que esto implique coautoría, como señala Rojas Vargas (2007, pp. 408-409), porque para que exista coautoría deben concurrir sus tres elementos: a) decisión común: división del trabajo o distribución de roles; b) aporte esencial: funcionario que actúa u omite en razón de su cargo, y c) tomar parte en la fase de ejecución, donde cada sujeto coautor tiene un dominio parcial del acontecer delictivo[11]: (concertar, y el funcionario con vínculo funcional omisivo, no se concierta).

---

(10) Reyna Alfaro, L. (2016, pp. 581 y ss.).

(11) *Cfr.* Mir Puig, S. (2004, p. 390); Bacigalupo E. (2004, p. 472); Roxin, C. (2000, p. 173).

Asimismo, el señalar que solo puede ser cómplice el interesado que concierta con el funcionario público dejaría impune a todos los cómplices *extraneus* que favorecen, facilitan la propia concertación, como lo sería el empresario que ofrece su búnker para que se reúnan alcaldes, gerentes, tesoreros, funcionarios de contrataciones para que concierten con otros empresarios[12].

IV. ¿LOS ÓRGANOS DE DIRECCIÓN TIENEN COMPETENCIA DIRECTA PARA SER AUTORES DEL DELITO DE COLUSIÓN? RECURSO DE NULIDAD N.° 1126-2017 Y RECURSO DE NULIDAD N.° 1969-2012, LA LIBERTAD

Se procesó en calidad de autor del delito de colusión al gerente municipal de la Municipalidad Distrital de Antonio Raymondi (Áncash), y como cómplice primario, a la única postora, así como a los miembros del Comité Seleccionador de esta entidad.

El gerente habría favorecido a la postora, con quien le unía un vínculo sentimental para adjudicarle el servicio de elaboración de perfiles y expedientes técnicos de los proyectos «Sistema de riego del anexo de Jarachacra y Sistema de riego del anexo de Yamor».

Ambos imputados fueron condenados en primera instancia, siendo absueltos los miembros del comité seleccionador, en razón de que:

i. No tenían conocimiento de su nombramiento;

ii. El acceso a la página del SEACE, no lo tenían ellos, sino más bien el gerente acusado;

iii. Ellos firmaron documentos del servicio prestado en vía de regularización (FJ 3.6).

La Corte Suprema declara No Haber Nulidad en la condena al gerente y la postora, en base a que: a. Los coprocesados eran convivientes; b. El proceso fue demasiado célere (un solo día), y c. Fue la única postora que presentó cotización (FJ 3.2).

Sin embargo, el tipo penal a la fecha de realizado los hechos señalaba que: «El funcionario o servidor público que en los contratos [...] en la que

(12) Una Crítica a la postura de la Casación N.° 841-2015-Ayacucho. En García León, G. (2017, pp. 29-30).

intervenga en la razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado [...]». La norma no señalaba como en la actual regulación: «El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo [...]». Es decir, la posibilidad de «intervención indirecta» no estaba prevista en aquel entonces —que precisamente fue la naturaleza de la intervención del gerente— porque su competencia no era elaborar las bases, integrar las bases, seleccionar postores ni otorgar la buena pro, que era función de los miembros del comité; la función de ellos sí les permitía actuar directamente, al gerente no.

La conducta del gerente encajaría en el delito de negociación incompatible, del artículo 399 del Código Penal, que sancionaba en ese entonces al «funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo». Así, también, la conducta del gerente podría ser la de un instigador al delito de colusión. Ahora bien, ¿cuándo los órganos de dirección como un alcalde, un gerente, un presidente regional, un ministro tienen competencia directa para ser autores del delito de colusión? Creemos que esto se dará cuando se conciertan en una etapa de la contratación donde tienen injerencia, es decir, el alcalde que firma el contrato con la empresa ganadora de la buena pro no tendrá competencia directa si la concertación se realizó en la etapa de selección, pues, en esa etapa, solo les competía intervenir a los miembros del comité seleccionador; el gerente no tendrá competencia directa si la concertación se realizó en la etapa de liquidación o ejecución, donde son otros funcionarios de la entidad que están encargados de esa función, como los ingenieros supervisores, ingenieros inspectores, ingeniero jefe de obras; el ministro no será competente directamente de un pago indebido si esa es competencia del área de finanzas del Ministerio.

En cuanto al Recurso de Nulidad N.° 1969-2012, La Libertad, la Corte Suprema declaró No Haber Nulidad, en la condena del alcalde del distrito de Víctor Larco (Trujillo) como autor y a un empresario como cómplice del delito de colusión.

Los hechos se enmarcan, en la compra de un motor petrolero que habría dispuesto el alcalde, por el valor de 8 mil dólares americanos a una empresa. El mismo motor de la compra, habría sido entregado anteriormente ante un notario por una pareja de esposos al alcalde, pero en los datos de la

compra, se adulteraron los números de matrícula para que aparente ser otro motor diferente (FFJJ 2, 3, 4,5).

La Corte Suprema considera que se configuró el delito de colusión, dado el grado de amistad que existía entre el alcalde y el empresario que vendió el supuesto motor, toda vez que, incluso, en la empresa que este contratista tiene; el alcalde habría aportado un vehículo para su constitución (fj. 8).

En este caso, en la Ejecutoría Suprema no se aprecia que en la comuna de Víctor Larco existiese un área de contrataciones. Entendemos que, porque el caso data de 1997 y, en esa época, este distrito era aún pequeño; sin embargo, este caso es paradigmático en cuanto a la determinación de la competencia directa de un órgano de dirección como la alcaldía para entenderse que estamos ante un funcionario con nexo o vínculo funcionarial en contratos u operaciones estatales.

En ese entonces, el tipo penal de colusión sancionaba al «funcionario público que, en los contratos [...] o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado [...] concertándose con los interesados [...]».

De esta manera, si el alcalde de Víctor Larco no hubiese intervenido «por razón de su cargo o comisión especial» no podría responder como autor, aun cuando se haya concertado también «con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros», sino más bien, si se hubiese concertado, respondería como cómplice por haber prestado «dolosamente auxilio para la realización del hecho punible».

Sin embargo, es necesario determinar el tipo de complicidad a imputar, pues el cómplice secundario, quien es aquel que participa en fase preparatoria o ejecutiva del delito, pero su contribución no es indispensable para la comisión del delito, según el artículo 25 del Código Penal: «Se le disminuirá prudencialmente la pena»; en cambio, si se trata de un cómplice primario, esto es «aquel que en la etapa de preparación del hecho principal aporta una contribución sin la cual el delito no hubiera podido cometerse[13]», será reprimido con la pena prevista para el autor.

Lo curioso es que en el delito de colusión podrían convivir 2 cómplices primarios; uno sería el tercero interesado —que se concierta, pero que no es

(13) BACIGALUPO, E. (2004, p. 97).

funcionario público— y un funcionario público que puede concertar, pero que no actúa en «razón de su cargo».

El detalle es que, si se parte de que el acto de concertar implica la ejecución o consumación del delito, el cómplice *extraneus* (tercero interesado) no actúa, entonces, en fase preparatoria para ser cómplice primario, y el funcionario público sin vínculo funcionarial puede hasta, incluso, «concertarse» previamente con el contratista y con ello actuar en fase preparatoria, asegurándole la buena pro a su favor, brindando, así, un aporte esencial a la comisión del delito.

A este ejemplo, podría alegarse que este funcionario público sin vínculo funcionarial, realmente no participa de la auténtica concertación, pues esta debe darse entre el funcionario con razón de su cargo (miembros del comité) y el tercero interesado, pero imaginémonos que este regidor (funcionario sin vínculo funcionarial) participa en una reunión para concertar conjuntamente con los miembros del comité de contrataciones y un contratista para otorgarle la buena pro a su empresa (que no tiene la experiencia, la capacidad de liquidez para ejecutar bien una obra).

Este acto no será de ningún modo preparatorio, pero el aporte de los cómplices será esencial, en el caso del contratista, porque su presencia es determinante para la comisión del delito. Imaginemos al regidor, quien es la mano derecha del alcalde y tiene influencia en la designación o revocación de los miembros del comité, la convocatoria o no del proceso de selección, la aprobación o no del expediente técnico, entre otros actos administrativos necesarios para que se dé la buena pro. Entonces, en este caso tendríamos a 2 cómplices con aporte esencial propio del cómplice primario, pero con un aporte en fase ejecutiva, propia del cómplice secundario.

Al ser el delito de colusión un delito de participación necesaria y, en esta clasificación, un delito de encuentro, es unánime en la doctrina y la jurisprudencia asumirse que la participación del tercero interesado es a título de cómplice primario. Entendemos que porque no tiene la condición especial de funcionario público y su coaporte es vital para la realización del delito; esto incluso ha llevado a un sector importante de la doctrina[14] a considerar que

(14) PARIONA ARANA, R. (2017, pp. 121-122).

el tercero interesado en la colusión no sería propiamente un cómplice, sino un autor porque correaliza el hecho.

Sin embargo, consideramos que en esa misma lógica el funcionario que no actúa en función de su cargo podría, en algunos casos, tener un grado más intenso de aporte si participa en fase ejecutiva o consumativa que, si actúa en fases anteriores, por tanto, debería recibir una pena en el marco abstracto del autor como si fuese un cómplice primario, porque, incluso, no es un tercero ajeno a la administración pública, sino que, incluso, hace efectivo «el abuso de poder» para cometer este delito.

Si bien es cierto, un importante autor considera que la intervención del mensajero o representante del interesado sería un caso cuestionable de «complicidad de complicidad»[15]; esto no sería así, pues el aporte del cómplice mensajero o representante es a todo el injusto de colusión; no se puede partir los aportes de los cómplices del funcionario en razón de su cargo por un lado y los aportes de los cómplices del tercero interesado por otro. Por algo, se entiende que ambas voluntades conciertan o concretan un solo injusto, por tanto, el cómplice mensajero o representante lo será del delito de colusión, no cómplice del cómplice interesado.

V. ¿SE PUEDE SER INSTIGADOR DEL DELITO DE COLUSIÓN CUANDO LOS AUTORES NO SE CONCERTARON CON EL TERCERO INTERESADO? RECURSO DE NULIDAD N.° 1015-2009, PUNO

Se acusó al gerente, al administrador y a los miembros del Comité Especial de Contrataciones del Pronamachs (Programa Nacional de Manejo de Cuencas Hidrográficas y Conservación de Suelos). En primera instancia, se condenó a todos a título de autores del delito de colusión.

El gerente y el administrador se reunieron con los miembros del Comité Especial de Contrataciones para requerirles que den como ganador a proveedores de Lima, especialmente, a la empresa Wensa, sino revisarían sus contratos. El proceso de selección tuvo irregularidades tales como: i. El proceso de selección no contó con bases; ii. La solicitud de cotizaciones no la realizaron los miembros del Comité, iii. La Gerencia no remitió la Resolución que aprueba la Exoneración del Proceso de Selección; iv. No hubo informe

(15) Pariona Arana, R (2017, pp. 124-125).

técnico ni informe legal para que dé lugar a la Exoneración de Proceso de Selección, y v. El gerente y el administrador no realizaron un control del Proceso de Selección (FJ 1).

Los miembros del Comité Especial de Contrataciones alegaron que actuaron presionados, con una especie de miedo insuperable; sin embargo, la Corte Suprema descarta esta causa de inculpabilidad, porque entiende que ellos no perdieron «la capacidad de decisión sobre la ejecución, el favorecimiento fraudulento a la empresa Wensa». Esta causa de inculpabilidad (miedo superable) ataca a uno de los 3 elementos que componen la culpabilidad junto a la imputabilidad y el conocimiento de la antijuricidad; esto es, ataca a la exigibilidad de otra conducta, puesto que no se le puede exigir a una persona actuar de otro modo (si una persona es amenazada con un arma para golpear a un tercero, es un acto típico, antijurídico pero inculpable). En el caso analizado, como bien señala la Corte Suprema, los miembros del comité especial aún tenían poder de decisión.

Así también, en esta Ejecutoria Suprema se varía el título de imputación del gerente y administrador de coautores a instigadores, en razón de que «ejercieron indebida y eficazmente su poder jerárquico y fijaron un marco fáctico de tal entidad que incrementaron de modo relevante la posibilidad —finalmente concretada— de que los inducidos adopten y ejecuten la resolución delictiva a la que se les incitó» (FJ 5).

La instigación es, pues, una incitación directa a delinquir[16], donde el autor influye psíquicamente persuadiendo a cometer o reforzar la idea que ya posee, cuando aún no ha decidido por sí mismo[17]. Por ello, no caben en la instigación los medios sutiles o las meras insinuaciones, pues la instigación debe ser hecha en forma concluyente (directamente)[18]; en el caso concreto, efectivamente, el actuar del gerente y coordinador de Pronamachs determinó que estos favorezcan en la selección de postores a la empresa Wensa.

Pero hay un dato que no se verificó en esta Ejecutoria Suprema si es que los miembros del Comité se concertaron con la empresa Wensa, es decir, si los funcionarios competentes (en razón de su cargo), miembros del comité,

---

(16) VIVES ANTÓN, T. (2004, p. 35).

(17) CREUS, C. (1992, p. 410).

(18) ZAFFARONI, E. (1990, p. 751).

cumplieron con ejecutar el verbo rector del delito de colusión. En otras palabras, si realizaron la concertación con el tercero interesado, exigencia típica, para ser autores del delito.

En la sentencia no se aprecia que los miembros del Comité se hayan concertado con la empresa Wensa; en todo caso, su conducta no se ajustaría a la comisión del delito de colusión, sino al delito de negociación incompatible. El detalle es que este delito (negociación incompatible), en el tiempo de los hechos: año 2003, aún no se encontraba prescrito en el Código Penal.

VI. CONCLUSIONES

1. El primer problema jurisprudencial de si el peligro potencial al patrimonio estatal está contenido del término «para defraudar» en la colusión simple. Consideramos que no está contenido por diversas razones entre ellas a partir de una interpretación literal, histórica, dogmática y convencional; pese a ello, la consecuencia de esta interpretación implicaría su imposible distinción con el delito de negociación incompatible y la administrivización del Derecho Penal y con ello la afectación de principios como el principio de lesividad, el principio de mínima intervención, el principio de subsidariedad y el principio de legalidad.
2. El segundo problema jurisprudencial es el que encontramos en la Casación N.° 661-2016, Piura, donde nos planteamos si solo podría ser cómplice del delito de colusión el tercero que concierta con el funcionario público, como se afirma en la Casación, porque esta postura desconoce el análisis de los elementos de la complicidad que nos permiten fundar la siempre posibilidad de complicidad no solo de funcionarios públicos, sino también de *extraneus*, aparte del funcionario interesado.
3. El tercer problema, jurisprudencial acaecida en el Recurso de Nulidad N.° 1126-2017, respecto de cuándo los órganos de dirección tendrían competencia directa para ser autores del delito de colusión. Consideramos que sería en: i. Etapa específica donde se da la concertación y ii. Competencia específica en la etapa donde se da la concertación: preparación, selección, ejecución.
4. El cuarto problema, que se suscita en el Recurso de Nulidad N.° 1015-2009, Puno, en el sentido de si se puede ser instigador del delito de

colusión cuando los autores no se concertaron con el tercero interesado, consideramos que no se podría ser instigador, en ese caso, de delito de colusión, pero sí del delito de negociación incompatible.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, M. *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. 2.ª ed. Lima: Palestra, 2001.

ARISMENDIZ AMAYA, E. *Manual de delitos contra la administración púbica*. Lima: Instituto Pacífico, 2018.

BENAVENTE CHORRES, H., y CALDERÓN VALVERDE, L. *Delitos de Corrupción de Funcionarios*. Lima: Gaceta Jurídica, 2014.

CÁCERES JULCA, R. El delito de colusión. Aspectos sustantivos y probatorios. En *Delitos contra la Administración Pública cometido por funcionarios públicos*. Lima: Gaceta Penal, 2016.

CARRIÓN, J., y CÁCERES JULCA, R. *El Delito de Colusión: Aspectos Sustantivos y Procesales*. Lima: Idemsa, 2011.

CASTILLO ALVA, J. *El delito de Colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017.

CASTILLO ALVA, J. Colusión Ilegal. En *El delito de colusión*. García Cavero, P. y Castillo Alva, J. Lima: Grijley, 2008.

CREUS, C. *Derecho Penal*. 3.ª ed. Parte general. Buenos Aires: Astrea, 1992.

GARCÍA CAVERO, P. Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal. En *El delito de colusión*. García Cavero, P. y Castillo Alva, J. Lima: Grijley, 2008.

GARCÍA LEÓN, G. ¿En las contrataciones con el Estado, los defectos administrativos que pueden ser subsanados, carecen por sí solos de relevancia para el Derecho Penal? *Administración Pública & Control*, N.° 32, 2016.

GARCÍA LEÓN, G. La punibilidad del partícipe extraneus en los delitos especiales. A propósito del Acuerdo Plenario N.° 3-2016/CJ-116. *Revista Actualidad Penal*. Lima, N.° 42, 2017.

GARCÍA LEÓN, G. Distinción entre Ilícito Penal e Ilícito Administrativo. *Administración Pública & Control*, N.° 52, 2018.

GARCÍA LEÓN, G. ¿Insoluble Distinción entre Ilícito Penal e Ilícito Administrativo? *Administración Pública & Control*, N.° 58, 2018.

MIR PUIG, S. *Derecho Penal Parte General*. 7.ª ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

PARIONA ARANA, R. *El Delito de Colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017.

PEÑA CABRERA FREYRE, A. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Instituto Pacífico, 2016.

PORTOCARRERO HIDALGO. *Delitos contra la Administración Pública*. 2.ª ed. Lima: Editorial Jurídica Portocarrero, 1997.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2.ª ed. Lima, 2017.

REYNA ALFARO, L. *Derecho Penal Económico. Parte General*. Tomo I. En Caro Coria, D. y Reyna Alfaro, L. Lima: Jurista Editores, 2016.

ROJAS VARGAS, F. *Delitos contra la Administración Pública*. 3.ª ed. Lima: Grijley, 2002.

ROXIN, C. Las formas de intervención en el delito: Estado de la cuestión. Traducción a cargo de M. Castiñeira Palou. En *Sobre el estado de la teoría del delito*, edición a cargo de Jesús María Silva Sánchez. Madrid: Civitas, 2000.

SALINAS SICCHA, R. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley, 2011.

VIVES ANTÓN, T. *Sistema democrático y concepciones del bien jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

ZAFFARONI, E. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1990.

ESTADO ACTUAL DEL DELITO DE COLUSIÓN

Comentarios a la Casación N.° 661-2016-Piura

Raúl Ernesto Martínez Huamán(*)

SUMARIO: I. Introducción. **II.** Hechos materia de pronunciamiento. **III.** Análisis sobre la contratación en el marco del delito de colusión. 3.1. Aplicación de la ley penal en el delito de colusión: temporalidad. 3.2. Bien jurídico protegido: expectativa normativa o patrimonio. 3.3. Diferencia entre colusión simple y agravada. 3.4. Colusión agravada: ¿pericia contable como requisito indispensable? 3.5. Complicidad en el delito de colusión. 3.6. Intervención en las fases de la contratación pública: ¿intervención directa e indirecta? **IV.** Conclusión. **V.** Bibliografía.

JURISPRUDENCIA:

Casación N.° 661-2016-Piura

1. INTRODUCCIÓN

La corrupción(1) pública, como fenómeno social(2), afecta gravemente las instituciones de un Estado constitucional de derecho(3). La afectación no

---

(*) Profesor de Derecho Penal en la Universidad de San Martín de Porres, y en la maestría de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann (Tacna). Máster en Derecho Penal y Política Criminal en la Universidad de Málaga. España (Beca AUIP). Estancia de investigación científica en el Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Alemania (Beca Max-Planck-Institut). Fiscal Adjunto Provincial Penal Titular del Sexto Despacho de la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delito de Corrupción de Funcionarios de Lima.

(1) *Vid.* KINDHÄUSER, U. (2007: 6), quien define a la corrupción —entendida de forma amplia— como «la vinculación contraria a intereses de una ventaja con el ejercicio de un poder de decisión transferido».

(2) Conforme las estadísticas del latinobarómetro, uno de los problemas más importantes para el peruano es la corrupción con un 10 %; muy por encima de la tasa promedio de Latinoamérica que es de 4 %. En Informe de Prensa 1995-2010 Perú, para el año 2016, se aprecia en el latinobarómetro que el segundo problema del peruano es la corrupción, después de la delincuencia.

solo se limita al normal desarrollo de las actividades de las instituciones, sino también a la percepción que la ciudadanía[4], y los actores del mercado tienen sobre ellas[5], pues la corrupción genera una grave desconfianza en las instituciones públicas[6], tan importante para un Estado. Al respecto, señala Mario Caciagli[7] que «la tolerancia con la corrupción genera o aumenta la desconfianza hacia el Estado de derecho, impide la maduración de una conciencia participativa y destruye cualquier percepción de los intereses colectivos».

No debemos olvidar que la corrupción afecta de manera severa el desarrollo del país, que es un factor adverso para el adecuado y satisfactorio avance de una sociedad, no importando el país donde se desarrolle daña a todos por igual; siendo a nuestra consideración los efectos más dañinos la erosión de los valores básicos de la sociedad, la estabilidad de las instituciones estatales y el desarrollo económico[8]. Con relación a ello, paradójicamente a lo que se cree, la corrupción se encuentra presente tanto en países democráticos como en los que no lo son[9], variando en lo que respecta a su intensidad en países con instituciones más sólidas que otras.

---

(3) Sobre la evolución y comprensión del Estado de derecho a Estado constitucional de derecho, véase a POZZOLO, S. (2011: 13 y ss.)

(4) En una encuesta realiza por IPSOS Perú (encuesta pública en el diario *El Comercio*, el lunes 17 de febrero de 2014, http://www.ipsos-apoyo.com.pe/Encuesta_corrupcion_febrero_2014), en febrero de 2014; cuando se le pregunta a los encuestados cuál es el principal problema que enfrentan las instituciones públicas y que impiden lograr el desarrollo del país, el 58 % respondieron que la corrupción de funcionarios y autoridades, en tanto que el 22 % señalaron que la falta de eficiencia de los funcionarios y autoridades. Asimismo, a la pregunta de cuál será la situación de la corrupción en el Perú dentro de cinco años, el 50 % de los encuestados considera que continuará igual, y un 33 %, que aumentará.

(5) *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2004: 41).

(6) Así se señala que uno de los principales problemas que genera la corrupción es la creciente desconfianza en las instituciones del Estado. SALAS, L. (1997: 203).

(7) *Vid.* CACIAGLI, M. (1996: 84 y 91).

(8) En el mismo sentido, PRIETO DEL PINO, A. M. (2006: 409).

(9) *Vid.* VÁSQUEZ GONZÁLEZ, C. (2011:362).

Cabe precisar que para algunos autores el ámbito donde mayor daño genera la corrupción es el económico[10], conforme lo señala Ugaz Sánchez-Moreno[11]: «[...] la corrupción no solo crea serias distorsiones económicas elevando irrazonablemente los costos, pervirtiendo los incentivos y aumentando la desigualdad entre ricos y pobres». En un sentido similar, el maestro Díez Ripollés nos indica que: «[...] la importancia de la corrupción se reconoce cada vez más como un factor que afecta adversamente el desarrollo sostenible de un país (principio aplicable de modo especial a muchos países o regiones en vías de desarrollo o en transición), además de consolidarse la convicción de que la corrupción erosiona la legitimidad y estabilidad de los mercados e instituciones financieras (como es el caso en muchos países industrializados)»[12].

Así, el contexto social en que actualmente vivimos y las, cada vez mayores, demandas al Estado de satisfacer las necesidades básicas y primordiales de sus ciudadanos (construcción de carreteras, inversión en la educación, salud, etc.), a través de la administración pública, hacen que la sociedad exija al mismo un control más eficiente y una respuesta más enérgica sobre los actos de corrupción que se desarrollan dentro de la administración, específicamente, en el ámbito de los procesos de contrataciones públicas al ser uno de los espacios más sensibles y donde mayor incidencia de corrupción existe[13].

Ello se debe a que la contratación pública es uno de los ámbitos donde mayor presupuesto público se introduce, lo que hace que los agentes corruptos focalicen sus actuaciones en la misma. Tales conductas afectan gravemente, el patrimonio estatal, pero primordialmente la estabilidad de las instituciones públicas, lo que repercute en la conservación de la configuración del Estado. En ese sentido, se aprecia que la sociedad reclame al sistema penal —incluyendo en el mismo sus mecanismos de prevención y represión— una

---

(10) Estudios en España (Universidad de Las Palmas) cifran en 40 000 millones de euros el coste social de la corrupción anual en España. Recuperado de http://economia.elpais.com/economia/2013/07/29/agencias/1375094611_897338.html.

(11) *Vid.* UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, J. C. (2013: 1002).

(12) Así, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2004: 41).

(13) Sobre la incidencia de la corrupción en las contrataciones públicas en el Perú, véase a MARTÍNEZ HUAMÁN, R. E. (2015: 383).

actuación más eficaz sobre los posibles actos desleales de los funcionarios o servidores públicos en sus funciones vinculadas con contrataciones de bienes o servicios —sean para o dados por el Estado— con terceros.

De este modo, el funcionario o servidor público ocupa un papel primordial dentro de la estructura del Estado, al tener que realizar sus actividades de acuerdo con las expectativas sociales que recaen sobre él[14]. Sin embargo, y esto se está dando de manera cada vez más intensa, existen ocasiones en que los funcionarios, abusando de las facultades concedidas, se conciertan con los interesados en las contrataciones y celebran acuerdos desventajosos y dañinos para el Estado, que son de tal magnitud que ponen en peligro la existencia misma de la institucionalidad y del rol del Estado.

En tal sentido, se afectan los principios por los cuales el Estado se rige en el marco de contrataciones de bienes o servicios como son la transparencia, la promoción del desarrollo humano, la eficiencia, entre otros. Es por ello que el legislador penal, consciente de la trascendencia de las contrataciones públicas en el Perú, ha tipificado como delito la conducta del funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, se concierta con los interesados en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, para defraudarlo. Precisamente, tenemos que la indicada conducta se encuentra regulada en la legislación peruana en el artículo 384 del CP (colusión). De lo mencionado en este apartado, podemos indicar que realizar un análisis del delito de colusión y sus distintas problemáticas, en nuestro realidad peruana, resulta de por sí justificada, lo cual queda respaldada con las distintas casaciones emitidas por la Corte Suprema de Justicia, de entre ellas, la Casación N.° 661-2016-Piura, donde se desarrollan una serie de elementos del delito de colusión, la cual será analizada en el presente trabajo.

II. HECHOS MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO

Los hechos sobre los que se circunscriben la Casación materia de análisis consistieron, básicamente, en lo siguiente: «Conforme a los hechos materia de análisis el delito de colusión que se imputa a los recurrentes, conforme

(14) *Vid.* VEGA LLAPAPASCA, R. (2016: 64), quien señala que existe una preocupación sobre la deslealtad del funcionario público al Estado.

el apartado "I" de la presente ejecutoria, se inició el 8 de julio de 2011 con la emisión de la Resolución de Alcaldía N.° 6582011-MDC, mediante la cual la procesada Ruesta de Herrera, en su condición de alcaldesa, aprueba las bases del proceso de licitación para la adjudicación de la obra. En ese sentido, la norma vigente al momento de los hechos habría sido el tipo penal de colusión regulado en la Ley N.° 29703, publicada el 10 junio de 2011; sin embargo, como se precisó, la citada regulación fue declarada inconstitucional, configurándose como inexistente. Así, la ley vigente al 8 de julio de 2011 sería el tipo de colusión regulado en la Ley N.° 26713». De este modo, distintos funcionarios de la Municipalidad Distrital de Castilla se concertaron con representantes de la empresa H&B, a fin de favorecerlos en el Proceso de Licitación para la adjudicación de la obra denominada «Ampliación y Mejoramiento del Sistema Integral de Agua Potable y Alcantarillado de los Asentamientos Humanos del Sector Noroeste de Castilla».

III. ANÁLISIS SOBRE LA CONTRATACIÓN EN EL MARCO DEL DELITO DE COLUSIÓN

3.1. Aplicación de la ley penal en el delito de colusión: temporalidad

Dentro del desarrollo del análisis del caso en concreto la Corte Suprema de Justicia resuelve la normatividad aplicable, a fin de resolver los distintos problemas que surgen por la temporalidad de las leyes penales en el delito de colusión. Al respecto, indica que si bien los hechos imputados se realizaron en el año 2011, año en que se aprobó la Ley N.° 29703, que modificó la ley anterior agregando el término *patrimonialmente* como elemento necesario para la configuración del delito de colusión, precisa que la citada norma debe entenderse como inexistente, dado que mediante el sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N.° 000172011-PI-TC, del 3 de mayo de 2011, fue declarada inconstitucional en el extremo que declara nulo y carente de todo efecto la expresión *patrimonialmente*, siendo posteriormente modificada. En tal sentido, señala que no se puede alegar que la Ley N.° 29703 rige sus efectos en lo referente al requisito del elemento patrimonial a favor de los imputados por la aplicación del principio de retroactividad benigna, pues —como se señaló— la ley debe entenderse como no vigente.

Por otro lado, indica que posteriormente se emitió la Ley N.° 29758, que regula el delito de colusión en dos modalidades: «Colusión simple-primer párrafo», con una pena de 3 a 6 años, y «colusión agravada-segundo

párrafo», con una pena de 6 a 15 años, advirtiendo que la norma vigente al tiempo de la comisión del acto delictivo materia del caso de la Casación (Ley N.° 26713, que sancionaba el delito de colusión con una pena de 3 a 15 años) independientemente del perjuicio patrimonial que pueda existir, por lo que la Ley N.° 29758 resulta ser la norma más favorable, teniendo que aplicarse esta última al caso concreto con base en el principio de retroactividad benigna, conforme lo establecido en el inciso 11 del artículo 139 de la Constitución Política y el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

De este modo, en caso exista un acuerdo colusorio sin perjuicio patrimonial, la sanción a imponer tendrá un límite mínimo de 3 años y máximo de 6 años de pena privativa de libertad. A ello, añadimos que, *a contrario sensu*, en caso los hechos se hubiesen cometido antes de nueva estructura normativa en delito de colusión en simple y agravado, y se hubiese ocasionado un perjuicio patrimonial al Estado producto de los hechos imputados, se tendría que aplicar la ley anterior donde el delito de colusión tenía una pena de 3 a 15 años, pues el tercio inferior del marco punitivo partiría de 3 años de pena privativa de la libertad, y no de 6 años como actualmente se aplica para el caso de colusión agravada. Sobre este punto, consideramos acertado lo señalado por la Corte Suprema, pues de tal forma se deja en claro la forma de resolver la aplicación de la ley temporal para el caso específico del delito de colusión, que en la práctica es más común de lo que se cree.

3.2. Bien jurídico protegido: expectativa normativa o patrimonio

En el décimo primer considerando, la Corte Suprema sienta posición sobre el bien jurídico penalmente protegido, señalando que: «Así, se advierte diversa jurisprudencia emitida por este Supremo Tribunal donde pese a la ausencia de un perjuicio patrimonial concreto se daba por configurado el injusto de colusión, pues se entendía que la expectativa normativa que protegía el delito de colusión era el correcto funcionamiento de la esfera de la Administración Pública; por tanto, "defraudar al Estado" no debía entenderse exclusivamente como una mera disminución del patrimonio del Estado, siendo suficiente la producción de un perjuicio potencial o peligro de perjuicio». Al respecto, podemos observar que a nivel metodológico la Corte Suprema asume la posición funcionalista normativista, posición que hemos asumido en otro artículo relacionado con el bien jurídico penalmente protegido en el

delito de colusión[15], donde consideramos que el derecho penal no protege directamente bienes jurídicos (objetos), sino expectativas de conductas institucionalizadas[16]; es decir, normas jurídico-penales, las cuales son básicas para el desarrollo personal en sociedad.

En ese sentido, para el caso del delito de colusión, no se protege propiamente el bien patrimonio estatal, debido a que dejaría sin sustento la represión de aquellas situaciones en las que el funcionario público encargado de la contratación pública se concierta con la mejor empresa concursante (técnica y económicamente) sin ocasionar un daño patrimonial al Estado. Empero, del tipo penal se aprecia que la citada conducta sí tendría que ser sancionada, puesto que la defraudación se sustenta en la infracción del rol de funcionario en el marco de la contratación pública, lesionando la expectativa que la sociedad tiene sobre su actuación en las contrataciones *públicas*. Esta expectativa social cuenta con respaldo constitucional si tenemos en cuenta que el artículo 76 de la Carta Magna establece la relevancia del procedimiento para obras y adquisiciones de suministros con utilización de fondos o recursos públicos a través de la contratación pública, lo cual debe ser adecuadamente protegido.

Por ende, lo que propiamente se protege es la expectativa de conducta de que los intervinientes (funcionario y particular) en el proceso administrativo de contratación pública no abusarán de las facultades que le son conferidas por su posición, para concertarse ilícitamente defraudando al Estado. De esta forma, el funcionario público tiene que procurar que dentro del cumplimiento de sus deberes en el ámbito de la contratación pública no se derive ningún *output* que afecte al Estado (el adecuado y normal desarrollo de todas las fases del proceso de contratación pública), así como evitar que terceras personas pongan en peligro el regular desarrollo del ámbito de la contratación pública a su cargo, fomentando la relación jurídica con el espacio institucional puesto a su disposición[17]. En tanto que el particular tiene el deber de participar del proceso administrativo de contratación pública, sin infringir

---

(15) Extensamente, MARTÍNEZ HUAMÁN, R. E. (2016: 90).

(16) Por todos JAKOBS, G. (2000: 19).

(17) La posición especial que ocupa el funcionario lo obliga (deberes) a no dañar al objeto (contrato público) sometido a su esfera de protección, así como a fomentar o favorecer «la relación jurídica que une al funcionario con el segmento de la función pública confiado a su esfera personal». CARO JOHN, J. A. (2015: 30).

los deberes que adquiere con la calidad de concursante, específicamente, de no formar pactos ilícitos con los funcionarios para defraudar al Estado en las contrataciones públicas.

En ese sentido, los deberes que pesan sobre los intervinientes del delito de colusión son de dos formas: para el particular, los deberes generales (deberes negativos), y para el funcionario, los deberes especiales (deberes positivos). El primero (tercero interesado) tiene toda la libertad de administrar su ámbito de libertad de la mejor forma, pero procurando no dañar las esferas de libertad de otras personas: «la libertad de uno termina donde comienza la del otro». En cuanto al funcionario o servidor público, no solo tiene el deber de no dañar otro ámbito de libertad (al Estado), sino, además, con base en el vínculo que nace con el bien, fomentar el desarrollo del mismo, protegerlo de ataques de terceros.

Por ello, el Derecho penal no protege el patrimonio del Estado en el delito de colusión, sino la expectativa normativa de conducta de que los intervinientes (funcionario público y particular interesado), en los procesos de contratación pública, no abusarán de sus facultades o incumplirán los deberes que emanan de su participación, a través de la concertación ilícita, para defraudar al Estado. Con el delito de colusión, se defrauda la señalada expectativa normativa de conducta, siendo la función de la pena devolver la vigencia a la norma infringida[18]. Ello consideramos se debe a que el funcionario tiene como facultad decidir —en alguna medida— sobre el desarrollo de la contratación pública en cualquiera de sus distintas fases, que hoy resulta de gran importancia para nuestra sociedad, a la cual también pertenece el funcionario. En el artículo que desarrollé sobre la incidencia de los delitos de corrupción en el marco de las contrataciones públicas, se apreció el papel dañino del mismo para la consolidación de las instituciones en el Perú y la necesidad de su protección a través de la vigencia de las expectativas que se tiene sobre la actuación de los funcionarios y terceros en el proceso de contratación pública[19]. Es a partir de la realidad peruana que se establece que la expectativa sobre la actuación de funcionario público no se circunscribe solo a su relación con el funcionamiento de la administración pública como ente autónomo (funciona-

---

(18) *Vid.* García Cavero, P. (2008: 22). Sobre las funciones de la pena, véase Martínez Huamán, R. E. (2015: 621).

(19) Martínez Huamán, R. E. (2015: 383).

rio-administración), sino que es a la sociedad en su conjunto a la que se defrauda con la infracción de su deber (funcionario-sociedad) y, por ello, se exige que la expectativa afectada vuelva a su estatus anterior siga vigente.

Debo descartar aquellas posiciones que sustentan a través del segundo párrafo del artículo 384 del CP («defraudare patrimonialmente al Estado»), que el bien jurídico protegido en el delito de colusión es el patrimonio. Sobre el particular, no resulta acertado partir de la agravante para establecer el sentido del injusto penal del tipo base del artículo mencionado, que para el delito de colusión se encuentra en el primer párrafo del artículo 384 del CP, pues la lógica de las agravantes —y, por ende, de su mayor reprochabilidad— se debe a la afectación de distintos ámbitos de protección de la norma, en el caso del delito de colusión agravada sería: 1) la expectativa social que pesa sobre el actuar del funcionario en las contrataciones públicas y 2) la expectativa de que no se afecte el patrimonio del Estado en el marco de las contrataciones públicas.

En tal sentido, consideramos errado la posición que identifica la expectativa normativa protegida en el delito de colusión a través de su forma agravada, específicamente, del elemento perjuicio patrimonial, debido a que precisamente cuando el legislador ha establecido como agravante la afectación del patrimonio en el delito de colusión, lo ha hecho en el sentido de la afectación a distintos bienes jurídicos, los indicados anteriormente. Así, como ha establecido el perjuicio patrimonial como forma agravada del delito de colusión, también pudo establecer como agravante que la contratación pública se circunscriba a fines asistenciales, programas de apoyo o inclusión social. En consecuencia, la agravante no puede determinar el sentido de protección de la norma penal de colusión. Por ello, reiteramos que en el delito de colusión no se protege el patrimonio estatal, sino la expectativa relacionada con el adecuado desenvolvimiento del funcionario público competente en la contratación pública, materializada, conforme al tipo penal, en la concertación con el tercero interesado.

Finalmente, si la protección penal en delito de colusión fuese el patrimonio estatal sin más, resultaría complicado responder la siguiente pregunta: ¿Responde penalmente el funcionario público que pacta con el particular interesado para beneficiarlo con la concesión de un contrato público; teniendo en cuenta que el particular (la empresa) posee la propuesta técnica y económica más adecuada para el Estado? Bajo la lógica de la posición del bien ju-

rídico patrimonio estatal, sin lugar a dudas resultaría inadecuado sancionar al funcionario, lo cual consideramos totalmente erróneo, pues lo primordial es la expectativa de actuación del funcionario de acuerdo con sus deberes en el ámbito de las contrataciones públicas, bajo esta última posición, desde luego que el funcionario tiene que ser castigo penalmente por su actuación no adecuada a derecho[20]. Y es que socialmente, en la realidad peruana, se ha podido verificar que el ámbito las contrataciones públicas es el más afectado a nivel de las actos de corrupción, por lo que la sociedad ya no exige que se sancione al funcionario cuando recién haya ocasionado un perjuicio patrimonial al Estado, sino que exige el adelanto de las barreras de punición, estableciendo que se configura el delito de colusión en el momento en que el funcionario público acuerda con el particular interesado beneficiarlo en el proceso de contratación pública, lo cual resulta legítimo en nuestra realidad.

3.3. Diferencia entre colusión simple y agravada

En el quinto considerando de la casación materia de análisis se establece que la «la colusión simple se consuma con la sola concertación, sin necesidad que la Administración Pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario, pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como propósito defraudar». Además, señala que la colusión simple exige para su concurrencia dos elementos típicos: **a)** la concertación ilegal entre el funcionario público y el particular interesado, y **b)** el peligro potencial para el patrimonio estatal, generado por tal concertación ilegal. Así, la modalidad simple de colusión constituye un delito de peligro potencial, pues exige una aptitud lesiva de la conducta «para defraudar».

En tanto que para la configuración de la colusión agravada «es necesario que mediante concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal». Igualmente, señala que la colusión agravada es un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado —desvalor de resultado—.

---

(20) Crítico de que se proteja el patrimonio estatal bajo cualquier delito vinculado con la administración pública, véase a MEINI MÉNDEZ, I. (2012: 329).

Referente a lo señalado, se puede apreciar que para la configuración del delito de colusión simple solo se requiere la concertación, pero no cualquier concertación, sino una con potencial para afectar el patrimonio. Sobre lo indicado, consideramos que un elemento trascendental para la configuración de la colusión simple es la *idoneidad* del acuerdo para generar un riesgo al proceso de la contratación pública(21), lo que supone desviarse de la defensa de los intereses públicos encomendados(22) y de los deberes que informan la actuación pública en el marco de las contrataciones. Tal idoneidad debe ser analizada desde una perspectiva *ex ante*; por lo que resultaría jurídico-penalmente relevante llegar a un acuerdo, a fin de que el funcionario ejecute una actividad que perjudique el correcto desarrollo de sus funciones en el marco de las contrataciones públicas como, por ejemplo, actuar de forma menos ventajosa para los intereses del Estado en la contratación pública(23).

Así, la actividad funcional tiene que ser la más adecuada para su representada (Estado) en la contratación pública, no solo en el sentido cuantitativo (económico), sino también en el sentido cualitativo (el mejor servicio). De acuerdo con lo dicho, cuando hacemos referencia al riesgo que la conducta tiene que englobar, aludimos a la capacidad para afectar la expectativa normativa protegida, la cual es la expectativa sobre el adecuado comportamiento del funcionario en el ámbito de las contrataciones públicas, es el marco de las contrataciones lo que genera la relevancia de la intervención del derecho penal, y en dicho marco se exige de los participantes (funcionario y particulares) que no defrauden la expectativa que pesa sobre ellos nacida de los deberes inherentes que genera la actuación en la contratación pública. Ingresar a dicho marco les genera una serie de deberes que tendrán que cum-

---

(21) Ya la Corte Suprema de Justicia del Perú, en lo penal, señaló en la Ejecutoria Suprema sobre el Recurso de Nulidad N.° 1464-2004-Cusco, de 17 de febrero de 2005, que bastaba para la configuración del ilícito penal la concertación, y siempre que esta sea idónea para afectar el patrimonio público. Igualmente, tenemos lo establecido por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia del Perú en el caso «Mobetek», Exp. N.° 20-2003-AV, al señalar lo siguiente: «[...] es que deben darse conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebida y lesivamente recursos públicos».

(22) *Vid.* SALINAS SICCHA, R. (2011: 131).

(23) En un sentido similar, ABANTO VÁSQUEZ, M. (2003: 313); GARCÍA CAVERO, P. (2008: 60) al indicar: «[...] el acuerdo al que se llega con el particular debe ser idóneo para perjudicar el patrimonio del Estado».

plirlas, siendo la primordial la de no coludirse ilícitamente. Por ejemplo, el funcionario y el particular interesados que acuerdan direccionar el proceso de contratación pública a fin de otorgar la buena pro a la empresa que representa el particular, a pesar de no cumplir con las especificaciones técnicas, lo cual resulta idóneo para afectar el proceso administrativo de contratación.

Al respecto, debemos indicar que somos de la posición de que la idoneidad del acuerdo no debe estar vinculada con la afectación del patrimonio del Estado, pues como hemos señalado lo protegido por la norma penal es la expectativa que se tiene por parte de la sociedad en cuanto a los deberes que posee el funcionario en la contratación pública, y no el patrimonio, por lo que la idoneidad tendrá que relacionarse con la afectación al adecuado desarrollo del proceso de contratación pública. De este modo, pesan sobre el funcionario público distintos deberes en el desarrollo de la contratación pública (transparencia, imparcialidad, económica, elegir la mejor propuesta técnica y económica, etc.), por lo que la concertación será idónea si afecta cualquiera de las normas que regulan el correcto desarrollo del proceso de contratación pública. Por ello, no consideramos acertado que la idoneidad de la concertación se centre solo en el aspecto patrimonial de la contratación, sino que la concertación debe estar vinculada con la afectación del apropiado desarrollo del proceso de contratación pública, lo cual —como hemos indicado— parte de la comprensión del bien jurídico penalmente protegido (expectativa normativa) señalada *ut supra*.

Vinculado con lo antes mencionado, tenemos que establecer la relación entre el pacto ilícito y la probabilidad de afectación al Estado, entendido como la desviación del normal desarrollo del proceso de contratación pública, para ello, se tendrá que hacer uso de la imputación objetiva, y en tal sentido establecer si lo acordado por los sujetos activos genera un riesgo jurídico-penalmente relevante al Estado. Así, si del acuerdo entre las partes se establece una determinada acción por parte del interesado y este rebaza lo estipulado en el acuerdo, p. ej., a nivel de ejecución del contrato, hace entrega de bienes muy por debajo de lo pactado, en el cual se estableció que entregue un bien con valor de siete, y el interesado sobrepasa el mismo y entrega un bien con un valor de tres, solo le será imputable al funcionario, como delito de colusión, lo referente al valor de siete[24], lo demás será imputable al interesado por la comisión de otro delito.

---

(24) De opinión diferente y considera que en dicho ejemplo el funcionario no ha creado un riesgo jurídicamente relevante de la infracción de sus deberes especiales. GARCÍA CAVERO, P. (2008: 49).

Otro ejemplo exagerado de la importancia de la imputación objetiva sería el caso en el cual el funcionario y el particular interesado llegan a un acuerdo para señalar que van a recurrir a un brujo para que los demás concursantes no se aparezcan en la presentación de las propuestas técnicas y económicas, y de esa forma obtener la buena pro con un precio muy elevado al establecido por el mercado. En tal ejemplo, como es evidente, no se configuraría el delito de colusión simple, por más que el fin de ambos sea perjudicial a los fines del Estado. Lo relevante es lo objetivo de la conducta, en cuanto a la idoneidad del acuerdo para afectar —posibilidad de poner en peligro— la expectativa que se tienen sobre el adecuado desarrollo de la administración pública vinculada con la contratación pública, con el conocimiento (como deber de conocer) de ambos sujetos sobre la relevancia de su conducta. Si no existe idoneidad en la concertación no será jurídico-penalmente relevante, sin menoscabo de que pueda serlo administrativamente. Otro ejemplo sería el acuerdo para que no se comunique adecuadamente a los otros concursantes sobre las fechas del proceso de contratación pública, de tal forma que no puedan remitir el día establecido las propuestas técnicas o económicas, afectando el adecuado desarrollo del proceso de selección, a fin de favorecer a la particular interesado con quien se concertó.

Para culminar el análisis de la colusión simple, sobre el elemento «conducta colusoria tenga como propósito defraudar» o «aptitud lesiva de la conducta», el mismo no debe ser entendido en un sentido volitivo o como elemento de trascendencia interna del sujeto activo, pues conforme lo mencionado líneas atrás lo determinante es la idoneidad (potencialidad) para afectar el desarrollo del proceso de contratación pública; la defraudación debe comprenderse en el contexto objetivo en el cual se desarrolla la conducta, el marco de ilicitud que la rodea y no un elemento subjetivo del injusto, no es la finalidad (tendencia) perjudicial que busque el autor lo que hace —y hará depender— la ilicitud de la conducta, sino el contexto ilícito en el que se desarrolla. Ya en la jurisprudencia peruana se ha establecido que no se requiere de ningún ánimo (de lucro) en el delito de colusión[25]. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en lo penal ha señalado: «El sujeto activo en el delito de colusión, al concertarse, puede actuar con evidente codicia o con intencionalidad extraeconómica que buscan perjudicar al Estado. Si

(25) Igualmente, CASTILLO ALVA, J. L. (2008: 174).

bien no se necesita acreditar el lucro o el provecho obtenido por el sujeto activo, sí deberá acreditarse el dolo directo del agente tanto del negociador público oficial como del interesado»[26]. Igualmente, tenemos la Sentencia del Tribunal Supremo español, del 16 de febrero de 1995, cuando señala: «no es necesario, pues, interés personal alguno en el sujeto activo, pudiendo actuar sin ánimo de beneficio propio, ya que es un delito de mera actividad que se consuma simplemente con que exista la concertación de voluntades»[27]. Tal comprensión de la parte subjetiva plantea la posibilidad de que la conducta pueda configurarse como dolo en sus distintos grados (directa, indirecta o eventual)[28], pues considerar que, además, debe estar presente un elemento adicional subjetivo del tipo, determinaría que no pueda establecer el delito en grado de dolo eventual[29].

Finalmente, para culminar este apartado, debemos señalar que el tipo penal se encuentra configurado como un delito de peligro abstracto[30] (idóneo), por medio del cual no se requiere un daño material al objeto del delito, sino la afectación al bien jurídico penalmente-protegido[31] que —como se

---

(26) Ejecutoria Suprema sobre el Recurso de Nulidad N.° 2767-2008-Loreto, de 19 de agosto de 2009.

(27) Citado por CATALÁN SENDER, J. (1998: 83).

(28) Parte de la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente desde la *indiferencia* como criterio determinante. CARO JOHN, J. A., cuando señala: «Significa que en el dolo eventual el autor se representa como probable un resultado, pero a causa de su indiferencia llega a realizarlo. Por su parte, lo que distingue a la culpa consciente es que el autor al representarse como probable un resultado, prosigue su ejecución con negligencia o descuido, mas no así con indiferencia» (2010: 178-179).

(29) Posición que sí es asumida por algunos autores. Así, L. MORILLAS CUEVA señala que el ilícito no puede configurarse ni de forma imprudente ni con dolo eventual (2011: 990). Igualmente, CALDERÓN CEREZO, A. (2005: 507); ROJAS VARGAS, F., al señalar que: «El concierto para defraudar resulta impensable con dolo eventual» (2007:422); CASTRO MORENO, A. (2011: 64).

(30) El *peligro* puede ser *concreto* cuando se requiere realmente la posibilidad de la lesión, o *abstracto*, cuando el tipo penal se reduce simplemente a describir una forma de comportamiento que según la experiencia general representa en sí misma un peligro para el objeto protegido, sin necesidad de que este peligro sea verificado; así lo señala. BACIGALUPO, E. (2004: 223).

(31) Como señalan JESCHECK, H. y WEIGEND, T., en los delitos de lesión y de peligro concreto la intensidad del daño está vinculada con el objeto del delito (p. ej., en unas

indicó— se enmarca en la expectativa sobre el adecuado comportamiento de los participantes (funcionarios y particulares) en todas las fases de la contratación pública, es decir, el cumplimiento de los deberes que se generan al ingresar en los procesos de contratación pública, siendo la primordial la de no coludirse ilícitamente.

Esta interpretación ha sido en cierta parte respaldada por el Tribunal Constitucional peruano, que en su sentencia ante la demanda de Inconstitucionalidad Exp. N.° 00017-2011-PI/TC interpuesto por el fiscal de la nación, señaló en lo referente a la defraudación en el delito de colusión, que no es la afectación del patrimonio en concreto, sino el cumplimiento de los deberes del funcionario: «30. [...] debe quedar nula y sin efecto la referida disposición en cuanto menciona el término «patrimonialmente», a fin de —sin alterar en lo sustancial el contenido de lo dispuesto por el legislado— orientar la interpretación de la disposición evitando vaciar de contenido los fines constitucionales que son de protección al sancionar actos contra los deberes funcionales en el ámbito de la contratación pública». Además, ya a nivel de convenios internacionales se ha establecido que no es necesario que exista un perjuicio real al patrimonio del Estado, pues ello no colabora a un lucha eficaz contra la corrupción, así tenemos que en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se señalaba que: «Para la aplicación de la Presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado».

En lo que respecta a la colusión agravada, conforme lo indica la Casación, no es suficiente la concertación, sino que se requiere de una defraudación patrimonial al Estado, el cual, desde luego debe formar parte de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado producto de la concertación entre funcionario público y particular interesado. Al respecto, si la defraudación patrimonial no puede ser atribuida a los participantes producto de la concertación, no se podrá establecer la colusión agravada, sino la colusión simple. Por tanto se entiende por defraudación en la colusión agravada al

---

lesiones se tiene que ver la intensidad de la afectación al cuerpo o salud del sujeto pasivo), en tanto que en los delitos de peligro abstracto la afectación está vinculada con el bien jurídico protegido; además de que tiene que existir una aptitud (idoneidad) para afectar el bien jurídico (2002: 282-283).

perjuicio económico para el Estado[32]. Cabe señalar sobre este punto, que propiamente el perjuicio patrimonial no forma parte el centro de comprensión del delito de colusión, sino que debido a su mayor lesividad, por su carácter pluriofensivo (el acuerdo ilícito y el patrimonio), genera un mayor grado de reprochabilidad sobre el autor, al no solo afectar la expectativa de no concertarse en el marco de una contratación pública, sino que además afecta al patrimonio estatal, generando un mayor grado de dañosidad social y, por ende, la aplicación de una pena mayor.

Además, debemos indicar que la defraudación patrimonial debe ser entendido no solo como la disminución del patrimonio estatal, sino también como la posibilidad de aumento del patrimonio del Estado, pues en los casos que el Estado venda un bien o realice una prestación (p. ej. una subasta) se busca el beneficio acorde con los parámetros que el mercado establezca. Es decir, también se configura el ilícito cuando el funcionario y el particular interesado hayan acordado la venta de un bien público donde el Estado ha dejado de obtener beneficios pertinentes, estando en la posibilidad de obtenerlos[33]. Esta línea de interpretación también es tomada en otras legislaciones que regulan una figura similar como el delito de colusión. Así, tenemos que la legislación chilena también ha señalado, para su artículo 239 del CP chileno[34], la posibilidad de afectar al Estado cuando se acuerde sobre un perjuicio al Estado consistente en la privación de un lucro legítimo o cesante para el Estado[35].

3.4. Colusión agravada: ¿pericia contable como requisito indispensable?

Otro punto desarrollado por la casación es el referente a la pericia contable como medio probatorio para acreditar el perjuicio económico en el

---

(32) Ello conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo español N.° 189/1995, citada por MARTÍNEZ MORA, G. (2011: 629).

(33) Así lo ha entendido en el Perú SALINAS SICCHA, R. (2011: 129), al indicar: «[...] pero también se concreta cuando un perjuicio se da con relación a las expectativas de mejoras, de ventajas, entre otras».

(34) El artículo 239 del Código Penal sanciona al «empleado público que en las operaciones en que interviniere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo».

(35) En dicho sentido MAYER LUX, Laura (2007: 216).

delito de colusión agravada, así señala: «Una prueba idónea que permite establecer el perjuicio patrimonial concreto en una determinada entidad es la pericia contable, en tanto sea concreta y específica. La importancia de la pericia contable para determinar la efectiva afectación del patrimonio estatal ha sido resaltada en la jurisprudencia del Corte Suprema. Así, se estableció en la Casación N.° 1105-2011-SPP (fundamento jurídico N.° 7), que señala: «La necesidad de una prueba directa como el informe pericial contable para establecer el perjuicio patrimonial en el delito de colusión».

En tal sentido, la pericia contable servirá para supuestos en los cuales se puedan establecer una sobrevaloración del bien materia de contrato, así por ejemplo: «Se encuentra acreditada la responsabilidad penal del justiciable, pues de los informes periciales efectuados por el juzgado y ratificados en el juicio oral, así como en los peritajes de parte, se demuestra que los vehículos adquiridos por el procesado fueron sobrevaluados por encima de los precios reales, causándole perjuicio, aunque no ha demostrado en autos que se requería la necesidad de adquirir otros vehículos, por lo que su actuar se adecua al tipo delictivo descrito en el artículo 384 del Código Penal»[36].

Sobre el mencionado punto, si bien consideramos adecuado el uso de la pericia contable para determinar el *quantum* del daño patrimonial, debemos señalar que el mismo no siempre es indispensable, pues existe casos donde el daño puede ser apreciado a través de las máximas de la experiencia; así, p. ej., si el contrato consiste en la entrega de determinados bienes, los cuales nunca fueron entregados al Estado, de lo cual se aprecia que efectivamente hubo un perjuicio patrimonial por parte al Estado, configurándose así la agravante del delito de colusión. En tal sentido, si bien en determinados supuestos no se podrá establecer el monto específico del perjuicio, ello no restringe que no se configure el delito de colusión agravada al tener la certeza de un efectivo perjuicio patrimonial; sin embargo, no establecer el monto del perjuicio de forma específica sí tendrá implicancias a la hora de determinar la reparación civil a favor del Estado.

---

(36) Expediente N.° 303-2001, Ejecutoria Suprema emitida el 12 de abril de 2002, citado en Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (2014: 82).

3.5. Complicidad en el delito de colusión

Sobre la complicidad en el delito de colusión y el ámbito en el cual se desarrolla su aporte, la Casación establece en el vigésimo considerando que el delito de colusión es un delito de participación necesaria, incluida en la misma redacción del tipo, y que por ende cabe la participación. En tanto que en el considerando vigésimo primero señala que cómplice será, conforme a la norma, el o los interesados que conciertan con los funcionarios públicos. Así, no se podrá hablar de complicidad fuera de la citada esfera que abarca al particular interesado que concertó con el funcionario público para defraudar al Estado.

Sobre el particular, si bien consideramos acertado que el tercero interesado pueda responder penalmente como cómplice (primario) o instigador, debemos indicar que no se puede limitar la participación en el delito de colusión solo al tercero interesado, sino que también deberá considerarse como partícipe (complicidad o instigación) al sujeto que aporte con su conducta en la comisión del hecho delictivo. Debo indicar que el delito de colusión ha sido configurado como un delito especial propio, donde solo aquellos sujetos que posean las cualidades objetivas requeridas por el tipo penal pueden cometer el hecho delictuoso[37]. La edificación de esta forma del tipo penal tiene como fundamento la cercanía que mantienen los funcionarios con el objeto del delito, que para el presente estudio sería la proximidad al Estado mediante la participación en los contratos públicos. Por tanto, en principio, solo el funcionario en razón de su cargo (*intraneus*) será autor del delito en estudio. Así, lo ha entendido la jurisprudencia peruana: «Sujeto activo. Pueden ser autores de este delito los funcionarios o servidores públicos que en razón de su cargo intervengan en las contrataciones o adquisiciones estatales»[38].

No obstante, dada la connotación especial del delito de colusión como un *delito convergente* también, de *lege ferenda*, debería ser autor el particular interesado[39], quien deberá encontrarse inmerso en el proceso administrativo

---

(37) Véase a MUÑOZ CONDE, F. (2001: 503), quien señala: «Nos encontramos ante delitos especiales, lo que supone que sujeto activo de estos delitos solo puede ser la persona que además de realizar la acción típica tenga las cualidades exigidas en el tipo». MARTÍNEZ ARRIERA, A. (2007: 3014); DEMETRIO CRESPO, E. (2002: 187).

(38) *Vid.* Recurso de Nulidad N.° 2543-2013-Ancash, de fecha 12 de diciembre de 2014.

(39) De esta posición, al señalar al funcionario y al particular interesado como codelincuentes. RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J. (2009: 1264). Igualmente, señala que la nue-

dirigido al contrato público. En caso no tenga dicha cualidad, no estaríamos propiamente en el delito de colusión, pues no existiría en la concertación la idoneidad necesaria para su configuración; ya que no se puede hablar de colusión cuando se concierta para que gane una empresa que no participa del proceso administrativo, dicha conducta estaría inmersa en el ámbito del derecho administrativo sancionador. No obstante, de acuerdo con la redacción actual del CP, el particular interesado responderá como cómplice primario por la importancia de su conducta; concertar para la configuración del hecho delictivo, es decir, sin su aporte, no se podría configurar el delito de colusión.

Por otro lado, respecto de terceros que carecen de los elementos especiales del tipo (*extraneus*) a lo más serán partícipes (inductores, cómplice primario o secundario), por más que para el tercero sea un funcionario o tenga el dominio del hecho en la comisión del delito de colusión, puesto que no pesa sobre él el deber especial, que emana de la posición social que ocupa el funcionario a cargo del proceso de contratación pública[40]. En tal sentido, a diferencia de lo establecido por la Casación, consideramos que sí existe la posibilidad de la participación en el delito de colusión.

Por lo tanto, solo pueden ser autores del delito en estudio los funcionarios que posean tal estatus y que además tenga, por razón de su cargo, que participar en el proceso de contratación pública[41]; contando con la potestad de disponer sobre el desarrollo del proceso de contratación. Se tratan de sujetos con cierta capacidad para la toma de decisiones o influir en el proceso de contratación pública (informes técnicos, por ejemplo), dentro del seno de la administración *pública*. Por tanto, al realizar los comportamientos

---

va redacción introduce al particular como autor. MORILLAS CUEVA, L. (2011: 988). Con más detalles sobre nuestra posición véase MARTÍNEZ HUAMÁN, R. E. (2017: 113).

(40) *Vid.* SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J. (2001: 155), quien indica: «Los delitos consistentes en la Infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios».

(41) Así, lo decisivo no es solo la calidad de funcionario, sino el deber específico —por razón de su cargo—, que se deriva de la posición especial que ocupa en la administración pública. En este sentido, SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J. (2001: 151), al señalar: «[...] lo determinante para la autoría no es "la condición formal de funcionario", ya que si así fuera, cualquier delito cometido por quien ostenta dicha condición habría que considerarlo delito de funcionarios. Lo relevante es el deber específico de tener encomendado un cometido concreto».

descritos incumplen deberes que tienen asignados como consecuencia de su estatus en la administración pública. Por ello, por más que un tercero posea el «domino del hecho» (p. ej., un ministro o alcalde), pero carezca de los elementos exigidos por el tipo penal; es decir, no sea considerado propiamente funcionario que participe por razón de su cargo en la contratación pública, tendrá que ser sancionado a lo más como partícipe del delito, lo cual no impide que pueda ser sancionado con la misma pena (*quantum*) que el autor, conforme a los artículos 24 y 25 del CP, ello con base en la unidad del título de imputación[42].

Así, la concertación no puede ser cometida por cualquier persona, ya que el tipo penal describe quiénes son los únicos que pueden cometer el delito: el funcionario y el particular interesado. Cabe señalar que la imputación penal en el delito de colusión no se fundamenta en la estructura del tipo penal como delito especial propio, sino en la infracción de deberes que pesan sobre el funcionario por su esfera de competencia en la administración pública asumidas libremente (competencia institucional). Como lo manifiesta Caro John[43], los delitos especiales están basados en condicionamientos formales establecidos por el legislador, en tanto que los fundamentos de punibilidad son los delitos de dominio y/o delitos de infracción de un deber. Así, pueden existir delitos especiales que tengan como criterio de imputación el dominio del hecho (p. ej., el delito de bigamia, art. 139 del CP) y delitos comunes que tienen como fundamento la infracción de un deber especial (p. ej., el delito de omisión de auxilio a persona en peligro, art. 127 del CP). Esta diferenciación básica es trascendental para establecer de forma coherente las imputaciones penales en el delito de colusión[44].

A fin de reforzar lo señalado anteriormente, es pertinente apuntar que en el derecho penal existen dos criterios de imputación de conductas; por un lado, se encuentran los delitos de dominio, referidos a la infracción del deber general de no lesionar las esferas de libertad de terceros, y que es resumido en el ya famoso mandato hegeliano: «se persona y respeta a los

---

(42) De la posibilidad de sancionar a terceros como partícipes en delitos de infracción de deber a través de la teoría de la unidad del título de imputación. *Vid.* GÁLVEZ VILLEGAS, T.A. (2017: 150 y ss.).

(43) *Vid.* CARO JOHN, J. A. (2004: 64).

(44) En este sentido, CARO JOHN, J. A. (2004: 60).

demás como persona»[45] y, por otro lado, los delitos de infracción de deber especial, relacionados con el deber institucional de no lesionar o dejar que lesionen el bien puesto a custodia de la persona, sobre todo, el deber de fomentar la relación con dicho bien[46] (deberes en virtud de una responsabilidad institucional). Aquí encontramos los deberes derivados de la relación paterno-filial, confianza especial, relaciones estatales de poder, etc.[47], los cuales, por la posición social que *asumen*, tienen determinados deberes especiales[48]. Desprendiéndose que la diferencia entre los delitos de dominio y los delitos de infracción de un deber especial se derivan de la base o estructura social asumida por la configuración penal correspondiente, por lo que el funcionario cometerá el delito de colusión, no por un dominio del hecho, sino por la infracción de deber especial, como ya la jurisprudencia peruana lo ha establecido:

> [...] El delito de colusión desleal [...] no es un delito de dominio o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber; integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando obligado así a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas referidas a su rol especial incurre en una responsabilidad penal de corte institucional[49].

---

(45) JAKOBS, G. (2000: 32).

(46) CARO JOHN, J. A. (2004: 60). Así también, por todos, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, al señalar: «En la responsabilidad por organización se imputan consecuencias de la propia organización; en la responsabilidad en virtud de un(a) institución, por su parte, existe responsabilidad como corolario de la previa existencia de un mundo en común entre bien jurídico y autor» (2002: 38).

(47) Sobre los instituciones especiales, *Vid.* JAKOBS, G. (1997:994).

(48) No se nace con el estatus, sino que estos son en inicio mediante la libertad, asumidos por las personas.

(49) *Vid.* Recurso de Nulidad N.° 4564-2007-Piura, de fecha 26 de marzo de 2008.

De lo antes señalado, se colige que tanto el funcionario público como el tercero interesado cuentan con determinados elementos especiales exigidos por el tipo penal (delitos especiales). Empero, los criterios de imputación penal por el desarrollo de la conducta de concertación es distinta, en el funcionario pesa un deber especial derivado de la posición en la que se encuentra[50], en tanto que en el particular interesado nos encontramos ante el criterio de dominio del hecho; puesto que en él no pesa un deber especial, sino el deber genérico de no dañar y, para el contexto en el que se encuentra, es el de no afectar las expectativas que pesan sobre él como participante de un proceso administrativo de contratación pública. Esto ya ha sido asumido por la Corte Suprema de Justicia del Perú; así, tenemos que el Recurso de Nulidad N.° 4564-2007, de fecha 26 de marzo de 2008, estableció sobre el delito de colusión que es: «[...] un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiendo al rol especial de funcionario o servidor público».

Cabe indicar que se debe partir de que cada funcionario es responsable del ámbito de competencia que tiene dentro del proceso de contratación pública, por ende, sus deberes le son atribuidos dependiendo del ámbito específico donde se desarrolle. Por ello, por ejemplo, el secretario de actas del comité de selección tiene como competencia verificar la entrega de los documentos pertinentes por parte de las empresas participantes, mas no sobre la decisión que tomen los miembros del comité de conceder el contrato público a una empresa que no cumplió con los requisitos de las bases —técnicas o económicas— del concurso público. La idea sería entonces que cada espacio de la administración pública enmarca competencias específicas que generan ámbitos de responsabilidad diferentes[51]. Así, para el caso de la colusión, los secretarios, los asesores legales, los vocales y el presidente del comité de selección tienen distintos niveles de actuación y poder de decisión, por ende distintos ámbitos de responsabilidad; por eso por más que el secretario pueda tener poder de realizar observaciones a la presentación de documentos

(50) En contra, considerando como criterio de imputación material en el funcionario es el dominio del hecho. MONTOYA VIVANCO, Y. (2008: 98).

(51) En un sentido similar, llevado al campo de organizaciones empresariales, FEIJÓO SÁNCHEZ, B. (2007: 305).

por parte de las empresas participantes, no lo tiene para otorgar la buena pro, competencia que corresponde al comité de selección. Empero, el comité de selección puede adjudicar el contrato público a una empresa que no cuente con requisitos pertinentes, al ignorar la inobservancia realizada por secretario, quien concertó con el tercero interesado, resultando como único responsable el secretario del comité. El secretario al omitir levantar la observación pertinente, pues de su parcela de competencia nace la obligación (*deber*) de hacer las observaciones convenientes; ha infringido su deber en virtud de su competencia institucional.

Una vez establecidos los criterios materiales de imputación, podemos señalar que para el caso del funcionario solo se admite —por su configuración como delito de infracción de deber especial— la autoría directa[52]; empero, no la autoría mediata o coautoría[53]. Ello es así debido a que en los delitos de infracción de deber la posición del sujeto —funcionario, para nuestro caso— es asumida de forma libre y específica por él; siendo que los deberes que nacen de esa posición le incumben solo al mismo.

En lo que respecta a la participación, y conforme a lo señalado anteriormente, sí cabe responsabilidad de un tercero como partícipe. En el caso del funcionario, donde nos encontramos en la comisión del delito mediante infracción de deberes especiales; cabe la posibilidad de participación[54], por más que sobre el tercero no pesa ningún deber especial, ello con base en que el tercero direcciona su actuar a la colaboración del delito de colusión (una adhesión inequívoca al injusto típico del funcionario público)[55], y no en otro delito (p. ej., administración desleal). Asimismo, al encontrarnos en un delito

---

(52) En contra, al señalar que cabe la coautoría en el supuesto de que los funcionarios cuenten con una idéntica vinculación funcional. PAZ PANDURO, M. N. y DE FÁTIMA ROSAS RUIZ, J. (2006: 171).

(53) CARO JOHN, J. A. quien indica: «[...] en los delitos de infracción de deber tampoco son posibles las modalidades de autoría delictiva conocidas como coautoría y autoría mediata» (2004: 70). SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. (2002: 202).

(54) En el mismo sentido, PARIONA ARANA, R. (2017:116 y ss.).

(55) Así lo menciona GARCÍA CAVERO, P. (2008:53). Quien indica: «Cabe igualmente la posibilidad de sancionar como partícipe del delito especial al particular siempre que pueda afirmarse una adhesión inequívoca al injusto típico del funcionario público. Se trataría de una participación sustentada no en la infracción de una competencia institucional, sino en una competencia por organización especialmente reprochable».

de infracción de deber, el tercero extraño siempre será partícipe del delito, por más que tenga un dominio sobre el hecho[56]; pues —como ya se ha indicado— el fundamento de imputación en la infracción de deberes especiales es personalísimo. Esta posición ya ha sido establecida por la misma Corte Suprema de Justicia, en el Acuerdo Plenario N.° 2-2011/CJ-116, al indicar: «El *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del extraneus no constituye una categoría autónoma de coejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal [...]; serán partícipes los que sin infringir el deber formen parte del hecho referido a la acción del infractor del deber —el hecho punible está unido esencialmente al autor y constituye una imputación única—». En conclusión, sobre este punto, sí cabe la posibilidad de complicidad e instigación en el delito de colusión.

Por otra parte, en cuanto al particular interesado, teniendo en cuenta que de *lege lata* no es autor, solo cómplice primario, no cabría la participación (cómplice o instigador) de un tercero a su favor, generando —a nuestro parecer— vacíos de impunidad. Por ejemplo, si un tercero determina al partícipe necesario a concertarse con el funcionario para obtener ilícitamente la buena pro de un contrato público, no será pasible de la sanción penal correspondiente en grado de inducción. Reiteramos que en el Perú la doctrina mayoritaria establece que al no estar tipificado de forma expresa en el tipo penal la autoría del particular interesado; este ya no podría ser autor, sino partícipe *extraneus* el delito de colusión cometido únicamente por el funcionario[57]. Solución que no compartimos al no captar el injusto del delito en su conjunto: *concertación*. Elemento que no depende únicamente del actuar del funcionario, sino también del particular interesado. De tal forma que nos encontramos

---

(56) En ese sentido, señala DE LA CUESTA AGUADO, P. M. señala: «Para la teoría de los delitos de infracción de deber, la autoría, al fundamentarse en una estructura diferente a los delitos en los que prima el dominio del hecho, permitirá la consideración de coautor a quienes infrinjan conjuntamente un deber conjunto, de forma que aunque sea el extraneus quien tenga el dominio del hecho en un supuesto concreto, no podría ser autor» (2013: 190).

(57) Así señala GARCÍA CAVERO, Percy. *Op. cit.*, p. 52. «Respecto del particular interesado que contrata con el estado, la jurisprudencia es relativamente uniforme al admitir la teoría de la unidad de título de imputación, castigándolo como partícipe extraneus con el marco penal previsto para el delito de colusión desleal (R. N. N.° 124-2005-Áncash)».

ante una concertación, un acuerdo de dos sujetos que con su conducta envían un solo mensaje a la sociedad de no conducirse por las reglas del procedimiento administrativo, sino de obtener directamente un contrato público.

En relación con lo indicado, la Casación materia de análisis señala que nos encontramos en la colusión ante un delito de participación necesaria, no especificando si se trata de un delito de convergencia o de encuentro. Sobre ello, consideramos que la estructura del tipo penal de colusión es la de un delito de participación necesaria[58]; es decir, la participación de dos partes en una suerte de contrato donde se «compra y vende» la función pública[59]. Al respecto —y son pocos los autores que han tomado posición de forma clara— tenemos el inconveniente de establecer si nos encontramos —en la clasificación de los delitos de participación necesaria— ante un delito de convergencia o de encuentro, lo cual, sin lugar a dudas, repercute al momento de atribuir responsabilidad penal al tercero interesado.

Así, se entiende por *delito de convergencia* a la actividad conjunta de los sujetos encaminados a la configuración del hecho delictivo[60], dando la posibilidad en este tipo de delito, conforme señala G. Jakobs, a la inducción y complicidad según las reglas de la parte general[61]. Aquí los sujetos se encuentran en una igual posición con respecto de la afectación de la expectativa normativa, no dependiendo de uno, sino de la decisión conjunta para la afectación de la expectativa. Van un poco más lejos, H. Jescheck y T. Weigend, y establecen que «en virtud de la propia Ley en estos supuestos todos los intervinientes son punibles como autores, aquí no plantea [propiamente dicho] el problema de la participación necesaria».

Por otro lado, hablamos de *delito de encuentro* cuando la actividad de los intervinientes se dirige al mismo objetivo; sin embargo, el sentido del hecho delictivo lo da la conducta de un solo sujeto, el establecido en el tipo penal. Además, la intervención de los sujetos la realizan desde situaciones y acciones distintas, donde muchas veces uno de los intervinientes es sujeto

---

(58) Así, ABANTO VÁSQUEZ, M. A. al señalar que «los particulares intervinientes son partícipes necesarios». (2003: 316).

(59) *Vid.* PARIONA ARANA, R. (2012: 309).

(60) En ese sentido, JESCHECK, H. y WEIGEND, T. (2002: 751); también JAKOBS, G. (1997: 840).

(61) *Loc. cit.*

pasivo del hecho criminal[62], o lo realiza desde una posición de inferioridad con respecto del otro sujeto. En el último caso, los ejemplos comunes son los delitos de estafa, usura, delitos de abuso sexual, etc. Precisamente, en el caso de la usura, la comisión del hecho delictivo depende del usurero, quien en una posición de dominio respecto de la vulnerabilidad del sujeto que requiere del préstamo, determina el monto de la deuda y, por ende, de la comisión del hecho delictivo.

De este modo, consideramos que en el delito de colusión nos encontramos ante un delito de convergencia[63], donde la guía para la comprensión del hecho delictivo la marca el verbo rector *concertar*, pues para su configuración se requiere del aporte conjunto del funcionario y el interesado, y no un delito de encuentro, como es comprendido mayoritariamente[64]; pues el interesado no es sujeto pasivo del delito y no se encuentra en una posición vulnerable respecto del funcionario. El particular interesado no realiza un hecho con un sentido diferente del delito, sino que la conducta de ambos forman una unidad de sentido jurídico penal; todo lo contrario, por ejemplo, a la estafa, como delito de encuentro, donde el particular no encamina su actuar al del autor, para afectar su patrimonio; ya que su actuar se encuentra viciado por el engaño.

Esencialmente, encontramos que ambos sujetos —no solo el funcionario— resuelven realizar la comisión del delito de colusión, donde aportan —desde sus posiciones— hechos relevantes. Así, por ejemplo, el funcionario aportará a través de la infracción de su deber especial de custodiar los intereses del Estado (omitiendo controlar adecuadamente la documentación presentada, variando los requisitos a través de actos administrativos, etc.),

---

(62) *Vid.* JESCHECK, H. y WEIGEND, T. (2002: 751).

(63) Lo considera también como delito convergente CALDERÓN CEREZO, A. al señalar que: «Mediando acuerdo con los interesados el delito es plurisubjetivo de tipo convergente, en la medida en que las voluntades concordadas se dirigen a un mismo fin» (2005: 507). Específicamente, POLAINO NAVARRETE, M., al indicar que «la presente modalidad típica alternativa configura un tipo de delito pluripersonal convergente, que requiere la confluencia de voluntades del titular de la función pública con los terceros con quienes se concierta» (1997: 419).

(64) Considera como delito de encuentro a la colusión, en España, SÁNCHEZ TOMÁS, J. M. (2010: 481-482); CARDONA TORRES, J. (2010: 521).

y el particular aportará al hecho delictivo con el incumplimiento de la entrega de documentos o requisitos establecidos en las bases del concurso administrativo; si alguno de los dos omite realizar alguna aportación, es poco probable que puedan concretizar los acuerdos asumidos para defraudar al Estado. Dicha compresión permite llenar los vacíos de punibilidad que se dan en el delito materia de estudio, como en el caso de la complicidad o instigación al interesado.

Cabe señalar que, mediante la LO 5/2010, de fecha 22 de junio de 2010, se modificó el artículo 436 del Código Penal español, delito de fraude funcionarial(65) (colusión), regulando de forma expresa la *autoría* del particular interesado(66), imponiéndole la misma pena que al funcionario(67), a parte de otras sanciones específicas por la calidad de particular (persona natural o jurídica) como, por ejemplo, la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, o contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público, o gozar de beneficios o incentivos fiscales y de

---

(65) Artículo 436. Fraude funcionarial

La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años. Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a estos, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a cinco años.

(66) Modificación que un sector de la doctrina venía demandando. Al respecto, JAREÑO LEAL, A. (2011: 127). Hace referencia al «vuelco a la interpretación tradicional» con la nueva Ley, CARDONA TORRES, J. (2010: 521). También, MANZANARES SAMANIEGO, J. L. (2010: 1175). Por otro lado, señala MORILLAS CUEVA, L., que a efectos prácticos no varía la solución; pues, antes de la modificación el interesado también podía ser penado con la misma pena que el funcionario, por su calidad de partícipe. Posición última que no compartimos, por no captar el sentido del injusto en el delito de colusión. «Fraudes y exacciones ilegales» (2011: 988).

(67) Señala que con la nueva regulación ya el particular no podrá gozar de la posibilidad de reducción de la pena en grado del artículo 65.3. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (2012: 655).

la Seguridad Social por un tiempo de dos a cinco años. Tipos de sanción que consideramos idóneos como retribución a la conducta desplegada por los interesados en el delito de colusión. Además, dicha fórmula legislativa permite la responsabilidad a título de partícipes de aquellos sujetos que colaboren con el funcionario o con el interesado para la configuración del delito[68]. Situación que no se establecía con la anterior regulación española, en la que la doctrina mayoritaria consideraba al interesado como mero partícipe del hecho delictivo cometido por el funcionario[69].

No obstante, del otro lado, tenemos que en el Código Penal peruano no se encuentra tipificada de forma específica la autoría del particular interesado, lo cual consideramos una omisión relevante, que solo puede ser rescatada a través de la comprensión correcta del sentido normativo del tipo penal; es decir, centrándonos en la *concertación*, como un acto que solo puede realizarse a través de la aportación de dos sujetos (funcionario particular)[70] para la configuración del hecho delictivo como *unidad de sentido*. Solo de esta forma se puede entender el desvalor del injusto penal, que la sociedad considera inadmisible en la interrelación intersubjetiva, y específicamente en la administración pública vinculada a contratos administrativos o civiles.

3.6. Intervención en las fases de la contratación pública: ¿intervención directa e indirecta?

Como último punto de análisis, tenemos que en la parte final de la Casación se llegan a excluir responsabilidad penal de los procesados por el delito de colusión, fundamentando que los hechos imputados no encajan en la configuración típica del delito de colusión. Así, señala: «Debe recordarse que este tipo penal solo puede ser ejecutado por el funcionario público que

---

(68) *Vid.* SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. al señalar: «Aquellos que siendo interesados en el «negocio» no hayan participado en esa forma, sino induciendo a cualquiera de ellos [funcionario o interesado], podrán ser responsables de cualquiera de las dos modalidades previstas en las que hayan participado» (2011: 536). SÁNCHEZ TOMÁS, J. M. (2010: 481).

(69) Sigue considerando aún como único autor al funcionario, a nuestro criterio erróneamente, MARTÍNEZ MORA, G. (2011: 629).

(70) En el mismo sentido, y señalando que la tipificación de la colusión se encuentra construido de forma similar a los delitos de cohecho, véase a PARIONA ARANA, R. (2012: 309)

en razón de su cargo o de su comisión especial interviene en la operación defraudatoria [...] más aún si se debe apuntar que las acciones imputadas al recurrente son posteriores a la emisión de las bases o a la firma del contrato su adenda —acciones que conforme a la acusación serían manifestaciones de un acuerdo colusorio—; no existiendo vinculación típica. Por lo que corresponde su absolución por delito de colusión». Asimismo, se tiene: «Vigésimo sétimo: Conforme a la resolución cuestionada el recurrente Girón Gómez habría incurrido en el delito de colusión agravada, a título de autor, en la medida en que fue el gerente de Asesoría Legal del municipio, y su intervención fue fundamental para la concesión de la Adenda al contrato de ejecución, pues emitió el informe N.° 1139/2011-MDC-GAJ, del 15 de diciembre de 2011, que fue el sustento para la suscripción de la Adenda que permitía el adelanto a la empresa H&B. Vigésimo octavo: el accionar que se imputa al recurrente no se subsume en el tipo penal de colusión, pues el imputado ostentaba un cargo mediante el cual no se podía intervenir en una contratación pública». Además, señala que el coordinador de obra, que fue contratado mediante consultoría emitiendo un informe donde opina que corresponde efectuar el pago por concepto de adelante para la compra de materiales; sin embargo, señala la Casación que solo podrá ser cómplice el particular que concierta con el funcionario público para defraudar o *defraudare* al Estado, así teniendo en cuenta que la conducta señalada no es la de concertar ilícitamente con el funcionario público, no generaría una conducta típica.

Sobre los puntos señalado, debemos indicar que la participación en el delito de colusión puede efectuarse en cualquiera de las fases de la actividad contractual del Estado, fases que —como señala Castro Cuenca[71]— pueden tener los siguientes aspectos: «En la fase de formación de la voluntad de la administración se manipula la demanda pública (aspecto interno de la corrupción), en el proceso precontractual se distorsionan los mecanismos de adjudicación (aspecto adjetivo de la corrupción) y finalmente el proceso culmina con la ineficacia en la ejecución del contrato (aspecto material del contrato)».

Conforme al panorama de las fases de la actividad de la contratación pública, el sujeto activo no es solo el funcionario o servidor público que decide la adjudicación del contrato administrativo (la buena pro), sino todo aquel

(71) *Vid.* CASTRO CUENCA, C. G. (2012: 179). Igualmente, JAREÑO LEAL, A. (2011: 124).

que tenga relación directa o indirecta con la contratación pública a través de sus actividades funcionariales[72]. Así, por ejemplo, es sujeto activo aquel funcionario o servidor público encargado de emitir un informe sobre el establecimiento de las bases (requisitos) administrativas o expediente técnico del concurso para la contratación pública, que se concierta con el particular interesado para redireccionar las bases administrativas o el funcionario encargado de supervisar el cumplimiento del contrato público por parte del particular de acuerdo con lo establecido en las cláusulas del contrato, quien, previa concertación con el interesado, da el visto bueno del cumplimiento de la ejecución contractual cuando en realidad no es así.

Se puede observar que lo relevante en el establecimiento del sujeto activo no es la calidad de funcionario o servidor público en sí, sino la competencia que vincule al funcionario con el objeto material del delito, el cual es la actividad administrativa vinculada con el contrato público, de tal forma que pueda vincular al Estado. Por ende, aquellos funcionarios que tengan posibilidad material de intervenir en contratos administrativos, mas no forma parte de sus atribuciones, no serán sujetos activos; sino *extraneus* del mismo.

Por más que un tercero posea el *domino del hecho*, pero carezca de los elementos exigidos por el tipo penal; es decir, no sea considerado propiamente funcionario que intervenga *por razón de su cargo*, tendrá que ser sancionado a lo más como partícipe del delito (cómplice o instigador). Al respecto, tenemos que la legislación peruana hace referencia, para la configuración del delito, a la intervención directa o indirecta del funcionario. Comprendemos que cuando se hace mención al término directa o indirectamente se quiere señalar que el funcionario puede participar en el acto contractual a través de informes o consultas, y no necesariamente a través de la decisión final de elegir a la persona con quien se va a realizar el contrato administrativo o civil, como es el caso de los comités de selección; con ello se solucionarían los vacíos de punibilidad que se dejaban a través de una interpretación restrictiva de funcionario o servidores públicos y su relación con el proceso de contratación, resultando así autores los secretarios de actas de los comité de selección, los servidores públicos que emiten informes técnicos, etc.

---

(72) Del mismo parecer, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Ed.), Al señalar: «[...] se acepta que su intervención tenga lugar por medio de otros actos (informes, peritajes, calificaciones, etc.)» (2011: 536).

Por ello, no compartimos la interpretación de considerar el elemento típico *directa o indirectamente* como la posibilidad de que el funcionario actúe personalmente o por intermedio de una persona[73] en un sentido de autor mediato; interpretación de sentido naturalístico (fenomenológico) que despojaría de relevancia a dicho elemento especial del tipo, pues nada impedía —hasta antes de la introducción de los citados elementos al tipo penal— al actor judicial usar los criterios de la parte general referidos a la autoría y participación en los supuestos de realizar —por intermedio de un tercero— la concertación ilícita. Reiteramos sobre este punto que la introducción del elemento *directa e indirectamente* amplía el radio de actuación para aquellos actos que se encuentran vinculados con el proceso de contratación pública en cualquiera de sus fases de desarrollo (informes, supervisiones, etc.), el cual tuvo como finalidad no limitar el ámbito del delito de colusión a la fase del otorgamiento de la buena pro en el proceso de contratación pública.

De esta manera, consideramos que sobre lo resuelto por la Casación, en el sentido de que al no participar directamente en la contratación pública no podría intervenir en el delito de colusión. Al respecto, como se ha señalado, con la inclusión del término *directa* e *indirectamente*, se establece que puede ser autor aquel sujeto que a través de su aporte, y con la competencia debida, influya en el proceso de contratación pública, producto del acuerdo ilícito —en cualquiera de sus fases— hasta la misma ejecución del contrato, donde se pueden incluir las adendas respectivas, la conformidad del servicio, etc. Asimismo, reiteramos que conforme lo desarrollado en el apartado anterior sí existe la posibilidad de complicidad en el delito de colusión, bajo el presupuesto del aporte para la configuración del ilícito penal.

IV. CONCLUSIÓN

Consideramos que la Casación materia de análisis, en los puntos referentes sobre la doctrina jurisprudencial vinculante, sin lugar a dudas, resulta pertinente en casi todos sus extremos; sin embargo, en el presente trabajo, se han querido aportar mayores elementos para contar con una compresión conjunta de los elementos necesarios para establecer la configuración del delito de colusión (simple o agravada).

---

(73) Así lo entiende en el Perú SALINAS SICCHA, R. Al señalar que «el agente debe actuar directa o indirectamente (por intermedio de otra u otras personas)» (2011:130).

Por otro lado, sobre otros puntos desarrollado por la Casación, como el caso de la participación necesaria, complicidad, papel del tercero interesado, el bien jurídico específico, entre otros. El presente trabajo trata de aportar un análisis crítico sobre los elementos del delito de colusión indicado en la Casación, a fin de salvaguardar los posibles vacíos de impunidad que podrían surgir.

V. BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Los Delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*. 2.ª ed. Lima: Palestra Editores, 2003.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Ara editores, 2004.

CACIAGLI, Mario. Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada. Evidencias empíricas y propuestas teóricas a partir de los casos italianos. *Cuadernos y debates N.° 60*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

CALDERÓN CEREZO, Ángel. En CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Delitos contra la Administración pública. Manual de Derecho Penal*. Tomo II. Madrid: Deusto Jurídico, 2005.

CARDONA TORRES, J. *Derecho penal parte especial*. Barcelona: J. M. Bosch, 2010.

CARO JOHN, José Antonio. Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. En *Anuario de Derecho penal*. Ed. Lima: PUCP, 2004.

CARO JOHN, José Antonio. Imputación subjetiva y conocimientos especiales. En *Normativismo e imputación jurídico-penal*. Lima: Ara ed., 2010.

CARO JOHN, José Antonio. La autoría delictiva de funcionario público. *Ius Puniendi. Sistema integral*. Año I, Vol. 2. Lima: Ideas solución editorial, 2015.

CASTRO CUENCA, C. G. (Ed.). *La tipificación de la corrupción en la contratación pública en Europa. Poder y delito: Escándalos Financieros y Políticos*. Salamanca: Ratio Legis, 2012.

CASTRO MORENO, Abraham. *Fraudes contractuales y exacciones ilegales. Adaptado a la LO 5/2010, de 22 de junio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

CATALÁN SENDER, Jesús. Nuevos perfiles del delito de fraude funcionarial en el Código Penal de 1995. *Actualidad Penal*, 1998, N.° 4.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. Sujetos y autores en los delitos de funcionarios: Dos reflexiones teóricas con incidencia práctica. En *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*. FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo (Dir.). Oviedo: Editorial Constitutio Criminalis Carolina, 2013.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Corrupción y delitos contra la Administración pública. En *Fraude y corrupción en la administración pública*. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos & AA. VV. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2002.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y AA. VV. *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística. Un estudio de la Costa del Sol*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas. En *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*. Lima: IDEMSA, 2007.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *El delito de enriquecimiento ilícito*. Lima: Instituto Pacífico, 2017.

GARCÍA CAVERO, Percy. Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal. En *El delito de colusión*. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis. Lima: Grijley, 2008.

INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. *Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal*. Lima: PUCP, 2014.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un derecho penal funcional. En *Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal*. Lima: Palestra, 2002.

JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*. Madrid: Ed. Iustel, 2011.

JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. 5.ª ed. Granada: Ed. Comares, 2002.

KINDHÄUSER, Urs. Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán. *Revista de Política criminal*, 2007, N.° 3. Recuperado de http://www.politicacriminal.cl.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L. *Código penal. II. Parte especial*. Granada: Comares, 2010.

MARTÍNEZ ARRIERA, Andrés. Delitos contra la Administración pública. En *Comentarios al Código Penal*. Tomo IV. CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO TOURÓN & AA. VV. Barcelona: Bosch, 2007.

MARTÍNEZ HUAMÁN, R. E. El bien jurídico penalmente protegido en el delito de colusión. *Revista de Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.° 79. Lima: Gaceta Jurídica, 2016.

MARTÍNEZ HUAMÁN, R. E. El delito de colusión: consideraciones sobre los sujetos intervinientes en el delito. *Revista de Gaceta Penal & Procesal Penal*, 2017, N.° 96. Lima: Gaceta Jurídica.

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. Corrupción en el Perú: ¿Es la contratación pública el ámbito donde más se desarrolla la corrupción? En *Estudios de Política criminal y Derecho penal. Actuales tendencias*. GASPAR CHIRINOS, Ángel y MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. Lima: Gaceta jurídica, 2015.

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. Sistema de sanciones penales en el ordenamiento jurídico peruano. Análisis comparativo con España. En *Derecho penal y penitenciario. Nuevos desafíos del sistema penal en el siglo XXI. Libro homenaje al Prof. Dr. D. German Small Arana*. Lima: Ideas solución editorial, 2015.

MARTÍNEZ MORA, Gema. *Fraudes Ilegales*. En AMADEO GADEA, Sergio (Coord.). *Código Penal. Parte Especial*. T. II. V. II. Madrid: Factum Libri Ediciones S. L., 2011.

MAYER LUX, Laura. El patrimonio del estado como objeto de protección penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXIX*. 2.º semestre. Valparaíso: PUCV, 2007.

MEINI MÉNDEZ, I. (Ed.). *El marco normativo internacional anticorrupción. La Lucha contra la Corrupción en el Perú. El Modelo Peruano: La Experiencia de las Procuradurías Anticorrupción*. Lima: MINJUS, 2012.

MONTOYA VIVANCO, Yván. Aspectos relevantes del delito de colusión tipificado en el artículo 384 del Código penal peruano. *Revista Actualidad Penal*. T. 171. Lima: Gaceta Jurídica, 2008.

MORILLAS CUEVA, L. (Ed.). *Fraudes y exacciones ilegales. Sistema de Derecho penal español parte especial*. Madrid: Dykinson, 2011.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Fraudes y exacciones ilegales. En MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coord.). *Sistema de Derecho penal español parte especial*. Madrid: Dykinson, 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*. 13.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Ed.). *Delitos contra la Administración Pública. El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*. Madrid: La Ley, 2012.

PARIONA ARANA, Raúl. El Marco Normativo Nacional Anticorrupción. Estado actual y propuesta para su consolidación. En SIMON, Jan-Michael & RAMÍREZ, William (Coord.). *La Lucha contra la Corrupción en el Perú. El Modelo Peruano: La Experiencia de las Procuradurías Anticorrupción*. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos & GIZ, 2012.

PARIONA ARANA, Raúl. *El Delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017.

PAZ PANDURO, Moisés N. y DE FÁTIMA ROSAS RUIZ, Juana. Acerca del momento consumativo y la participación en el delito de colusión desleal. En *Normas Legales*. T. 364, vol. 2. Lima: Gaceta Jurídica, 2006.

POLAINO NAVARRETE, M. (Ed.). *Fraudes y exacciones ilegales. Curso de Derecho penal español*. PE. Tomo II. Madrid: Marcial Pons, 1997.

POZZOLO, Susanna. Notas al Margen para una Historia del Neoconstitucionalismo. En *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*. Lima: Palestra editores, 2011.

PRIETO DEL PINO, Ana María. Aspectos criminológicos y político-criminales de la corrupción urbanística. Un estudio de la Costa del Sol. En *Cuadernos penales José María Lidón*, N.° 5. Corrupción y Urbanismo. OLAIZOLA NOGALES Inés & AA. VV. Bilbao: Universidad de Deusto, 2008.

REAÑO PESCHIERA, J. L. Los delitos de corrupción de Funcionarios: una Visión crítica a partir del caso Montesinos. Especial referencia a la calidad del interesado en el tráfico de influencias: ¿comprador de humo, víctima o partícipe? *Revista Ius et Veritas*, N.° 23, año XII. Lima: PUCP, 2001.

RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, Joaquín. Fraudes y Exacciones ilegales. En *Código Penal. Comentado y con jurisprudencia*. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (Dir.). Madrid: La Ley, 2009.

ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración pública*. 4.ª ed. Lima: Grijley, 2007.

SALAS, Luis. La normativa y el papel del Ministerio Público y la Contraloría en la lucha contra la corrupción en la América Latina. En *La reforma de la justicia penal (Estudio en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*. Castello de la Plana: Universitat Jaume I, 1997.

SALINAS SICCHA, Ramiro. Delito de colusión según la Ley N.° 29758. *Revista Gaceta penal y procesal penal*. T. 29. Lima: Gaceta jurídica, 2011.

SÁNCHEZ TOMÁS, J. M. (Ed.). *Fraudes y exacciones ilegales. Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons, 2002.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal*. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María & SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. Lima: Grijley, 2001.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Ed.). *Fraudes y exacciones ilegales. Manual de derecho Penal*. T. II. PE. 6.ª ed. Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2011.

VÁSQUEZ GONZÁLES, Carlos. Extensión y tendencias de los delitos de corrupción. Fiabilidad de los instrumentos de medición de la corrupción. *Revista de Derecho penal y Criminología*, N.° 6. Madrid: UNED, 2011.

VEGA LLAPAPASCA, Rafael. El delito de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones: Cuando se utilizan cañones para matar hormigas. *Actualidad Penal*, V. 23. Lima: Instituto Pacifico, 2016.

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José Carlos. ¿Es el derecho penal efectivo para controlar la corrupción? En *Libro Homenaje al profesor José Hurtado Pozo. El penalista de dos mundos*. Lima: Idemsa, 2013.

EL TIPO PENAL DE COLUSIÓN

El elemento de contextualización y la probanza de la concertación y perjuicio patrimonial(*)

Paul Mendoza Vaez(**)

SUMARIO: I. Cuestión previa. **II.** Tipo objetivo. 1.2. Objeto de protección. 2.2. Sujeto activo. 2.3. Comportamiento típico. 2.4. Elemento de contextualización: el ámbito de las adquisiciones y contrataciones estatales. **III.** Tipo Subjetivo. **IV.** La prueba penal. 4.1. El punto de partida: Los informes de la Contraloría General de la República y su naturaleza en el proceso penal. **V.** La prueba de la concertación. 5.1. La prueba indiciaria. **VI.** La prueba del perjuicio. **VII.** Conclusiones. **VIII.** Bibliografía.

I. CUESTIÓN PREVIA

El fenómeno de la corrupción, en nuestros días, se ha extendido en todos los ámbitos en los cuales existe un vínculo interrelacional de personas, en que una de ellas ostente cierto poder de decisión, de ahí que una primera idea que se tenga de la corrupción es el uso de poderes que tiene el ser humano, con el objeto de obtener beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales con detrimento de instituciones valiosas, se traten estas de sociales, familiares, religiosas, públicas, entre otras.

La corrupción se encuentra ahí donde existan cuotas de poder, por ello, puede darse tanto en el sector público como privado, lo que genera que este fenómeno sea altamente complejo. Dada la gran discrecionalidad y el alto po-

---

(*) Artículo publicado en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.° 101, 2017.

(**) Asociado en Cortez, Massa & Bello Abogados. Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal, con especialización en Cumplimiento Penal Normativo por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente, cursa estudios en el máster en Cumplimiento Normativo en materia penal por la Universidad de Castilla, La Mancha (España).

der de decisión que ostentan determinados funcionarios y servidores públicos —en adelante, sujeto público— en el ámbito de las contrataciones o adquisiciones estatales, de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier otra operación a cargo del Estado, muchas de sus conductas se encuentran amañadas por actos de corrupción, acuerdos ilícitos, intereses indebidos, etc., los mismos que tienden a perjudicar al Estado. Los delitos más comunes en este ámbito de actuación son los de colusión, negociación incompatible y cohecho.

El tipo penal de colusión es uno de los delitos contra la Administración pública que mayor incidencia ha tenido en el ordenamiento jurídico peruano, dada la dinámica subrepticia con la que generalmente se comete; en muchas ocasiones no se dejan pruebas directas ni indicios que permitan desenmarañar los acuerdos colusorios que se tejen en este escenario. En la legislación nacional, a lo largo de su regulación, este tipo penal ha sufrido una serie de modificaciones que han repercutido en su objeto de probanza como en los efectos jurídicos que de ella se deprenden; no obstante, la estructura típica que fundamenta el núcleo del injusto penal se ha mantenido, cuanto menos, similar a la inicial redacción legal.

En los últimos años, ha sido abundante la emisión de ejecutorias supremas que resuelven casos de colusión, estos pronunciamientos son muy importantes dado que alguno de ellos tienen la calidad de doctrina jurisprudencial vinculante, tal como la Casación N.° 661-2016-Piura de fecha 11 de julio de 2017, en la que se desarrolla la estructura típica de la colusión en sus modalidades básica y agravada, así como el aspecto probatorio de sus elementos típicos. En el presente trabajo, desarrollaremos algunos puntos problemáticos de este tipo penal.

II. TIPO OBJETIVO

El tipo penal de colusión previsto y sancionado en el art. 384 del CP, conforme a la última modificación introducida por el Decreto Legislativo N.° 1243 de fecha 22 de octubre de 2016, regula dos modalidades de Colusión —simple y agravada—, con el siguiente tenor:

> **Artículo 384.** ***Colusión simple y agravada***
>
> El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras

o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

2.1. Objeto de protección

En los delitos contra la Administración pública, de los cuales la colusión forma parte, en primer orden, se discute sobre la protección de un bien jurídico general, cual es el correcto y regular funcionamiento de la Administración Pública. Para Montoya Vivanco, el bien jurídico «correcto y regular funcionamiento de la administración pública» debe ser entendido como la objetiva, legal y prestacional administración o gestión del conjunto de bienes y servicios que el Estado utiliza para el cumplimiento de sus fines constitucionales[1]. Por su parte, Frisancho Aparicio sostiene que de manera genérica, se tutela penalmente el normal, correcto y transparente ejercicio de la función pública de acuerdo con el deber y, al mismo tiempo, el interés del Estado en mantener la imagen de un aparato administrativo adecuado a los principios del Estado de derecho[2]. En este punto no se tiene mayor di-

(1) MONTOYA VIVANCO, Iván. *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, p. 36.

(2) FRISANCHO APARICIO, Manuel. *La corrupción en las contrataciones del Estado. Un análisis del Delito de colusión y Negociación Incompatible*. Lima: Pacifico Editores, 2015, p. 25.

gresión en sostener como bien jurídico general al correcto funcionamiento de la Administración pública.

En segundo orden, se discute sobre la protección del bien jurídico específico, siendo este el punto neurálgico que genera discrepancia, pues no existe opinión unánime en la doctrina nacional sobre los alcances de este objeto de protección. Sobre este punto existen distintas posturas, algunas sostienen que el bien jurídico es uno solo, mientras que otro sector considera que se trata de un tipo penal pluriofensivo.

Una primera opinión la esboza Castillo Alva, en el marco de la anterior regulación del tipo penal de colusión, estima que el bien jurídico protegido específicamente es el patrimonio del Estado, que se produce a partir de la «tutela de la contratación administrativa, u otros modos de contratación [civil, laboral, comercial, etc.] de naturaleza económica», en la que se proscribe toda forma de concertación, acuerdo previo o conjunción de voluntades que suponga la defraudación [perjuicio] al Estado(3).

Para Guimaray Mori, el bien jurídico protegido es la asignación eficiente de los recursos administrados por el Estado, cuando este actúa como agente económico del mercado —parte contractual, usuario, concedente, etcétera— se buscará que este asigne eficientemente sus recursos no solo por lo escaso de los mismos, sino principalmente, porque de esta forma se salvaguarda la objetividad, imparcialidad y prestacionalidad de la gestión pública de la que se trate. El momento de protección tiene que ver con el proceso de utilización, gasto, inversión o asignación de los recursos; no así con el resultado económico, social o político de dicho proceso(4).

Por otro lado, Abanto Vásquez considera que la tutela penal es múltiple y que el objeto del bien jurídico directamente atacado aquí tiene evidentemente un contenido patrimonial. Es decir, se atenta contra el patrimonio administrado por la Administración pública en cuanto a lo que ella debería obtener como contraprestación del particular que contrata con el Estado. También, interesa proteger la legalidad del ejercicio funcional. Y, por último,

---

(3) CASTILLO ALVA, José Luis y GARCIA CAVERO, Percy. *El delito de colusión*. Lima: Editorial Grijley, 2008, p. 79.

(4) GUIMARAY MORI, Erick. Sobre la captura del regulador y el injusto penal de colusión. *Themis*, Revista de Derecho, N.° 68. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016, p. 133.

como la colusión del funcionario usualmente tendrá por motivación un soborno, también se quiere mantener el carácter público de la función[5].

En el mismo orden, Salinas Siccha refiere que el bien jurídico protegido específico o particular es la regularidad, el prestigio y los intereses patrimoniales de la administración pública, expresados en la idoneidad y celo profesional en el cumplimiento de las obligaciones funcionales por parte de los funcionarios o servidores públicos[6].

Del mismo parecer Pariona Arana, para quien los bienes jurídicos específicos son la legalidad, la probidad, la lealtad y la imparcialidad con las que los funcionarios o servidores públicos deben representar los intereses del Estado en el ejercicio de sus funciones públicas. También lo es el patrimonio administrado por el Estado[7].

Por otra parte, enfocándolo desde la óptica de la delincuencia económica, García Cavero entiende que el bien jurídico protegido es el deber especial atribuido a los funcionarios públicos por la institución del Estado; la relación normativa que concretamente da sentido a la protección de los intereses patrimoniales del Estado es el deber positivo del funcionario público que interviene, por razón de su cargo, en una operación estatal, de resguardar los intereses de su representada. Ese deber es infringido de manera penalmente relevante si el funcionario público se concierta con la otra parte en la relación negocial para defraudar al Estado[8].

En la misma línea, Salazar Sánchez sostiene que el objeto de protección del injusto penal de colusión ilegal —en cualquiera de sus modalidades— no es el patrimonio del Estado en sí mismo, sino el correcto cumplimiento del deber especial positivo respecto de los procesos de contratación, adquisición, concesión, etc[9].

---

(5) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. 2.ª ed. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 309.

(6) SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 3.ª ed. Lima: Editorial Grijley, 2014, p. 265.

(7) PARIONA ARANA, Raúl. *El delito de Colusión*. Lima: Pacifico Editores, 2016, p. 25.

(8) GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico*. Parte Especial. Volumen II. 2.ª ed. Lima: Pacífico Editores, 2015, p. 1093.

(9) SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. La intervención delictiva en el delito de colusión, a propósito de una sentencia judicial. Un análisis crítico. *Actualidad Penal*, N.° 30, 2016, p. 134.

De modo similar, partiendo desde una posición funcional-normativista, Martínez Huamán considera que se protege con el tipo penal de colusión una expectativa básica para el desenvolvimiento de toda la sociedad, la expectativa de conducta que los intervinientes (funcionario y particular) en el proceso administrativo de contratación pública no abusarán de las facultades que les son conferidas por su posición para concertarse ilícitamente, con la finalidad de defraudar al Estado[10].

Como puede observarse, la doctrina no es pacífica en determinar cuál es el bien jurídico específico en la colusión. Por nuestra parte, consideramos que, en estricto, la función primordial del derecho penal es proteger expectativas normativas y no bienes jurídicos. Dado que en la mayoría de veces el derecho penal actúa cuando un bien jurídico ya ha sido afectado, no puede atribuírsele como función principal una misión para la cual está destinada a fracasar. El bien jurídico, entendido como el interés o valor ético-social de un sistema social, nos sirve en tanto nos oriente y nos dé la pauta para clasificar la diversidad de tipos penales y, en definitiva, el derecho penal los protege en tanto esté a su alcance hacerlo; pero debe quedar claro que esta no es su función principal.

Como consecuencia de las distintas modificatorias que ha sufrido el tipo penal de colusión, y su final desglosamiento en una modalidad básica y otra agravada, consideramos correcta la posición que afirma que el objeto de protección está referido a la expectativa normativa de que no deberán quedar impune los comportamientos de los intervinientes. Por un lado, el sujeto público no deberá infringir sus deberes funcionariales y no abusará de su cargo concertándose con los interesados en las adquisiciones y contrataciones estatales a fin de perjudicar al Estado; por otro lado, el particular no infringirá el deber general de no participar en un acto defraudatorio hacia el Estado. Esta expectativa es el objeto de protección tanto en la modalidad básica como agravada de la colusión; no obstante, si logra generarse un perjuicio patrimonial al Estado, se configurará la modalidad agravada; siendo así, el patrimonio estatal es un punto de referencia que nos permitirá diferenciar entre la modalidad básica y agravada de la colusión.

---

(10) MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. El bien jurídico penalmente protegido en el delito de colusión. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.° 79, 2016, p. 109.

A nuestro entender, este es el objeto de protección, toda vez que para que se configure el delito de colusión básico ya no es necesario que se ocasione un perjuicio patrimonial al Estado, sino que el fundamento de incriminación radica en la infracción de los deberes institucionales, mientras que para la configuración de la colusión agravada debe necesariamente generarse un detrimento en el patrimonio estatal, siendo este último un objeto de protección adicional.

2.2. Sujeto activo

En cuanto al sujeto activo, solo puede ser autor del delito el funcionario o servidor público (sujeto público), por lo que aquellas personas que no ostenten esta calidad no podrán ser autores de este delito. El tipo penal de colusión tanto en su modalidad simple como agravada exige una importante restricción: la de valga la redundancia, exigir que el sujeto público se encuentre autorizado para participar en los contratos, en el negocio o, en general, en los actos jurídicos patrimoniales que interesan a la Administración pública. Esta autorización que valida la relación funcionarial específica tiene su origen en la ley en sentido formal, el reglamento, los actos administrativos, los actos jurisdiccionales, el manual de organización de operación y funciones de una determinada institución pública, que determine que un funcionario o servidor público ejercite determinadas atribuciones.(11).

La norma penal engloba también al sujeto público que interviene de manera directa o indirecta en la contratación pública, de lo que se infiere que puede ser autor de este delito aquella persona que recibe formalmente la comisión para negociar (fundamentalmente en contrataciones que requieren una alta especialización técnica), esto es, el mandato especial que la organización pública o el funcionario autorizado le encomienda esa función(12). En efecto, el agente que tiene competencia para participar en las contrataciones y adquisiciones públicas puede por sí mismo participar en la concertación con los particulares interesados

(11) BENAVENTE CHORRES, Hesbert y CALDERÓN VALDERDE, Leonardo. *Delitos de corrupción de funcionarios*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2012, p. 147.

(12) ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2015, pp. 193-194.

o también hacer que otra persona (allegado a él, se entiende) participe en la concertación con el objetivo de sacar provecho patrimonial de los contratos y adquisiciones que realice[13].

Queda claro que los funcionarios públicos competentes originariamente mantienen su deber de control y supervisión, por lo que en caso de colusión de sus delegados con los interesados responderán penalmente en la medida y proporción de la infracción de sus deberes de control y supervisión. Similar será la responsabilidad de los órganos de control de las entidades, que responderán por la omisión de sus deberes, igualmente, siempre en la medida de sus infracciones y no de manera automática como autores del delito de colusión[14].

El tipo penal de colusión es claro, se regula el comportamiento del sujeto público que interviene directa o indirectamente por razón de su cargo en cualquier etapa de las contrataciones estatales, esto es, solo podrá ser autor aquel sujeto público que actúa con aquellas facultades y poderes; no obstante, en la práctica judicial se han dado supuestos en que sujetos públicos que no ostentaban aquel poder de decisión han determinado a otros funcionarios a realizar la concertación ilegal con los particulares. En estos casos, aquellos no podrán responder como autores, pero nada obsta a que puedan ser sancionados a título de participación, sea como cómplices o instigadores.

Del mismo parecer son Cáceres Julca y Carrión Diaz, quienes indican que la intervención de un funcionario público sin poder de decisión sobre una determinada contratación pública puede acarrear responsabilidad, siempre y cuando sea de manera dolosa, pero ya no como autor, sino en calidad de partícipe. Dicha calidad viene supeditada en razón de que, si bien posee calidad de funcionario público, no tiene el deber específico de actuación (poder de decisión) sobre la contratación pública. De ello se deriva que el «deber» exigido al funcionario público no puede serle impuesto de manera abstracta, es decir, por el solo hecho de tener tal calidad, sino que deberá estar orientado al «poder de decisión» en el caso concreto[15].

---

(13) SALINAS SICCHA, Ramiro. *Op. cit.*, p. 277.

(14) PARIONA ARANA, Raúl. *Op. cit.*, p. 53.

(15) CÁCERES JULCA, Roberto y CARRIÓN DIAZ, Juan. *El delito de Colusión. Aspectos sustantivos y procesales*. Lima: Editorial Idemsa, 2011, p. 36.

No obstante lo afirmado, el artículo 386 del CP[16] regula una cláusula de extensión del tipo penal de colusión para los peritos, árbitros y contadores particulares respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen, y a los tutores, curadores y albaceas respecto de los pertenecientes a incapaces o testamentarias. En tal sentido, consideramos que este artículo no regula una necesaria extensión de autoría para estos profesionales, antes bien, se trata de una cláusula de extensión de imputación del tipo penal, que valga la verdad resulta innecesaria e incongruente, dado que da la malinterpretada idea de que el comportamiento de un particular podría ser pasible de ser sancionado por el delito de colusión a título de autoría; sin embargo, consideramos que esta cláusula debe ser interpretada solo para facilitar la imputación de particulares a título de participación, tarea que puede realizarse recurriendo a las reglas de la parte general, desde luego debe analizarse el caso concreto si es que un perito, arbitro contador, etc., en el marco de sus funciones, ha intervenido cuanto menos de manera indirecta en el proceso de contratación estatal de bienes y servicios.

Así, por ejemplo, si un contador particular es contratado por una entidad estatal para que altere los registros contables de una empresa postora en una contratación pública para favorecerla en la obtención de la buena pro, entonces, su comportamiento sería pasible de configurar un delito de colusión en cuanto se haya actuado de manera dolosa. Por el contrario, si la función del contador privado se enmarca dentro de los límites de legalidad que regulan dicha función, la consecuencia será la imposibilidad de extenderse un delito de colusión, como puede advertirse, a estas conclusiones puede llegarse haciendo una adecuada aplicación de la teoría de la imputación objetiva.

Por otro lado, mediante la dación de la ley N.° 30124, de fecha 13 de diciembre de 2013, se modificó el art. 425 del C. P., en cuyo inciso tercero se establece que son funcionarios o servidores públicos «todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta

(16) **Artículo 386. Responsabilidad de peritos, árbitros y contadores particulares.** Las disposiciones de los artículos 384 y 385 son aplicables a los peritos, árbitros y contadores particulares respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición interviene, y a los tutores, curadores y albaceas respecto de los pertenecientes a incapaces o testamentarías.

comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos».

Es decir, se ha vuelto a la idea de que dichas personas que ocupan cargos gerenciales dentro de una actividad empresarial privada, sin embargo, realizan objetivos «públicos», en el cual el gran beneficiario es la población en general, donde el Estado tiene una cuota de acciones dentro de una empresa, el legislador penal ha creído conveniente de cara a la vigencia de intereses político-criminales asignarle una cualidad especial («funcionarios» o «servidores públicos») dentro de la conducta típica estarían realizando, por lo cual estarían cometiendo un delito en contra de la Administración pública y no contra los socios ni contra el patrimonio de la empresa privada(17).

La Corte Suprema ha recogido en una reciente ejecutoria que estos funcionarios pueden ser autores de colusión. Al respecto, se estableció que:

> QUINTO. Que, en efecto, desde una perspectiva sistemática y teleológica, el concepto de funcionario público, como se anotó, comprende a toda aquella persona que ejerce una función estatal en los marcos de los servicios públicos que el Estado desarrolla en la comunidad. Esa noción, mucho más amplia que la del Derecho Administrativo, debe seguir a la de Administración Pública con relación a la tutela penal. Por ello, cuando la norma vigente en el momento de los hechos imputados hizo referencia a «entidades u organismos del Estado», más allá de que la Ley N.° 27713 en referencia, modificó la norma anterior —norma originaria— que expresamente hacía referencia a las «empresas del Estado o sociedades de economía mixta», imponía una interpretación que permitiera entender a toda institución, entidad u organismo público, en el que el Estado desarrolla sus actividades y servicios públicos, en los marcos de la ley, desde la que, sin duda alguna, era inevitable comprender a la actividad empresarial del Estado [...](18).

Entonces, los funcionarios o servidores de las empresas estatales y los de sociedades de economía mixta ejercen realmente función pública. Ellos

(17) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Op. cit.*, p. 1148.

(18) Corte Suprema, Cas. N.° 634-2015-Lima, 28 de junio del 2016.

manejan y disponen de patrimonio público o comprometen dicho patrimonio en negociaciones con empresas privadas. Tanto un funcionario estatal como uno de empresa pública pueden por igual cometer un cohecho o una colusión desleal, por mencionar dos ejemplos[19].

2.3. Comportamiento típico

El comportamiento típico en el delito de colusión encuentra su núcleo esencial en la concertación entre el sujeto público y el particular interesado en las contrataciones estatales. A partir de este elemento objetivo, puede desencadenarse un peligro de afectación al patrimonio estatal, en cuyo supuesto se habrá configurado la modalidad básica o puede generarse una afectación efectiva al patrimonio estatal, en cuyo supuesto estaremos en la modalidad agravada de la colusión. Es por ello que al delito de colusión se le considera un delito de encuentro, es decir, necesariamente debe existir la participación de un sujeto público y un particular, de lo contrario, no se configuraría el tipo penal.

La concertación del sujeto público con los interesados es el elemento más importante del tipo penal porque si no se da esta, no se configurará ningún supuesto de colusión. En esencia, la concertación o acuerdo ilícito implica un amplio margen de pactos ilícitos, en evidente perjuicio de los intereses estatales. La concertación será ilícita siempre que vulnere los principios institucionales que rigen el correcto ejercicio de la función pública en materia de contrataciones públicas: la libre concurrencia y competencia, la imparcialidad, publicidad y trasparencia. La contravención de estos principios significa el alejamiento de los sujetos públicos de la defensa de los intereses públicos que le han sido confiados[20].

Asimismo, desde el filtro del principio de fragmentariedad tampoco se trata de castigar cualquier tipo de concertación, sino que esta debe cumplir con el requisito de idoneidad; es decir, únicamente las que buscan defraudar y perjudicar económicamente al Estado, ya sea, por lo general, porque se paga más por un producto de una determinada calidad o porque se paga un precio determinado por un bien de menor calidad, habiendo concierto entre las partes, existiendo todo un abanico de posibilidades en las cuales puede

---

(19) ALCÓCER POVIS, Eduardo. Concepto de funcionario público. Comentarios a propósito de la ley N.° 30124. En *Boletín N.° 42 del Estudio Oré Guardia Abogados*, 2014, p. 30.

(20) PARIONA ARANA, Raúl. *Op. cit.*, pp. 46-47.

realizarse estas confabulaciones perjudiciales para el Estado. Para Pariona Arana, muestra de la concertación ilícita son, por ejemplo, la «sobrevaloración injustificada», la existencia de «documentos falsos», entre otros, que involucra el negocio de condiciones desventajosas para el Estado y, por ende, beneficiosas para el interesado(21).

Una de las consecuencias de la imputación objetiva es que los conciertos colusorios estén orientados a la creación de un riesgo prohibido, por tanto, tales actuaciones deben ser aptas; es decir, idóneas, eficaces, para defraudar al patrimonio público. No basta con la sola relación causal entre acción (concertación) y resultado (perjuicio al patrimonio del Estado). Por ello, es una exigencia necesaria que la concertación sea previa a toda defraudación, manteniendo más que un nexo de causalidad, una relación que pueda ser imputada a los intervinientes por la creación de un riesgo prohibido en el suceso típico(22).

En cuanto a las características de la concertación, la doctrina nacional señala que esta será ocasionalmente subrepticia, pero siempre defraudatoria. En tal sentido, para considerarse subrepticia tiene que haberse desarrollado de manera clandestina, y para ser defraudatoria la actuación de un funcionario público en la celebración o ejecución de un contrato con un particular resulta necesario que acuerde con el particular la imposición de condiciones contractuales menos ventajosas para el Estado de las que se podría haber alcanzado en ese momento mediante una labor de negociación(23).

Por nuestra parte, creemos que si bien en la mayoría de casos la concertación se realiza de manera clandestina u oculta, esta característica no es necesaria que se dé, de igual manera existirá una concertación que configure el tipo penal si es que esta se realiza de manera descubierta, patente o evidente, por lo que la característica principal de la concertación no es el carácter oculto, sino el carácter defraudatorio e idóneo para afectar al correcto funcionamiento de la Administración pública.

---

(21) *Loc. cit.*

(22) CÁCERES JULCA, Roberto y CARRIÓN DIAZ, Juan. *Op. cit.*, pp. 32-33.

(23) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Op. cit.*, p. 408. En el mismo sentido, García Cavero señala que lo decisivo es que esta concertación excluya toda negociación entre las partes de la operación (el Estado y el particular), de manera tal que se establecen deliberadamente condiciones que benefician al particular en detrimento de los intereses patrimoniales del Estado. *Vid.* GARCÍA CAVERO, Percy. *Op. cit.*, p. 1103.

Del mismo parecer es Pariona Arana, quien refiere que el delito de colusión no hace referencia a la clandestinidad ni mucho menos la considera elemento del tipo. Lo contrario supondría que determinados casos donde la concertación no se realiza de forma clandestina o deja de serlo en el trascurso de la acción, deriven en conductas contradictorias con el tipo penal, incluso atípicas en la configuración del delito. Esta forma de interpretación vaciaría de contenido la norma penal, pues esta solo exige la concertación del funcionario con el interesado, pudiéndose materializar esta conducta prohibida en un contexto clandestino o no[24].

Por otro lado, la existencia de una concertación colusoria debe ser manifiesta, por lo que las meras omisiones o deficiencias en las que puede incurrir un funcionario público en una contratación, en estricto, no configura el elemento de concertación[25]. En efecto, la concertación que se teje debe ser de manera expresa y de un sentido inequívocamente defraudatorio para el Estado, por lo que un supuesto en el que un sujeto público incurra en un desliz o descuido en sus funciones, y producto de esto se beneficia a un determinado postor, aquello no podrá considerarse un acuerdo ilícito, sino a lo mucho un incumplimiento funcionarial.

De lo anterior surge una cuestión a tratar sobre la posibilidad de que pueda darse una concertación de manera omisiva. Al respecto, la doctrina mayoritaria concuerda en que esta solo puede darse mediante comisión; así, Abanto Vásquez señala que la concertación solo puede realizarse de manera comisiva. No es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante omisión. La omisión de denunciar actos ilegales de un funcionario colega no es, por sí misma, una concertación; aquí es posible un delito de abuso de autoridad omisivo (art. 377). Pero ese silencio podría constituir un acto concluyente positivo (dejar dolosamente que el otro funcionario realice las actividades ilícitas), en ese caso ya no habrá omisión, sino comisión[26].

Aun así, en un supuesto caso de pluralidad de intervinientes. De hecho, en la colusión es común que sean varios funcionarios quienes intervienen en la concertación, se den algunas omisiones funcionariales. Como

---

(24) PARIONA ARANA, Raúl. *Op. cit.*, p. 48.

(25) Para García Cavero, el funcionario público omitente podrá ser hecho responsable por omisión de denuncia u omisión de deberes funcionariales, pero no por un delito de colusión desleal. *Vid.* GARCÍA CAVERO, Percy. *Op. cit.*, p. 1108.

(26) ABANTO VASQUEZ, Manuel. *Op. cit.*, p. 311.

veremos más adelante, la manera de iniciar la actividad probatoria de la concertación es a través de la constatación de una serie de infracciones administrativas que a manera de prueba indiciaria pueden generar la convicción de que se ha cometido la colusión. Se verifica con ello que algunas de estas circunstancias, analizadas de modo aislado, cabrían ser calificadas como meras omisiones, claro está, que el punto aquí tratado constituye un aspecto procesal (acreditación) que no incide en el aspecto material (tipicidad) del delito, cuya consumación implica cuando menos la verificación indiciaria (que podría descansar en una serie de omisiones) de la sucedencia de un comportamiento comisivo[27].

Para la configuración de la modalidad agravada de la colusión, además de la concertación, es necesaria la defraudación hacia el Estado, la cual se traduce en la generación de un perjuicio efectivo al patrimonio estatal. Defraudare o timar al Estado significa engaño al interés público y, como consecuencia de ello, un efectivo perjuicio patrimonial al erario público. El agente público actúa asumiendo roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado, y como efecto inmediato los perjudica. Aquí, para efectos de tipicidad es irrelevante si finalmente el agente obtiene o no provecho patrimonial[28].

Para Rojas Vargas, la defraudación, en tanto lesión a los intereses patrimoniales del Estado o ente estatal, constituye el dato objetivo del delito, que trasciende y concreta el simple engaño a la preparación de la defraudación. Este dato objetivo debe ser verificable y comprobado a través de las respectivas pericias o informes técnicos[29].

En la colusión simple se habla del perjuicio potencial, el cual debe ser entendida como la generación de un peligro concreto de perjuicio; es decir, que en el caso concreto se han presentado todos los factores para la materialización del perjuicio, pero este no se ha producido por razones fortuitas[30], mientras que en la colusión agravada se habla del perjuicio efectivo al Estado.

---

(27) DIAZ LAZO, David César. Comisión por omisión en los delitos de peculado y colusión desleal. *Actualidad Penal*, N.° *14*. Lima: Pacífico Editores, 2015, p. 217.

(28) SALINAS SICCHA, Ramiro. *Op. cit.*, 264.

(29) ROJAS VARGAS, Fidel. *Op. cit.*, p. 210.

(30) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Op. cit.*, p. 422.

En resumen, si no existe un perjuicio efectivo, a lo mucho podría discutirse sobre la existencia de un delito de colusión simple. Una reciente ejecutoria suprema ha reconocido esta diferencia, en la que se ha establecido lo siguiente:

> DÉCIMO QUINTO: Así, la colusión simple se consuma con la sola concertación, sin necesidad de que la administración pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario, pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como propósito defraudar. Mientras que para configurarse la colusión agravada es necesario que mediante concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal(31).

Si bien, tanto en la modalidad básica como en la agravada no se utiliza expresamente el término «perjuicio», sino más bien «para defraudar» —en la modalidad básica— y «defraudare patrimonialmente» —en la modalidad agravada—. Existe consenso en interpretar estos términos como la finalidad de generar un perjuicio, o la generación efectiva de un perjuicio patrimonial al estado; no obstante, para que la norma sea más clara y no dé lugar a dudas, consideramos que de *lege ferenda* debería modificarse el tipo penal y utilizarse el término «perjuicio patrimonial».

2.4. Elemento de contextualización: el ámbito de las adquisiciones y contrataciones estatales

Se ha descrito en qué consiste el comportamiento típico del delito de colusión básica y agravada, pero a efectos de que se configure este tipo penal, es menester que estos comportamientos se den dentro de un contexto situacional. Al respecto, la propia regulación del artículo 384 del CP señala que la concertación debe darse en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, según ley.

(31) Corte Suprema, Cas. N.° 661-2016-Piura, 11 de julio de 2017.

La doctrina remarca con razón que los únicos contratos o convenios que se encuentran amparados en cuanto a tutela penal por el delito de colusión ilegal son los contratos administrativos o civiles que suscribe la entidad estatal, pero que poseen naturaleza eminentemente patrimonial o económica. Por tal razón, debe quedar claro que los convenios que carecen de contenido económico o patrimonial por parte del Estado no integran la tipicidad del delito de colusión[32].

De esta forma, para conocer cuáles son las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, es menester remitirnos a la Ley N.° 30225 (Nueva Ley de Contrataciones del Estado), publicada el 11 de julio del 2014 en el diario oficial *El Peruano*, la cual derogó a la anterior Ley de Contrataciones del Estado Decreto Legislativo N.° 1017. La nueva regulación de contrataciones del Estado regula siete modalidades de contratación, las cuales son las siguientes:

- Licitación pública y concurso público.
- Adjudicación simplificada.
- Selección de consultores individuales.
- Comparación de precios.
- Subasta inversa electrónica.
- Contrataciones directas.
- Métodos especiales de contratación.

El tipo penal de colusión en su modalidad básica establece que la concertación podrá darse en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación estatal, es decir, el acuerdo colusorio es perfectamente configurable en las etapas previas a la contratación estatal, así como en fase de selección de la misma e incluso en la fase de ejecución y posterior liquidación del contrato público.

En cuanto a la modalidad agravada de la colusión, solo se hace referencia a que la concertación podrá darse en las contrataciones y adquisiciones estatales, es decir, no se hace referencia a que pueda darse en cualquier etapa de las contrataciones y adquisiciones. No obstante, es común en la

(32) CASTILLO ALVA, Luis. *Op. cit.*, p. 161.

doctrina y jurisprudencia nacional interpretar que la colusión agravada también puede desarrollarse en cualquier etapa de las contrataciones y adquisiciones estatales. A pesar de todo ello, consideramos que debería homologarse el tipo penal en sus modalidades básica y agravada para que en ambas se regule de manera expresa el mismo ámbito de contextualización en el que puede darse la concertación.

En relación con la etapa previa de contratación o actos preparatorios es dable si el funcionario lleva a cabo la decisión de adquirir apartándose de los objetivos o resultados que quiere conseguir la entidad, ya no estableciendo «requisitos» o «características» arbitrarias e irracionales del producto, obra o servicio, sino requiriendo compras que sabe innecesarias o perecibles, la vulneración del bien jurídico penal Administración pública se produce. Si esta decisión responde a concertaciones previas con los proveedores o contratistas, nos encontraríamos ante el delito de colusión simple[33]; en esta etapa previa a la contratación, los supuestos donde mayormente se dan los acuerdos colusorios son en la designación del Comité Especial y en la elaboración de las bases de selección.

La concertación ilegal puede darse en la etapa de actos preparatorios, a través del ya conocido en la jurisprudencia, direccionamiento de los requerimientos legales para la contratación pública, que no es otra cosa que favorecer de manera subrepticia a un determinado postor inclinando los requerimientos de la institución en su favor, con el propósito que así obtenga la buena pro en el proceso de selección[34].

También, puede darse la concertación durante la etapa de selección; en este nivel se puede dar el acuerdo en las distintas etapas de contratación, tales como en la convocatoria, registro de participantes, formulación y absolución de consultas, integración de bases, etc. *V. gr.*, cuando el Comité especial dolosamente ocasiona que la convocatoria sea declarada desierta para favorecer a un proveedor o contratista (para darle tiempo o perjudicar a algunos de sus competidores); asimismo, se puede dar el caso de que la absolución de las observaciones no se fundamente o sustente bien, y esto propicie la elevación de la observación, retrasando el proceso de selección innecesariamente, o cuando la actividad del Comité Especial que, de manera dolosa, evalúa las

(33) FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Op. cit.*, p. 188.

(34) PARIONA ARANA, Raúl. *Op. cit.*, p. 76.

propuestas técnicas y económicas asignándoles puntajes no de acuerdo con los factores y criterios establecidos en las Bases, así como la documentación que se haya presentado para acreditarlos, de igual forma cuando el Comité Especial, de manera concertada con uno de los postores, evalúa su propuesta económica sin que la propuesta técnica haya alcanzado el puntaje mínimo necesario fijado en las bases(35).

En el ámbito de los actos de concertación ilegal, la etapa de selección es donde se ha presentado mayores índices de acuerdos colusorios con la finalidad de defraudar al Estado. Durante la etapa de selección, el propósito de los interesados es concertar con los miembros del Comité Especial a fin de ser beneficiados con la entrega de la buena pro, ya que de esa manera pueden acceder a los recursos del Estado, los cuales les serán entregados en forma de adelantos o pagos parciales(36).

En relación con la etapa de ejecución de contratación estatal es dable, por ejemplo, cuando el sujeto público —previa concertación con el interesado— celebra el contrato de manera extemporánea o cuando lo celebran existiendo una causal de nulidad. Por otro lado, también puede darse cuando el funcionario encargado de verificar el cumplimiento de la prestación por parte del proveedor o contratista comprueba que este ha incumplido la obligación y, pese a ello, ordena el pago al área de tesorería, o también cuando el funcionario haya pasado por alto el incumplimiento de la obligación de subsanar las observaciones formuladas al otorgar el documento de recepción y conformidad(37).

Asimismo, en la etapa de ejecución contractual se ubica la fase de liquidación del contrato público. De acuerdo con el anexo único del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado-D. S. N.° 350-2015-EF, la liquidación del contrato es el «cálculo técnico efectuado, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene como finalidad determinar el costo total del contrato y su saldo económico».

Existen dos clases de liquidación, la primera se da luego de que el contratista ha culminado y entregado la obra a la entidad pública con su respec-

---

(35) FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Op. cit.*, pp. 195 y ss.

(36) PARIONA ARANA, Raúl. *Op. cit.*, p. 76.

(37) FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Op. cit.*, pp. 206 y ss.

tiva conformidad. En este supuesto, la liquidación se lleva a cabo cuando aún existe un vínculo contractual entre la entidad pública y el particular.

En consecuencia, si las partes deciden acudir a un procedimiento de conciliación o a un tribunal arbitral a fin de resolver las controversias existentes sobre la liquidación final, esta fase de determinación aún formaría parte de la etapa de ejecución del contrato de obra, la cual subsiste en el tiempo, al no haber sido resuelto por incumplimiento ni por ninguna otra causal. En este escenario, por ende, sería posible la comisión del delito de colusión, ya que la fase de liquidación —ventilada en un procedimiento conciliatorio o arbitral— constituiría, tal como lo exige el artículo 384 del CP, una «etapa de la contratación pública»[38].

La segunda clase de liquidación se da luego de que el contrato entre la entidad estatal y el particular ya ha sido resuelto en función de un incumplimiento de las obligaciones principales, es decir, la liquidación se da ante un inexistente vínculo contractual. En definitiva, si es que no hay relación contractual vigente entre la entidad y el contratista, no puede cometerse el delito de colusión. Si el contrato público se ha disuelto debido a su resolución por incumplimiento, habrá desaparecido el contexto fáctico normativo o presupuesto típico exigido por el citado delito, expresado en el artículo 384 del CP con la frase «en cualquier etapa de las modalidades de contratación pública»[39].

Tal como señala Salazar Sánchez, la configuración del delito de colusión ilegal es imposible cuando ya no existe vínculo contractual, sea por que este ha sido cumplido a cabalidad, sea porque este se ha extinguido como consecuencia de una resolución de contrato, la cual conforme a la Ley de Contrataciones del Estado y al Reglamente de esta, procede en caso de incumplimiento por razones de «fuerza mayor» o de «caso fortuito», o cuando la causa de incumplimiento es atribuible a una de las partes[40].

En estas condiciones, el procedimiento arbitral, no será un ámbito en el que sea posible la comisión de un delito de colusión. Si el particular y el

---

(38) REVILLA LLAZA, Percy Enrique. El delito de colusión en la fase de liquidación del contrato público: el caso de la resolución contractual por incumplimiento. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.° 90. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2016, p. 176

(39) Ibídem, p. 174.

(40) SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. *Op. cit.*, p. 144.

funcionario realizan acuerdos defraudatorios al Estado para que aquel reciba un monto indebido de liquidación, incluso, en connivencia con los árbitros, podrá configurarse un ilícito administrativo, pero —considerando las exigencias normativas del tipo penal de colusión— no un ilícito penal[41].

Este ámbito situacional de las distintas etapas del contrato estatal en el que puede darse la concertación ha sido reconocido por la jurisprudencia nacional emitida por la Corte Suprema que ha expresado lo siguiente:

> Noveno: [...] Que la intervención de Paz García no fue posdelictiva, pues el concierto en los marcos de una contratación pública se puede producir durante todo el procedimiento de adquisición, que implica el acto de la toma de la decisión para adquirir determinados bienes, el acto de adquisición y celebración del contrato, el acto de consolidación de la misma, el acto de entrega y de control de lo adquirido y, finalmente, el acto de validación o confirmación de lo adquirido y ulterior pago final del producto; el ámbito de actuación es extenso y en cualquiera de esas fases de la contratación pública puede producirse el concierto punible [...][42].

Además de poder concretarse una concertación en las distintas modalidades de contratación estatal, el artículo 384 del CP abarca también como contexto situacional a las concesiones, las cuales pueden entenderse como una forma de prestación indirecta de los servicios públicos; es decir, supone que la labor de satisfacción de necesidades individuales de importancia colectiva no sea cumplida por una entidad estatal (vía administración directa o a través de empresas estatales), sino por personas a quienes el Estado contractualmente extiende el desarrollo de dichas actividades[43].

Aun cuando el contrato de concesión no está regulado en la Ley de Contrataciones Estatales, de igual manera puede configurarse el delito de colusión en este contexto, toda vez que posee el denominador común con las

---

(41) REVILLA LLAZA, Percy Enrique. *Op. cit.*, p. 169.

(42) Corte Suprema, R. N. N.° 1527-2016-Del Santa, 5 de diciembre del 2016.

(43) ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Concesión Administrativa e iniciativa privada. *Themis Revista de Derecho* N.° 39, 1998, p. 101.

anteriores modalidades de contratación estatal, la cual es el carácter negocial y económico que puede tejerse entre el Estado y un particular.

Como último supuesto, el artículo 384 abarca también a «cualquier operación a cargo del Estado»; esto lógicamente se trata de un cláusula abierta que permite que se dé un acuerdo colusorio en aquellas operaciones que no estén reguladas en la ley de contratación estatal y que tampoco sean concesiones, pero que de alguna manera deben contener el carácter negocial y económico que puede tejerse entre el Estado y un particular.

En la anterior regulación del tipo penal de colusión, se hacía referencia a «cualquier otra operación semejante»; sobre esta base, Castillo Alva refiere que esta referencia debe interpretarse sobre la base de los diversos negocios jurídicos en los que el Estado interviene como agente económico para la compraventa de bienes o la intermediación de servicios[44].

Cuando el Estado licita la compra de bienes (computadores, cámaras de vigilancia, vehículos, etcétera), cuando realiza un concurso público para la contratación personal, concesiona la explotación de alguno de sus recursos naturales o licita la construcción de determinada infraestructura de desarrollo social —hospital, carreteras, colegios, etcétera—. Su papel como regulador se manifiesta en dos momentos: (i) momento *ex ante*, en el cual la búsqueda de la eficiencia asignativa, a efectos penales, se torna en un bien jurídico protegido, y (ii) una vez elegido el agente del mercado, el deber de regulación recae sobre la función misma de control y sanción respecto de la actuación del proveedor, concesionario o constructor elegido (por citar algunos ejemplos). Entonces, en esta descripción, proteger al regulador es el fundamento último de punición en el delito de colusión[45].

Se ha discutido si cabe incluir en el ámbito de aplicación de delito de colusión los casos en los que el Estado no es el adquiriente de un bien o servicio, sino, más bien, el proveedor de los bienes o el que suministra el servicio a los particulares. Si estas operaciones tienen un componente negocial, no habrá problema alguno para aplicar el delito de colusión desleal al funcionario público que por haberse coludido con el particular deja de favorecer los intereses estatales de carácter patrimonial[46].

---

(44) CASTILLO ALVA, José Luis. *Op. cit.*, p. 171.

(45) GUIMARAY MORI, Erick. *Op. cit.*, p. 136.

(46) GARCÍA CAVERO, Percy. *Op. cit.*, p. 1097.

III. TIPO SUBJETIVO

En cuanto al aspecto subjetivo, este delito es eminentemente doloso, lo cual implica, que el sujeto público y los interesados hayan actuado teniendo conocimiento de que están concertándose en perjuicio del Estado.

Sobre el concepto de dolo, nos adherimos a lo expuesto por el profesor Ragués I. Valles, quien enseña que existe dolo cuando, a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico atribuyéndole la concreta capacidad de realizar un tipo penal(47).

Dada nuestra adhesión a un concepto normativo de dolo, entendemos que el delito de colusión solo puede cometerse a título de dolo directo, esto es, con conocimiento de estar realizando los elementos del tipo objetivo. Esta idea la siguen incluso quienes propugnan un concepto volitivo del dolo, para quienes el delito de colusión requiere dolo directo para perfeccionar la tipicidad subjetiva, dado que el concierto para defraudar resulta impensable con dolo eventual, requiriendo en cambio voluntad preordenada a la comisión del delito(48).

En el mismo sentido, Abanto Vásquez señala que se exige dolo directo, esto se desprende de la exigencia de conocer y querer los elementos «concertar», «ilegalidad» y «fraude»; elementos todos ellos que describen claramente la intencionalidad del sujeto activo. No es elemento del tipo «el ánimo de lucro» propio o ajeno, aunque normalmente este estará presente en el sujeto activo y sus colaboradores

Con el dolo, se requiere que los intervinientes tengan el conocimiento cierto de que la concertación sea susceptible de causar agravio a los intereses estatales, caso contrario, si el acuerdo se da a sabiendas de que será beneficioso para el Estado, la modalidad básica no se configurara. No obstante, en este delito es intrascendente si el sujeto público o el particular actúan con un ánimo lucrativo o económico, si bien, en la mayoría de veces es este el móvil que orienta los comportamientos de concertación no se valora esta condición a efectos de realizar una imputación subjetiva.

---

(47) RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Editorial Bosch, 1999, p. 521.

(48) ROJAS VARGAS, Fidel, *Op. cit.*, p. 205.

IV. LA PRUEBA PENAL

La única forma de alcanzar la certeza sobre la comisión de un hecho delictivo es a través de su verificación o demostración con suficientes medios probatorios, al mismo tiempo que la prueba también nos permite demostrar la falsedad de una imputación, de ahí que la actividad probatoria sea de vital importancia, al punto de afirmar que lo que no se prueba no existe para el derecho penal.

La verdad se alcanza con la prueba, esta es, entonces, la demostración de una afirmación o de la existencia de un hecho o de una cosa. La prueba es una actividad de sentido lógico y de uso común y general; es la forma natural de demostración de la verdad de una afirmación(49). Neyra Flores señala que prueba es todo aquello que tiene el mérito suficiente y necesario para que en su calidad de medio, elemento o actividad pueda formar en el Juez la certeza de haber alcanzado la verdad concreta que se produjo durante el proceso y de este único modo desvirtuar la presunción de inocencia(50).

En el delito de colusión, así como en cualquier otro, es necesario poder demostrar de manera fehaciente la configuración de todos sus elementos típicos para poder atribuir responsabilidad penal, ya sea al sujeto público como al particular. Por mandato constitucional, el deber de probar los hechos recae en quien tenga la titularidad de la acción penal y realiza la imputación de los hechos, esto según las reglas del proceso penal de conformidad con el Código Procesal Penal del 2004 —en adelante CPP 04—; este deber de probar los cargos que se imputa recae en el Ministerio Público para aquellos casos donde se ejerce la acción penal pública.

En relación con qué es lo que el Ministerio Público debe probar en el delito de colusión, la doctrina y jurisprudencia acuerdan que, básicamente, debe demostrarse la concurrencia de todos los elementos del tipo penal, esto es, la concertación para la modalidad básica y, además, el perjuicio económico para la modalidad agravada, así como el dolo en ambas modalidades

En este estadio, le corresponde al Ministerio Público demostrar el elemento concertación y perjuicio efectivo para que se configure la modalidad

---

(49) SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *El nuevo proceso penal*. Lima: Editorial Idemsa, 2009, p. 224.

(50) NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del Nuevo Proceso Penal & Litigación Oral*. Lima: Editorial Idemsa, 2010, p. 544.

agravada de la colusión. Si solo logra demostrarse la concertación sin perjuicio efectivo, se habrá configurado la modalidad básica de la colusión, por el contrario, si no logra probarse ni el perjuicio efectivo ni la concertación, el delito de colusión no se habrá configurado, sin perjuicio de poder generarse la responsabilidad por otro delito, como podría ser la negociación incompatible. En lo consecuente, nos encargaremos de ver los criterios de probanza judicial que se ha desarrollado en cada uno de estos elementos.

4.1. El punto de partida: los informes de la Contraloría General de la República y su naturaleza en el proceso penal

Los procesos referentes a los delitos contra la Administración pública —entre ellos la colusión— pueden iniciarse a instancia de una denuncia formulada por una persona *vgr.* un particular, un procurador, etc., que pone en conocimiento al Ministerio Público sobre una posible concertación ilegal en los procesos de contratación estatal, así como iniciarse a propia instancia del representante del Ministerio Público. En este último caso, la Fiscalía puede interponer la denuncia orientada sobre indicios que ha obtenido o también por la obtención de un informe especializado elaborado por la Contraloría General de la República.

La Ley N.° 27785 (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República), en su artículo 12, refiere que la Contraloría General es el ente técnico rector del Sistema Nacional de Control, dotado de autonomía administrativa, funcional, económica y financiera, que tiene por misión dirigir y supervisar con eficiencia y eficacia el control gubernamental, orientando su accionar al fortalecimiento y transparencia de la gestión de las entidades, la promoción de valores y la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos; mientras que en el artículo 22 inciso d) de la misma ley, se faculta al procurador público de la Contraloría General, o el procurador del sector o el representante legal de la entidad examinada, disponer el inicio de las acciones legales pertinentes en forma inmediata en los casos en que en la ejecución directa de una acción de control se encuentre daño económico o presunción de ilícito penal.

Por su parte, la Ley N.° 30214, de fecha once de junio de dos mil catorce, ha incorporado el artículo 201-A al CPP 04. En su primer párrafo, se refiere que los informes técnicos especializados elaborados fuera del proceso penal por la Contraloría General de la República en el cumplimiento de sus funcio-

nes tienen la calidad de pericia institucional extraprocesal cuando hayan servido de mérito para formular denuncia penal en el caso establecido por el literal b) del inciso 2 del artículo 326 del presente Código o cuando habiendo sido elaborados en forma simultánea con la investigación preparatoria sean ofrecidos como elemento probatorio e incorporados debidamente al proceso para su contradicción.

Que el CPP 04 señale que este informe tenga la calidad de pericia institucional extraprocesal no hace sino reconocer la naturaleza de prueba preconstituida en aquellos casos en que se hayan realizado con anterioridad del inicio del proceso penal y posteriormente ser incorporados a este para su admisión y valoración. En este primer supuesto, es el informe el que da merito a formular la denuncia penal, pero el mismo CPP 04 regula también la posibilidad de que el informe se realice de manera simultánea con la investigación preparatoria, esto es, luego de haberse interpuesto la denuncia penal; en este supuesto el informe no tendrá naturaleza de prueba preconstituida.

En consecuencia, como regla general, los informes de Contraloría son elaborados con anterioridad a cualquier proceso penal de otra naturaleza en el marco de una determinada acción de control. Actualmente todavía son pocos los casos en los que la Contraloría realiza un informe a solicitud del Ministerio Público en el seno de una investigación(51).

Por ello, si durante el desarrollo de dichas funciones contraloras se detecta este tipo de conductas ilícitas, será necesario acreditarlas objetivamente, por lo menos a nivel de suficiencia de elementos de convicción —objetivos y razonables— que puedan servir para formular una denuncia penal por delito contra la Administración pública, lo cual sucederá principalmente mediante el informe técnico oficial especializado, emitido por la Contraloría. En todo caso, dicho informe técnico puede ser elaborado en forma simultánea con la investigación preparatoria y ser ofrecido como elemento probatorio, previa incorporación legítima en el proceso penal, con las garantías procesales respectivas(52).

---

(51) HERRERA GUERRERO, Mercedes. Naturaleza jurídica de los Informes de Contraloría, comentarios al art. 201-A del CPP. En *La Prueba en el Procesal Penal*. Lima. Lima: Pacífico Editores, 2015, p. 46.

(52) TOYOHAMA ARAKAKI, Miguel. El informe técnico oficial especializado de la Contraloría General de la República como prueba especial en el proceso penal. *Gaceta Penal &*

Dado el carácter pericial de los informes de Contraloría, en cuanto a su actuación dentro del proceso penal, se debe tener en cuenta lo ya establecido en el A. P. N.° 2-2007/CJ-116 de fecha 16 de noviembre del 2007, referido al valor probatorio de la pericia no ratificada, en la que se plasma la obligatoriedad de pasar por el tamiz de la contradicción a través de la concurrencia de los peritos en sede de juicio oral. No obstante, el propio A. P. establece como excepción sin mengua del contenido esencial los principios de contradicción, inmediación y publicidad, cuando el dictamen o informe pericial —que siempre debe leerse y debatirse en el acto oral— no requiere de verificaciones de fiabilidad adicionales o cuando su contenido está integrado por aportes técnicos consolidados que no solo se basan en hechos apoyados exclusivamente por la percepción de una persona —primacía del aspecto técnico sobre el fáctico perceptivo—, con lo que el derecho de defensa no se desnaturaliza ni se lesionan los principios de inmediación, contradicción y oralidad. Aplicando este criterio jurisprudencial a los informes especiales de Contraloría, puede concluirse que la presencia de un funcionario de la entidad que emitió el informe no es una *conditio sine qua non* o requisito necesario para su incorporación al proceso(53).

Sin embargo, el A. P. establece que lo expuesto precedentemente no significa que las partes no tienen derecho a solicitar la presencia de los peritos para el examen correspondiente, en consecuencia, la defensa puede cuestionar o atacar el aspecto fáctico (falsedad) o el aspecto técnico (inexactitud) del informe pericial. Para lo primero, sin duda, es indispensable la concurrencia de los peritos, pero para lo segundo basta el análisis integral del dictamen pericial y, en su caso, su refutación mediante pericia de parte.

Si las partes solicitan o requieren la concurrencia de los peritos y estos no concurren, el análisis de la eficacia procesal del informe pericial estará dado por las características del cuestionamiento formulado la necesidad objetiva del examen pericial solicitado y los recaudos de la causa. En estos casos, la regla será la pérdida de eficacia probatoria autónoma de la pericia, a menos que las objeciones de las partes —debidamente explicitadas— carezcan por entero de entidad, por ser genéricas o formularias, o por ser tardías o extemporáneas.

Procesal Penal, N.° 62. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2014, p. 38.

(53) HERRERA GUERRERO, Mercedes. *Op. cit.*, p. 47.

El segundo párrafo del artículo 201-A del CPP 04 establece que la respectiva sustentación del informe de la Contraloría y el correspondiente examen o interrogatorio se efectúa con los servidores que designe la entidad estatal autora del informe técnico. De esta redacción legal, se desprende la consecuencia de que los interrogatorios podrán ser realizados por cualquiera de los auditores que envíe la contraloría y no necesariamente por quien elaboró el informe de control en específico, dado que tales informes tienen la calidad de pericia institucional (extraprocesal)(54). No obstante, esta disposición no estará exenta de cuestionamiento, pues lesionaría el principio de originalidad de la prueba, ya que quien comparece no es el autor original de ese elemento de convicción, y con ello estaríamos frente a un riesgo de desvirtuar los hechos y llegar a conclusiones erróneas. Se trataría, en definitiva, de un elemento indirecto respecto del hecho(55).

Recapitulando, los informes de Contraloría General pueden motivar el inicio de un proceso penal. En ese caso, tienen la naturaleza de pericia institucional extraprocesal y más propiamente son prueba preconstituida; su ratificación no necesariamente debe realizarse por quien suscribió el informe; no obstante, su incorporación dentro del proceso, como toda prueba, debe pasar por el tamiz de la inmediación y contradicción en el juicio oral.

V. LA PRUEBA DE LA CONCERTACIÓN

5.1. La prueba indiciaria

Es de común conocimiento que la concertación que se teje entre el sujeto público y el particular, predominantemente tendrá un carácter subrepticio, esto es, en la mayoría de casos se realiza de manera oculta, por lo que encontrar prueba directa de la concertación —si bien, es posible— resultaría una exigencia excesiva para el Ministerio Público, es en este contexto clandestino en que la prueba indiciaria cobra mayor importancia.

En consecuencia, las decisiones colusorias no suelen ser colocadas por escrito, y si lo son se utiliza un lenguaje del que no se deriva la intenciona-

(54) BENAVENTE CHORRES, Hesbert. El combate contra la corrupción y los informes de control de la Contraloría General de la República. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.° 62. Lima: Editorial Gaceta jurídica, 2014, pp. 23-24.

(55) HERRERA GUERRERO, Mercedes. *Op. cit.*, p. 52.

lidad o la manera como ocurrieron exactamente las cosas. De este modo, se hace en la práctica muy difícil, sino imposible que se encuentre prueba directa, dígase, documentación que contenga el acuerdo, filmaciones de la negociación, declaraciones de las partes que intervinieron en el acuerdo, entre otros[56].

Por la naturaleza clandestina, oculta o disfrazada de cómo opera la dinámica comisiva del delito de colusión ilegal, la doctrina recuerda la necesidad de recurrir cada vez con más insistencia a la prueba de indicios o prueba de presunciones que parte de la acreditación de un hecho base o de una serie de datos ciertos y que determina la configuración de una inferencia con el empleo de las leyes de la lógica y la experiencia[57].

El profesor San Martín enseña que la prueba indiciaria —también llamada indirecta, circunstancial o coyuntural—sirve para establecer en el proceso penal como sucedido un hecho no directamente probado, fundado en puridad en indicios concluyentes periféricos al hecho que se quiere acreditar —que están alrededor del hecho consecuencia, que es el tipo legal sancionado—, interrelacionados y no desvirtuados por otros contraindicios o coartada[58], en tanto que para García Cavero la prueba por indicios es aquella prueba que directamente lleva al convencimiento al órgano judicial sobre la verdad de hechos periféricos o de aspectos del hecho penalmente relevante que no están directamente referidos al procesado, pero que, en atención a leyes científicas, reglas de la lógica o máximas de la experiencia, permiten tener razonablemente por cierta la intervención del procesado en el hecho penalmente relevante[59].

Ahora bien, ¿de qué manera se logra obtener la certeza mediante la prueba por indicios?, o lo que es lo mismo ¿cuál es el procedimiento para que un juez logre alcanzar la convicción en la afirmación o negación de un hecho? Este procedimiento resulta de la conjunción de los siguientes elementos: el indicio o hecho base, la conclusión, y la inferencia o nexo causal que vincula a una con la otra.

---

(56) CÁCERES JULCA, Roberto y CARRIÓN DÍAZ, Juan. *Op. cit.*, p. 259.

(57) CASTILLO ALVA, José Luis. *Op. cit.*, p. 188.

(58) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2015, pp. 598-599.

(59) GARCÍA CAVERO, Percy. *La prueba por indicios en el proceso penal*. Lima: Editorial Reforma, 2010, p. 31.

El elemento base, desde luego, es el indicio, entendido como aquel dato real, cierto, concreto, con aptitud para conducir a otro dato aún por descubrir, dato indicado por medio de una inferencia correcta vinculada con el tema *probandum*. Es un hecho del cual se infiere otro desconocido, es decir, son hechos de los cuales se infieren otros hechos(60).

El segundo elemento es la inferencia que constituye el razonamiento que se hace sobre el hecho indicador siguiendo las reglas de la lógica. Se analizan, se interpretan los indicios a efecto de llegar a conclusiones basadas en las reglas de la ciencia y de la experiencia(61); el nexo o relación causal constituye el factor fundamental en el convencimiento del juez. La fortaleza del nexo entre el indicio y el hecho presumido constituye el factor determinante del convencimiento judicial(62).

El profesor Mixán Mass enseñaba que para que la inferencia sea correcta es necesario observar escrupulosamente tanto las reglas pertinentes como los principios lógicos. De lo contrario, se incurre en falacias o paralogismos, que irremediablemente vician de invalidez la inferencia y, por tanto, se habrá perdido la fuente de conocimiento de índole indiciaria(63).

La conclusión es el hecho final que quiere probarse. En palabras de Sánchez Velarde, se trata del otro hecho, es decir, aquel hecho que se pretende probar, que se quiere descubrir y al que se llega mediante el empleo de la inferencia. Es el dato que se quiere en la investigación judicial y, sobre todo, al momento de la valoración de la prueba en conjunto(64).

Los indicios se valoran o deben valorarse de determinada manera, lo cual implica desconocer que los indicios no son más que elementos de prueba sometidos a un esquema de razonamiento lógico (presunción), en el que la premisa mayor está dada por determinada regla de las ciencias o de la experiencia, la menor, por dicho elemento de prueba (funcional-

---

(60) NEYRA FLORES, José Antonio. *Op. cit.*, p. 693.

(61) SANCHEZ VELARDE, Pablo. *Op. cit.*, p. 277.

(62) REYNA ALFARO, Luis. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Pacífico Editores, 2015, p. 474.

(63) MIXÁN MÁSS, Florencio. *Indicio. Elementos de convicción de carácter indiciario. Prueba indiciaria*. Trujillo: Ediciones BLG, 2008, p. 67.

(64) SANCHEZ VELARDE, Pablo. *Op. cit.*, p. 278.

mente entendido) y la conclusión, por la acreditación o desvirtuación de la hipótesis delictiva[65].

Solo cuando el grado de concordancia y convergencia de los indicios permita descartar razonablemente otras hipótesis alternativas podemos afirmar que la hipótesis de culpabilidad alcanza el estándar probatorio del «más allá de toda duda razonable». De lo contrario, la presunción de inocencia como regla de juicio penal, esto es, el principio *in dubio pro reo* impondría la necesaria absolución del acusado[66].

En conclusión, cuando hablamos de prueba indiciaria nos estamos refiriendo a un determinado método probatorio, esto es, a un método de acreditación de proposiciones fácticas relevantes para el juicio sobre los hechos que se lleva a cabo, una vez debidamente depuradas por el juez, mediante un razonamiento judicial de carácter referencial[67]. Así, la naturaleza específica de la prueba por indicios se debe a la aplicación de la ciencia, la técnica y la inferencia pertinente, descubriéndose su significado unívoco, metódicamente y utilizando para inferir la conclusión un razonamiento válido (correcto)[68].

Haciendo una aplicación de las reglas de la prueba indiciaria, en concreto, para el delito de colusión un solo indicio claramente resulta insuficiente para acreditar la concertación. Es por ello que debe aglomerarse un conjunto de indicios que en su plural valoración doten al juzgador la convicción de que realmente se ha realizado la concertación superando toda duda razonable.

La valoración integral de los indicios debe llevar —gracias a un raciocinio crítico— a la conclusión natural respecto de los hechos materia de prueba y, por ende, del proceso, de modo que permita al juez llegar —si es posible— al juicio de certeza sobre un contenido incriminatorio objetivado en los

---

(65) AROCENA, Gustavo A. Hacia la consideración de las pruebas como (meros) indicios y de las presunciones como (puros) esquema formales de razonamiento. *Actualidad Penal*, N.° *13*. Lima: Pacifico Editores, 2015, p. 227.

(66) MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La prueba indiciaria y el estándar «del más allá de toda duda razonable». En *La prueba en el proceso penal acusatorio, reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruano de 2004*. Lima: Jurista Editores, 2012, p. 56.

(67) MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *Op. cit.*, p. 36.

(68) MIXÁN MASS, Florencio. *Op. cit.*, p. 119.

hechos probados. Esto explica por qué la prueba indiciaria es tan garantista como la prueba directa y probablemente más, puesto que exige una mayor motivación, que actúa en realidad como un plus de garantía, que permite un mejor control del razonamiento del Tribunal(69).

De la regulación del tipo penal de colusión, tenemos que el elemento de contextualización de la concertación es aquel que se da en las diversas modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier otra operación a cargo del Estado. Este ámbito de contextualización viene regulado por las distintas normas administrativas, tales como la Ley de Contrataciones del Estado, su reglamento, etc.; esta circunstancia determina que los indicios que suelan tenerse en consideración en las investigaciones penales por delito de colusión sean aquellas relacionadas a las posibles infracciones a la legislación administrativa. La ilicitud administrativa será el punto de partida habitual para la construcción de la prueba indiciaria en el ámbito del delito de colusión(70).

Ahora bien, es el Ministerio Público quien tiene la carga de la prueba sobre los hechos imputados; en este caso recaerá en su función la recopilación de indicios que le den la fuerza acreditativa a su tesis incriminatoria. No obstante, el papel que desempeña el abogado defensor del procesado —aun cuando no tenga la carga de probar— no deberá ser pasiva, pues, si este recopila contraindicios, la lógica consecuencia será el debilitamiento de la tesis incriminatoria del fiscal.

La defensa debe instar al diálogo examinando con exhaustividad los medios de prueba con los que se pretende acreditar los indicios; debe analizar la cantidad y cualidad de los indicios y evaluar la firmeza del enlace entre estos y la tesis del fiscal. De esta manera, se evita que el juez haga un uso arbitrario o inválido de la prueba indiciaria(71).

---

(69) VARGAS VALDIVIA, Luis. Tratamiento de la prueba en el delito de colusión desleal: especial referencia a la prueba indiciaria. En: *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*. Lima: IDEHPUCP, 2012, p. 140.

(70) REYNA ALFARO, Luis. La prueba de la «concertación» en el delito de colusión. Breves consideraciones sobre la regulación de la prueba indiciaria en el Código Procesal Penal. *Actualidad Penal*, N.° 15. Lima: Pacífico Editores, 2015, p. 337.

(71) HERRERA GUERRERO, Mercedes. Algunas consideraciones sobre la prueba indiciaria y el principio *in dubio pro reo*. *Actualidad Penal*, N.° 7. Lima: Editorial Pacífico, 2015, pp. 210-211.

Valga aquí recordar que las irregularidades administrativas son, en gran medida, indicios razonables de la comisión de delito de colusión (también del delito de peculado, del de negociación incompatible y del cohecho, por citar algunos ejemplos). Y esto es así porque una operación corrupta no siempre supone actos delictivos individuales, sino será la valoración global del hecho la que nos muestre el delito en su verdadera dimensión[72].

En ese sentido, siguiendo este esquema, podemos señalar que los indicios en el delito de colusión están constituidos por un conjunto de irregularidades en el proceso de licitación, contratación pública, etc., que llevará al otorgamiento de la buena pro; el hecho concluyente será la convicción de que ha existido una concertación entre el funcionario o servidor público y el particular interesado; el nexo que unirá a los indicios y a la conclusión será la máxima de experiencia que nos aconseja que todo acto colusorio en el proceso de otorgamiento de la buena pro, siempre está amañado de irregularidades administrativas.

Este ha sido el sentido o razonamiento que han seguido nuestros operadores jurídicos y, en este sentido, se ha manifestado la Jurisprudencia nacional, en una destacable sentencia que funda la condena avalada en una pluralidad concatenada de irregularidades, que a manera de indicios relevantes demostrarían la concertación producida entre la empresa contratista y los funcionarios públicos. Al respecto, se estableció lo siguiente:

> OCTAVO [...] La concertación, ante la ausencia de prueba directa —testigos presenciales o documentos que consignen la existencia de reuniones, contactos, y acuerdos indebidos—, se puede establecer mediante prueba indirecta o indiciaria. Por ejemplo, (i) si el procedimiento de contratación pública fue irregular en sus aspectos fundamentales o más relevantes —verbigracia; celeridad inusitada, inexistencia de bases, interferencia de terceros, falta de cuadros comparativo de precios de mercado, elaboración del mismo patentemente deficiente, ausencia de reuniones formales del comité, o «subsanaciones» o «regularizaciones» ulteriores en la elaboración de la documentación, etcétera—; (ii) si la convocatoria a los participantes fue discriminatoria y con falta de rigor y objetividad —marcado favoritismo, lesivo al Estado, hacia deter-

(72) GUIMARAY MORI, Erick. *Op. cit.*, p. 135.

> minados proveedores—, y (iii) si los precios ofertados —y aceptados— fueron sobrevalorados, o los bienes o servicios ofrecidos y/o aceptados no se corresponden con la exigencia del servicio público o fundamento de la adquisición. Es razonable inferir que la buena pro solo se explica por una actuación delictiva de favorecimiento a terceros con perjuicio del Estado[73].

También es importante señalar, *a contrario sensu*, que una sola infracción administrativa es insuficiente para demostrar la concertación, así como el acto posterior del sujeto público por intentar requerir al particular que cumpla con el contrato, la Corte Suprema ha señalado que:

> 4.3. En el caso de autos, de lo actuado no se advierte la realización de actos de concertación defraudatoria entre el procesado Figueroa Rojas y el representante de la empresa «A & A Distribuidores»; pues si bien el encausado adquirió de manera irregular dos máquinas fotocopiadoras repotenciadas, sin haber puesto de conocimiento al Comité Especial de Adquisiciones, cuando en realidad tenía que adquirir una máquina nueva; dicha conducta por sí sola no se llegó a acreditar la perpetración de un delito de colusión y, más bien, se trataría de una irregularidad de carácter administrativa, conforme señaló en el Informe Especial número cero uno-dos mil cuatro-dos-cero ochocientos tres, esto es, la acción de control del Gobierno Regional de Ayacucho [...][74].

Es por ello que para demostrar la concertación no es suficiente justificar una mera infracción administrativa, sino que deben acumularse una pluralidad de infracciones que a manera de indicios concordantes y convergentes puedan dotar de convicción al juzgador.

Por su parte, Pariona Arana refiere que para la jurisprudencia las meras negligencias u omisiones administrativas «por sí solas» no develan en modo alguno la concertación ilegal ni la defraudación al Estado. Las irregularidades administrativas podrían servir como indicios para iniciar investigaciones penales, sin embargo, nunca podrían sustentar una sentencia condenatoria[75].

---

(73) Corte Suprema, R. N. N.° 1722-2016-Lima, 23 de enero del 2017.

(74) Corte Suprema, R. N. N.° 1397-2011-Ayacucho, 22 mayo de 2012.

(75) PARIONA ARANA, Raúl. *Op. cit.*, p. 102.

Solo cuando se haya acumulado una pluralidad de indicios que generen la certeza de que se ha efectuado un acuerdo colusorio, se habrá acreditado la colusión en su modalidad básica. Acto seguido a efectos de acreditar la modalidad agravada, es necesario demostrar el perjuicio efectivo al Estado; en este estadio ya no se sigue las reglas de la prueba indiciaria, sino que deberá recurrirse a la prueba directa.

VI. LA PRUEBA DEL PERJUICIO

La concertación es el elemento más importante en el delito de colusión, empero, es necesario también demostrar el perjuicio económico de cara a la configuración de la modalidad agravada, tal como se ha señalado anteriormente.

En la mayoría de veces, el perjuicio es patrimonial, sin embargo, este elemento es más amplio y comprende otros supuestos, que sin ser estrictamente patrimonial traducen un carácter económico y pueden verificarse en la celebración misma de estas operaciones o en sus etapas posteriores, de ejecución de los contratos suscritos, por ejemplo, el otorgamiento de ventajas indebidas e ilegales, omisión de garantías, falta de previsión en caso de inejecución o ejecución defectuosa (incumplimiento en el plazo de entrega, entrega de productos por debajo de la calidad pactada, etc.), entre muchos más que pueden presentarse en las adquisiciones de bienes y servicios para el Estado[76].

Como lo hemos señalado anteriormente, a nivel procesal los informes de la Contraloría General de la República son medios probatorios idóneos para demostrar el elemento de perjuicio económico estatal, esto teniendo en cuenta su calidad de pericia institucional extraprocesal, por lo que convierte a este informe en un arma contundente que puede usar el representante del Ministerio Público para demostrar el perjuicio. No obstante, al ser una pericia, esta se rige por las mismas reglas que regulan a toda prueba pericial, es decir, también será susceptible de ser contradicha por medio de otra prueba pericial de parte, que tenga a bien actuar la defensa del procesado.

El hecho de que los informes de la Contraloría General de la República puedan ser contradichos por otros medios probatorios ponen en evidencia de que no se tratan de una prueba tasada, sino que al igual que todas las pruebas

---

(76) NOLASCO VALENZUELA, José y AYALA MIRANDA, Erika. *Delitos contra la Administración Pública.* Tomo I. Lima: ARA Editores, 2013, p. 513.

deben ser valoradas por la sana crítica del juez, justamente sobre esto se ha pronunciado la jurisprudencia al señalar que:

> 4. En este orden de ideas, se puede concluir que el Informe Especial N.° 065-2006, en su condición de prueba preconstituida, es incapaz de por sí sola acreditar por inferencia identificativa la imputación fáctica en lo referido a la sustracción de patrimonio del Estado. Para lograr esa conclusión, es necesario actuar otras pruebas en el proceso que puedan sumar fuerza a este tipo de prueba[77].

En este nivel, es importante resaltar la trascendencia y el protagonismo que recae en la prueba pericial, pues en la mayoría de casos es a través de este medio probatorio que el Ministerio Público demostrará un perjuicio efectivo, así como también la defensa procesal pueda demostrar la no configuración del perjuicio. En general, la finalidad de la prueba pericial es que el juzgador descubra o valore un elemento de prueba, por eso es que «tiene como finalidad únicamente descubrir, en el problema asignado al perito, la verdad concreta y explicarla científica o técnicamente, o según la regla de la experiencia[78]».

Los informes de la Contraloría General de la República, aun cuando tengan sus particularidades, tienen el carácter de pericia oficial, pues son elaboradas por una entidad del Estado, siendo así luego de ser designados. La defensa del procesado puede designar, a su vez, a un perito de parte, quien está facultado de presenciar las operaciones periciales del perito oficial, hacer las observaciones y dejar las constancias que su técnica le aconseje, para ese efecto las operaciones periciales deben esperar la designación del perito de parte, salvo que sean sumamente urgentes o en extremos simples[79].

También, es importante resaltar la importancia de las pericias contables, que de manera general se practica no solo en los delitos contra la administración pública, sino también en los delitos contra el patrimonio, tributario, concursales, entre otros. Al respecto, Cubas Villanueva reconoce que por

---

(77) Corte Suprema, R. N. N.° 1548-2014-Lambayeque, 4 de noviembre de 2015.

(78) NEYRA FLORES, José Antonio. *Op. cit.*, p. 876.

(79) Ibídem, p. 580.

la importancia que tienen y el aporte que brindan para el esclarecimiento de estos delitos, debe ser practicada por peritos idóneos, es decir, por contadores públicos colegiados[80]; estas pericias ayudan a acreditar de mejor manera la existencia o no del perjuicio estatal.

No obstante, esta pericia no es la única que se practica en mérito de una investigación penal por el delito de colusión. La pericia de tasación o valorización es otra de las pericias frecuentes. Este tipo de pericia busca determinar el valor de mercado de un bien o servicio determinado, con el objetivo de detectar y demostrar la existencia de costos inflados o sobrevaloraciones, los cuales podrían constituir indicios del delito de colusión. Se emplean mucho para evaluar si todos los costos generados por la adquisición de bienes o servicios en la ejecución de una obra pública se encuentran dentro de los parámetros que esos mismos bienes o servicios cuestan en el mercado[81].

En el caso de las pericias de parte, para que desplieguen su efectividad en el proceso, es necesario que estas sean incorporadas mediante la ratificación de los peritos en el juicio oral; en esta instancia, se llevará a cabo el examen pericial a través del interrogatorio y contrainterrogatorio. Para el caso de las pericias oficiales, su ratificación no es necesaria, pues se presumen *iuris tantum* que de por sí son fiables, objetivas y certeras, salvo que la defensa procesal requiera la comparecencia del perito para someterlo al respectivo examen contradictorio.

La convocatoria requiere una justificación razonable, con precisión de los cuestionamientos o inquietudes que deben absolverse, siempre que sean razonables. Es de precisar, sin embargo, que como quien emite la pericia es la entidad pública u oficial (art. 173.2 CPP 04), al examen pericial concurrirá el profesional de la institución que esta designe. No se exige que concurra el que firmó el informe pericial, pues no es una labor profesional personal por designación nominal del fiscal o del órgano jurisdiccional[82].

El artículo 179 del CPP 04 establece que el perito de parte, que discrepe con las conclusiones del informe pericial oficial puede presentar su propio

---

(80) CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación*. 2.ª ed. Lima: Editorial Palestra, 2016, p. 356.

(81) PARIONA ARANA, Raúl. *Op. cit.*, p. 150.

(82) SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. *Op. cit.*, p. 538.

informe, que se ajustará a las prescripciones del artículo 178 (contenido del informe pericial oficial), sin perjuicio de hacer el análisis crítico que le merezca la pericia oficial. De ahí se desprende que en aquellos casos donde hay discrepancia, sea entre pericias oficiales o entre estas y las pericias de parte, se dará necesariamente el debate pericial.

De conformidad con el artículo 378.5 del CPP 04, el examen de los peritos se inicia con la exposición breve del contenido y conclusiones del dictamen pericial. Si es necesario se ordenará la lectura del dictamen pericial. Luego, se exhibirá y se les preguntará si corresponde al que han emitido, si ha sufrido alguna alteración y si es su firma la que aparece al final del dictamen. A continuación, se les pedirá que expliquen las operaciones periciales que han realizado, y serán interrogados por las partes en el orden que establezca el juez, comenzando por quien propuso la prueba y luego los restantes.

Para el caso de los informes de la Contraloría, lo singular de estas pericias institucionales es que en el ámbito que les corresponde solo las entidades designadas legalmente pueden emitir la pericia respectiva; el fiscal o el juez no pueden nombrar, en su defecto, por cualesquier otra razón, peritos oficiales; por consiguiente, toda ampliación o corrección debe formularla especialistas de la propia institución[83].

En cuanto a la valoración del informe pericial, corresponde al juez hacer un análisis imparcial en función de la ratificación y la explicación sostenida por los peritos en el juicio oral, tomando en cuenta para esto la coherencia, consistencia, razonabilidad y objetividad con las que se hayan desempeñado en el examen contradictorio. A pesar de esto, el juez no tiene la obligación de seguir a cabalidad las conclusiones de las pruebas periciales; por el contrario, puede apartarse de estas conclusiones si es que tiene la convicción contraria.

Ahora, si bien el Tribunal o Juez competente no está obligado con el resultado de la pericia, para separarse del mismo deberá expresar explícita y razonadamente los fundamentos de tal apartamiento. Esto en virtud, naturalmente, del principio a la debida motivación de las resoluciones, y con especial referencia cuando se trata de pruebas periciales; es decir, que aplican conocimientos científicos, técnicos, artísticos, etc[84].

---

(83) Ibídem, p. 539.

(84) NEYRA FLORES, José Antonio. *Op. cit.*, p. 588.

Sobre el particular, conviene precisar que resulta esencial y de significativa importancia la elaboración de informes y dictámenes periciales dentro del proceso penal, ya sea como pericia contable, valorativa, económica, financiera, bromatológica, mecánica o de otro orden, siempre que se busque determinar la existencia o no del perjuicio y la precisión de la magnitud de este. En ese sentido, la pericia contable permite establecer, por ejemplo, si ha existido perjuicio o ventaja patrimonial a la concreta entidad del desplazamiento patrimonial(85).

El informe pericial posee un enorme peso en la precisión de si existe o no delito de colusión, manteniendo su valor probatorio por encima de otros medios de prueba. Así, por ejemplo, se ha pronunciado nuestra Corte Suprema al considerar que la pericia contable es una prueba idónea para demostrar el perjuicio patrimonial; al respecto, se ha establecido que:

> [...] Ahora bien, una prueba idónea que permite establecer el perjuicio patrimonial concreto en una determinada entidad es la pericia contable, en tanto que sea concreta y específica. La importancia de la pericia contable para determinar la efectiva afectación del patrimonio estatal ha sido resaltado en la jurisprudencia de la Corte Suprema; así, se estableció en la Casación N.° 1105-2011/SPP —fundamento jurídico N.° 7— que «la necesidad de una prueba directa como el informe pericial contable para establecer el perjuicio patrimonial en el delito de colusión»(86).

VII. CONCLUSIONES

- El tipo penal de colusión en la legislación nacional ha pasado por un largo trecho de modificatorias, siendo que en la actualidad se regula una modalidad básica y otra agravada. El elemento de contextualización en que incide el comportamiento típico en ambas modalidades es la adquisición y contratación estatal, en la cual intervienen de un lado un funcionario o servidor público y, de otro lado, un particular, quienes se conciertan con la finalidad de defraudar al Estado, configurando así la modalidad básica de la colusión, en tanto que para la modalidad

(85) VARGAS VALDIVIA, Luis. *Op. cit.*, p. 144.

(86) Corte Suprema, Cas. N.° 661-2016-Lima, 11 de julio de 2017.

agravada es menester, además, que se genere un perjuicio económico al Estado.

- El objeto de protección genérico de la colusión es el correcto funcionamiento de la Administración pública. Asimismo, el objeto de protección específico en la modalidad básica es el fiel cumplimiento de los deberes funcionariales que ostentan los sujetos públicos; en tanto que en la modalidad agravada se protege, además, el patrimonio estatal. Asimismo, la colusión en ambas modalidades solo puede cometerse de manera comisiva y dolosa.
- Para imputar responsabilidad por el tipo penal de colusión simple, debe probarse la existencia de la concertación entre sujeto público y particular; esta puede demostrarse mediante pruebas directas, tales como audios, videos, mensajes de texto, testigos, etc. No obstante, dado que este delito en la mayoría de casos se realiza de manera subrepticia u oculta toman mayor importancia las pruebas indiciarias que deben ser plurales y convergentes para generar la convicción del juzgador, excluyendo todo rastro de duda.
- Para imputar responsabilidad por el tipo penal de colusión agravada, debe probarse además de la concertación, la defraudación al Estado, la cual se traduce como la generación de un perjuicio económico efectivo; este puede demostrarse de un lado con los informes especiales de la Contraloría General de la República, así también con pericias económicas y valorativas.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano.* 2.ª ed. Lima: Palestra Editores, 2003.

ALCÓCER POVIS, Eduardo. Concepto de funcionario público. Comentarios a propósito de la ley N.° 30124. *Boletín N.° 42 del Estudio Oré Guardia Abogados.* Lima, 2014

AROCENA, Gustavo A. Hacia la consideración de las pruebas como (meros) indicios y de las presunciones como (puros) esquema formales de razonamiento. *Actualidad Penal,* N.° 13. Lima: Pacifico Editores, 2015.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert y CALDERÓN VALDERDE, Leonardo. *Delitos de corrupción de funcionarios.* Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2012.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert. El combate contra la corrupción y los informes de control de la Contraloría General de la República. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.° 62. Lima: Editorial Gaceta jurídica, 2014.

CÁCERES JULCA, Roberto y CARRIÓN DIAZ, Juan. *El delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales*. Lima: Editorial Idemsa, 2011.

CASTILLO ALVA, José Luis y GARCIA CAVERO, Percy. *El delito de colusión*. Lima: Editorial Grijley, 2008.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación*. 2.ª edición. Lima: Editorial Palestra, 2016.

DIAZ LAZO, David César. Comisión por omisión en los delitos de peculado y colusión desleal. *Actualidad Penal*, N.° 14. Lima: Pacífico Editores, 2015.

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *La corrupción en las contrataciones del Estado. Un análisis del Delito de colusión y Negociación Incompatible*. Lima: Pacifico Editores, 2015.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte Especial*. Volumen II. 2.ª ed. Lima: Pacífico Editores, 2015.

GARCÍA CAVERO, Percy. *La prueba por indicios en el proceso penal*. Lima: Editorial Reforma, 2010.

GUIMARAY MORI, Erick. Sobre la captura del regulador y el injusto penal de colusión. *Themis*, N.° 68, Revista de Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016.

HERRERA GUERRERO, Mercedes. Naturaleza jurídica de los Informes de Contraloría, comentarios al art. 201-A del CPP. En *La Prueba en el Procesal Penal*. Lima: Pacífico Editores, 2015.

HERRERA GUERRERO, Mercedes. Algunas consideraciones sobre la prueba indiciaria y el principio *in dubio pro reo*. *Actualidad Penal*, N.° 7. Lima: Editorial Pacífico, 2015.

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. El bien jurídico penalmente protegido en el delito de colusión. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.° 79. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2016.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La prueba indiciaria y el estándar «del más allá de toda duda razonable. En: *La prueba en el proceso penal acusatorio, reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruano de 2004*. Lima: Jurista Editores, Lima, 2012.

MIXÁN MÁSS, Florencio. Indicio. *Elementos de convicción de carácter indiciario. Prueba indiciaria*. Trujillo: Ediciones BLG, 2008.

MONTOYA VIVANCO, Iván. *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.

NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del Nuevo Proceso Penal & Litigación Oral*. Lima: Editorial Idemsa, 2010.

NOLASCO VALENZUELA, José y AYALA MIRANDA, Erika. *Delitos contra la Administración Pública*. Tomo I. Lima: ARA Editores, 2013.

PARIONA ARANA, Raúl. *El delito de colusión*. Lima: Pacifico Editores, 2016.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Editorial Bosch, 1999.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2.ª ed. Lima: Jurista Editores, 2017.

REVILLA LLAZA, Percy Enrique. El delito de colusión en la fase de liquidación del contrato público: el caso de la resolución contractual por incumplimiento. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.° 90. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2016.

REYNA ALFARO, Luis. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Pacífico Editores, 2015.

REYNA ALFARO, Luis. La prueba de la «concertación» en el delito de colusión. Breves consideraciones sobre la regulación de la prueba indiciaria en el Código Procesal Penal. *Actualidad Penal*, N.° 15. Lima: Pacífico Editores. 2015.

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2015.

SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. La intervención delictiva en el delito de colusión, a propósito de una sentencia judicial. Un análisis crítico. *Actualidad Penal*, N.° 30. Lima: Pacífico Editores. 2016.

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 3.ª ed. Lima: Editorial Grijley, 2014.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *El nuevo proceso penal*. Lima: Editorial Idemsa, 2009.

SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2015.

TOYOHAMA ARAKAKI, Miguel. El informe técnico oficial especializado de la Contraloría General de la República como prueba especial en el proceso penal. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.° 62. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2014.

VARGAS VALDIVIA, Luis. Tratamiento de la prueba en el delito de colusión desleal: especial referencia a la prueba indiciaria. En *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*. Lima: IDEHPU-CP, 2012.

ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Concesión Administrativa e iniciativa privada. *Themis Revista de Derecho*, N.° 39, 1998.

COMENTARIOS A LA CASACIÓN N.° 661-2016/PIURA

Alexander Gonzales Orbegoso(*)

SUMARIO: I. Introducción. **II.** Olvidemos colusión «desleal» y hablemos de lo que es colusión ilegal **III.** Bien jurídico 3.1. Postura 3.2. Comentario. **IV.** Los hechos objeto de casación no son indicadores de colusión ilegal.

JURISPRUDENCIA:

Casación N.° 661-2016-Piura

I. INTRODUCCIÓN

No es mi intención en este espacio relatar el devenir de las normas sustantivas referido al delito de colusión y rellenar el papel en base a palabras que todos conocemos y muchas veces las repetimos inconscientemente. Sí pretendo que el lector distinga dos realidades, la primera referida al análisis de los hechos desde una visión netamente del derecho penal y, la segunda, con relación a una visión material desde la forma en cómo se concretizan los actos objeto de imputación. Sobre esa base se puede llegar a conclusiones —al margen de compartirlas o no— coherentes y de utilidad para la administración de justicia. De preferencia, me permito, en las siguientes líneas, pronunciarme solo por la doctrina jurisprudencial vinculante (décimo quinto a décimo séptimo) y, finalmente, por los hechos analizados en la casación. Respecto de la primera cuestión, dado que ocupa poco espacio voy a trasladar literalmente lo establecido por la Corte Suprema, a renglón seguido haré el comentario que corresponda como señal de parámetros para analizar lo segundo, esto es, el alcance de los hechos y la repercusión que genera en el Derecho Penal.

Sin perjuicio de ello, preliminarmente se precisará si la colusión es desleal o ilegal y cuál es el bien jurídico protegido.

(*) Abogado penalista.

II. OLVIDEMOS COLUSIÓN «DESLEAL» Y HABLEMOS DE LO QUE ES COLUSIÓN ILEGAL

En primera línea, debo precisar que el término «colusión desleal» es insatisfactorio en un marco de libertades, en el que tiene injerencia el derecho penal para restringir, precisamente, la libertad. La deslealtad en absoluto es o guarda relación con el bien jurídico que se protege en el delito de colusión. Es más, tampoco tiene relación con la finalidad político-criminal del tipo penal de colusión. Seguir manteniendo ese término como elemento o sin él, implicaría no dar respuesta a la siguiente interrogante: ¿Cómo podría lesionarse o ponerse en peligro un valor? En buena cuenta, por su parte, la naturaleza jurídica de los actos por medio de los cuales se plasma la concertación denota ilegalidad en el ordenamiento jurídico con entidad para causar lesión en el patrimonio del Estado. De esta manera, sí merece foco de atención para el derecho penal; todo acto de deslealtad —si se quiere— quepa espacio para —virtud de los principios limitadores del derecho penal— otro escenario del ordenamiento jurídico, como lo es el derecho administrativo. Consecuentemente, no se comparte con aquellos que sostienen que la colusión desleal buscaría asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional y, por tanto, se sanciona penalmente los roles especiales de negociación y representatividad pública de los funcionarios y servidores públicos. Y sí, aquí se parte de la premisa que el derecho penal protege bienes jurídicos. La vigencia de la norma como objeto de protección es un plano distinto de discusión que en otro espacio me ocuparé.

III. BIEN JURÍDICO

En la doctrina, García Cavero ha indicado, por un lado, que lo penalmente protegido por el delito de colusión desleal podría estar enmarcado dentro de la Administración pública o fuera de ella. Como parte de la Administración Pública podría considerarse, por ejemplo, el patrimonio administrado o —con independencia de ello— la observancia de los principios que rigen la contratación pública[1].

En cuanto a este extremo, se considera que no es ni lo uno ni lo otro. El patrimonio «administrado» como tal resulta impreciso para determinar lo pe-

---

(1) García Cavero, Percy. *Derecho penal económico*, 2015, p. 1105.

nalmente protegido porque, si se quisiera contextualizar, solo se lesionaría o pondría en peligro en el escenario de la fase de liquidación, dado que en dicho espacio es donde reposaría la supuesta administración. De otra forma no se podría entender, ya que en las fases del proceso de contratación el patrimonio no se administra. Por su parte, en cuanto a los principios, también resulta ser impreciso considerarlos como penalmente protegidos. Su razón de ser solo refleja directrices en el marco de una contratación pública, conforme a la Ley que regula el accionar del funcionario o servidor público, pero no legitima una injerencia al derecho penal. En adición a ello, el autor indica que —fuera de la Administración pública— la protección penal podría recaer en la libre competencia en el mercado, la cual se vería afectada por la exclusión del factor calidad y de precio como criterios de selección de los proveedores del Estado.

Este último extremo, tampoco se comparte, dado que de aceptarse tal postulado, estaría limitando la configuración del delito de colusión solo a la fase de selección, etapa en la cual se fijan criterios de selección, así como factor de calidad y precio. Sin embargo —como se demostrará— es una interpretación aislada del tipo penal.

Pero no solo eso, desde otra perspectiva, el autor añade que el bien jurídico penalmente protegido por el delito de colusión desleal, como en todos los delitos de funcionario, encuentra su fundamento en los deberes especiales atribuidos a los funcionarios públicos por la institución del Estado. Si bien podría decirse que el tipo penal apunta a proteger el patrimonio del Estado, el sustento de la prohibición no está en la generación de un perjuicio al Estado o al sistema económico, sino en el irregular desempeño funcional del funcionario público.

Aquí dos cuestiones: i) el tipo penal NO apunta a proteger el patrimonio, sino que protege el mismo; ii) el sustento de la prohibición sí está en la generación del perjuicio al Estado.

El irregular desempeño funcional es un espacio que corresponde a otro ámbito del ordenamiento jurídico como lo es, por ejemplo, el derecho administrativo, en el cual se determina ámbitos de libertad en las relaciones que existe entre funcionario y servidor público dentro de un contexto jurídico específico denominado «administración pública». En dicho ámbito se debe tener presente que el mismo se encuentra vedado de toda injerencia que pueda tener el derecho penal, de tal forma que no solo se deben respetar tales

relaciones internas, sino conocerlas, en otras palabras, conocer la estructura horizontal y vertical de los funcionarios o servidores públicos[2].

También, el profesor agrega que no es la infracción al rol general, común a todos los ciudadanos, la que sustenta la sanción penal; sino la inobservancia de un deber específico que vincula positivamente al funcionario público con los fines estatales. Sobre esto debo indicar que nadie sostiene que sea así, es decir, que el sustento es la infracción al rol general común a todos los ciudadanos. Hacerlo es tener un problema interpretativo. Un estudio detenido aconseja que los ciudadanos (se entiende los particulares en la contratación) NO lesionan el patrimonio, sino que contribuyen a su lesión, cuestión totalmente distinta a la premisa que parte el autor.

Por las consideraciones precedentes, quizá al autor postuló que para poder considerar típico el acuerdo colusorio, resulta necesario que el funcionario público acuerde con el particular la imposición de condiciones menos ventajosas para el Estado de las que se podría haber alcanzado en ese momento mediante una labor de negociación[3].

Sin embargo, se considera al respecto que tales postulados son alejados de la realidad, pero más que eso son desalineados con la naturaleza jurídica del contrato estatal. Y es que la doctrina autorizada ha sostenido que no debe perderse de vista que en derecho público el contrato no nace en virtud del ejercicio de la libertad contractual, sino que cada contrato es el resultado de la búsqueda por alcanzar ciertos cometidos estatales. De este modo, es que la voluntad de la Administración no puede ser otra que una voluntad vinculada positivamente a la ley y con un contenido típico. En suma, por lo general, no puede negociar los términos del contrato. Preponderantemente, la formación de voluntad del contratista se produce por la simple adhesión a las condiciones prefijadas por el Estado[4].

---

(2) GONZALES ORBEGOSO, Alexander. *Delito de negociación incompatible en las contrataciones del Estado*, 2017. Lo que no se dijo en la Casación N.° 841-2015-Ayacucho. *Actualidad Penal*, p. 164.

(3) GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico*, 2015, p. 1105.

(4) MORÓN URBINA, Juan Carlos. *La contratación estatal*. Gaceta jurídica, 2016, pp. 269-270.

3.1. Postura

Una interpretación adecuada de los elementos constitutivos del delito de colusión ilegal compatible con la finalidad político-criminal de la referida norma, obliga a determinar de manera imprescindible cuál es el bien jurídico protegido. Así, el devenir de las modificaciones indica que el delito de colusión fue pensado en la protección del patrimonio del Estado: evitar su lesión a través de la contratación estatal; considero sumamente acertada tal posición. Este antecedente (y aunque no existiera) —del propio análisis del alcance y efectos de la contratación estatal— conduce a admitir que el bien jurídico en el delito de colusión es el patrimonio del Estado.

Ya en su versión original (Ley N.° 26713), el delito de colusión reprimía la defraudación al Estado. Ahora bien, una correcta interpretación de los actos administrativos, por medio de los cuales se materializaba la colusión o permitía inferir la misma, nos autoriza sostener —en virtud de su naturaleza pecuniaria— que esa defraudación es de carácter patrimonial. Esto quiere decir que la Ley N.° 299703 —que modificó la ley líneas arriba—, pregonando el elemento *patrimonialmente*, fue innecesaria; puesto que, en efecto, ¡es patrimonial! Pero lo que es peor, el pronunciamiento del TC que declaró su inconstitucionalidad también fue innecesario, dado que se interpretó de manera extensiva concluyendo sin mayor conocimiento de la naturaleza jurídica de la contratación estatal, que la defraudación no solo era patrimonial, sino que también abarca otros factores. Consecuentemente, como lo que nace mal termina mal, en virtud de estos errores, el legislador (Ley N.° 29758) reguló el delito de colusión en dos modalidades: «colusión simple (primer párrafo)» y colusión agravada (segundo párrafo)». Como puede apreciase, esta regulación no surge en virtud de una divinidad dogmática, sino como una política mal diseñada, sin rigurosidad y conocimiento de las normas que regulan los actos destinados a defraudar al Estado, llámese Ley de Contrataciones y Reglamento, Ley de Procedimiento Administrativo, Leyes Especiales y Directivas, entre otras.

Dicho esto, cabe poner de relieve que a partir de esta modificación erróneamente se ha propuesto un bien jurídico para la modalidad «básica» y otro para la «agravada». Por nuestra parte, se considera que estamos ante un mismo injusto destinado a lesionar el patrimonio y, como tal, es un mismo bien jurídico. Es más, la concertación requiere necesariamente materializar

en actos administrativos la ilegalidad de la conducta y, por tal, recién adopta la etiqueta de ilegalidad. La deslealtad queda para otro escenario, quizá para el derecho administrativo, más no para el penal.

Rápidamente se preguntarán ¿y cómo debe interpretarse la configuración del delito de colusión «simple»? La colusión simple no debe entenderse como un adelantamiento de las barreras de punición para criminalizar conductas preparatorias. La razón recae en que la materialización de los actos en la colusión simple no refleja actos preparatorios de tal delito, sino, ya el inicio de ejecución de la concertación destinada a lesionar el patrimonio del Estado. Seguidamente, surge el cuestionamiento: ¿cómo se distingue de una tentativa de colusión «agravada»? La diferencia radica en que luego de la materialización del acto administrativo, se desarrollan sucesos inequívocos —en una relación de dependencia— para lesionar el patrimonio del Estado. A diferencia de la colusión «simple», en la que luego de materializar la concertación le sobreviene sucesos equívocos que en un plano normativo son autónomos para lesionar el patrimonio del Estado. Un ejemplo de tentativa de colusión agravada sería el siguiente: el supervisor y el jefe de obras aprueban el porcentaje de metrado no ejecutado por el contratista o por encima de su ejecución real. En dicho caso, se dio inicio a la ejecución del delito de colusión agravada con su aprobación, conformidad o visto bueno (dependiendo del formato). En estos casos, la materialización de la concertación denota una entidad suficiente de relación de dependencia en el que solo se espera el conducto regular que se desprende del acto materializado.

A su turno, un ejemplo de colusión simple sería cuando el funcionario y el postor conciertan para sobrevalorar el valor referencial, siendo del caso incluso que el postor presenta cotizaciones falsas. En este y otros supuestos similares, la materialización de la concertación es idónea para lesionar, pero justamente para lesionar el patrimonio del Estado dependerá de otros actos sucesivos que son autónomos y, como tal, equívocos de su realización.

Lo mencionado hasta aquí, como es evidente, autoriza rechazar categóricamente el considerando DÉCIMO QUINTO, cuando establece que:

> La diferencia que existe entre colusión simple y agravada, estriba en que: «si la concertación es descubierta antes que se defraude patrimonialmente al Estado, estaremos ante una colusión consu-

mada, pero por voluntad del legislador será simple; en cambio, si la concertación es descubierta, luego que se causó perjuicio patrimonial efectivo al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será agravada. Así, la colusión simple se consuma con la sola concertación, sin necesidad que la administración pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario, pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como propósito defraudar.

3.2. Comentario

Al margen de lo señalado, cabría agregar a modo de crítica que el «descubrimiento» de la ejecución del delito, como criterio para determinar una diferencia entre un injusto simple y agravado, es tan coloquial, impreciso y —si se quiere— antidogmática, que debe ser rechazada categóricamente. A mayor detalle, es coloquial porque su propia terminología, conforme al RAE, alude a hallar lo que estaba ignorado, de manera que se halla el momento en que se ejecuta el verbo rector del tipo penal, cuestión que no está en tela de juicio y no es necesario diferenciar de injusto simple vs. agravado. Es impreciso porque no sabemos a qué tipo de concertación se refiere, recordemos que no toda concertación configura como delito aun en el marco de una contratación pública. Y, finalmente, es antidogmática porque no existe ni ha existido un desarrollo respecto del término descubrimiento como institución penal y que sobre todo tenga injerencia en la teoría del delito.

Ahora bien, el argumento que todos hemos leído en algún momento sea en la doctrina y jurisprudencia, se resume en lo siguiente: i) la colusión simple significa concertar con finalidad, provecho, intención de defraudar; ii) la colusión agravada significa el perjuicio al patrimonio estatal. Sobre lo primero, debemos indicar que no tiene efecto aplicativo en los actos que son objeto de colusión y si los hay resulta ilegítimo, salvo que la doctrina se anime a dar ejemplos de tal proposición y, por tanto, se analizarán su legitimidad y legalidad. Pero, por lo pronto, sí me permito dar una muestra de la insuficiencia de tal proposición.

Véase lo siguiente:

La Sala Permanente y gran parte de la doctrina —al parecer— son partidarios de la primera proposición; sin embargo, no se ha tomado en cuenta que para concluir y afirmar que el funcionario se concertó con el particular, necesariamente debe de materializarse tal concertación y a partir de allí evaluar su tipicidad. Aunque la respuesta parezca obvia, no se viene determinando el alcance que involucra la materialidad de la concertación, pues una vez plasmado, la concertación en la contratación pública, la misma debe dotar de condiciones inequívocas de lesión al patrimonio. Resulta absolutamente irracional reprimir una concertación e incluso con finalidad de perjudicar al Estado, sí es que ello no se materializa, pero aún más si no pasa el filtro de verificar si tal materialización refleja condiciones inequívocas de lesión. De no materializar la concertación y no verificar si pasa el filtro de condición inequívoca de lesión, ese hecho no es típico de colusión agravada. Y, no será típico de colusión simple cuando esa concertación no se materializa. En consecuencia, no se comparte la postura de la Corte Suprema cuando establece que la colusión simple se consuma con la sola concertación [...] siendo insuficiente que la conducta colusoria tenga como propósito defraudar.

Es incorrecto sostener que en la colusión simple es suficiente que la conducta colusoria tenga como propósito defraudar, pues puede suceder que el alcalde en la suscripción del contrato con el particular haya previsto otorgar adelantos pese a que las bases no lo permitían —claro está— con el propósito de defraudar, pero ello no significa que necesariamente se defraudará; puesto que un estudio de las normas que regulan tales comportamientos nos ubica en un plano normativo que involucra una institución denominada deducción en la liquidación de obra, y que como tal si esta cumple —pese a existir— el propósito de defraudar, no se lesiona el patrimonio porque existe otras competencias autónomas. De manera que sobre la base de un imposible jurídico de lesión de patrimonio no tiene sentido reprimir una conducta si es que nunca se defraudará.

DÉCIMO SÉPTIMO

[...] Ahora bien, una prueba idónea que permite establecer el perjuicio patrimonial concreto en una determinada entidad es la pericia contable, en tanto sea concreta y específica. La importancia de la pericia contable para determinarla efectiva afectación del

patrimonio estatal ha sido resaltada en la jurisprudencia de la Corte Suprema; así, se estableció en la Casación N.° 1105-2011/SPP —fundamento jurídico N.° 7—, que señala: «la necesidad de una prueba directa como el informe pericial contable para establecer el perjuicio patrimonial en el delito de colusión».

Valgan verdades, este considerando ha sido de recibo por los abogados litigantes, a quienes les conviene de manera excluyente sostener que para determinar el delito de colusión agravada se requiere necesariamente de una pericia contable. Sin embargo, ello no es así. Nótese que la Suprema de manera singular ha señalado que «una» prueba idónea que permite establecer el perjuicio patrimonial es la pericia contable, no negando por tanto, otras tantas e incluso con un método de corroboración el Ministerio Público puede determinar al igual que el perito una lesión al patrimonio. Lo cual a criterio de quien escribe estas líneas es correcto. Si, finalmente, el método que se utiliza para llegar al resultado es el mismo, no hay distinción de idoneidad entre uno u otro documento. Piénsese, por ejemplo, en un valor referencial que excede el 10 % que la norma faculta y, pese a ello, se paga al contratista. O, en aquellos casos, en los que solo a través del método de corroboración entre la ejecución *in situ* con el expediente técnico, tal es el caso en el que según el expediente se debió ejecutar 3 aulas en un colegio, pero solo fueron 2.

En el mismo sentido, aquellos supuestos en los que se da conformidad a una valorización por concepto de ejecución de obra que no es acorde ni al expediente técnico, ni a lo realmente ejecutado. El fiscal, en estos casos, puede a través del método indicado determinar una lesión al patrimonio del Estado. Por tanto, se debe matizar en cada caso en concreto y a partir de allí asumir una postura excluyente o no.

IV. LOS HECHOS OBJETO DE CASACIÓN NO SON INDICADORES DE COLUSIÓN ILEGAL

No se trata en sí mismo de analizar la conducta de los funcionarios de una manera aislada con una visión exclusivamente desde el derecho penal,

sino profundizar en el alcance de la materialización de tales conductas en la contratación estatal y, como tal, conocer su naturaleza jurídica. Sobre esa premisa, solo bastó verificar la naturaleza de tales actos para concluir que los hechos analizados en la casación no son pasibles de colusión ilegal, conforme a los argumentos plasmados.

Véase los siguientes considerandos:

i) **SEGUNDO** párrafo segundo.

El once y dieciocho de julio y el dos de agosto del dos mil once, el ciudadano Calos Manuel Valdivia Vizcarra hizo llegar a la procesada Ruesta Herrera (alcaldesa) las cartas N.° CVV/MDC N.° 201011, N.° CVV/MDC N.° 24-2011, respectivamente señalando que el citado proceso de licitación permitía la participación de consorcios con poca capacidad económica, exigiendo sin necesidad alguna la inclusión de un arqueólogo en nómina de quienes concursarían en la adjudicación de la obra. El cinco de agosto de dos mil once, el comité *Ad hoc* procedió a integrar las bases, consignadas en un acto en el SEACE, estableciendo los siguientes requisitos: 1) el precio requerido, 2) la acreditación de un profesional de arqueología y un técnico automotriz, y 3) el no adelanto del dinero para la compra de materiales e insumos.

Este hecho por sí mismo no denota un acuerdo de colusión ilegal ni siquiera permite inferir la mismo, pues, antes de pasar a un plano probatorio, normativamente no tiene entidad para reflejar relevancia penal. Por el contrario, su naturaleza enseña que estamos (de comprobarse esa hipótesis) ante un direccionamiento de bases administrativas, que a lo sumo podría configurar el delito de negociación incompatible. No es colusión ilegal porque nos encontramos frente a un acto unilateral que nunca lesionará —con ocasión de ese direccionamiento— el patrimonio del Estado, pero sí negociación incompatible porque involucra un interés del comité especial en otorgar la buena pro al postor. Que de allí se considere que al existir una concertación necesariamente debe circunscribirse a la colusión ilegal es falso. El funcionario puede

concertarse con el postor y aun así configurar el delito de negociación incompatible lesionando el bien jurídico: la optimización del patrimonio[5].

ii) **TERCERO:** el diecisiete de agosto de dos mil once se realizó la presentación de propuestas de las empresas que compararan las bases y se presentan al referido proceso de licitación, y el comité *Ad Hoc* adjudicó la obra al consorcio H&B, conformado por las empresas Gold Perú S. A., General Contratista Generales, Ar constructora, y Moscol Contratista. Posterior a la adjudicación de la buena pro, el ciudadano Ruiz Valencia solicitó a la Municipalidad Distrital de Castilla la nulidad del proceso de licitación, argumentando que el consorcio H&B (empresa ganadora) presentó en su propuesta a un técnico automotriz (el procesado Billy Negrón Luna), cuya condición se sustenta en título profesional falso; circunstancia que fue corroborada, toda vez que el director del instituto «Miguel Grau» de Piura, mediante oficio N.° 1065-SA-DG-IESTP «AMG», comunicó a Luis Neptali Olivares Aton (gerente de Administración y finanzas de la citada Municipalidad) que el título profesional de Billy Negrón Luna era falso porque aún se encontraba en trámite. Pese a ello, el nueve de septiembre del año dos mil once, se suscribió el contrato entre la Municipalidad Distrital de Castilla, representada por Javier Enrique Salas Zamalloa (gerente municipal) y el consorcio H&B, representado por Edwar Fernando Barboza Nieto, presentándose una carta de fianza por la suma de S/ 2 893 888 soles, emitida por COOPEX.

Aquí se puede apreciar un error de concepto, esto es, si el título profesional del personal propuesto por el postor aún se encontraba en trámite y en esa condición se presenta, no se trata de un documento falso, sino de uno inexacto. La valoración que se haga a partir de allí tiene consecuencias distintas. Pero en la hipótesis que sea falso, el comité especial está amparado por el principio de presunción de veracidad. Pero lo

(5) GONZALES ORBEGOSO, Alexander. *Op. cit.*, p. 168.

que es peor, para exagerar el ejemplo, aunque no estuviese amparado por la presunción de veracidad, el solo direccionamiento no es indicador de los elementos que conforman el tipo penal de colusión simple, dado que posteriormente no se lesionará el patrimonio. Con mayor razón para negar una colusión agravada.

Sí podría configurarse en la medida en que se afecte la optimización del patrimonio en el delito de negociación incompatible. En este delito puede perfectamente realizarse un concierto sin ser este el elemento típico del tipo y aun así en atención al alcance del interés indebido concretizar una negociación incompatible.

Llama la atención que se recalque un hecho sin mayor repercusión para el Derecho Penal. Se señala que pese a ello se suscribió contrato [...]. El término «pese a ello» induce a pensar que es un indicio lo señalado, pero no es nada. Y no guarda relación de competencia con el acto posterior, es decir, con la suscripción del contrato. Este exige que el asesor legal analice la documentación de presentación obligatoria para suscribir y en atención a ella se suscribe. Son fases distintas en las que intervienen distintas funciones, y para atribuir responsabilidad hay que conocer su competencia.

ELEMENTO «CONCERTACIÓN» COMO NÚCLEO DEL INJUSTO TÍPICO DEL DELITO DE COLUSIÓN

Comentarios al R. N. N.° 1126-2017/Áncash

Cesar Antonio Coa Serrano(*)

SUMARIO: I. Introducción. **II.** Hechos que produjeron el R. N. N.° 1126-2017/Áncash., **III.** Lo que la Sala Penal Permanente desarrolló en el R. N. N.° 1126-2017/Áncash. **IV.** Redacción fáctica sobre la cual debe recaer el delito de colusión. **V.** La concertación como elemento configurador en el delito de Colusión. **VI.** Competencia especial del funcionario o servidor público que concierte (capacidad del agente). **VII.** La concertación implica un margen de pactos ilícitos. **VIII.** Concertar mediante diversas modalidades confabulatorias. **IX.** No se castiga cualquier concertación. **X.** Objeto de protección en el delito de colusión. **XI.** Conclusión. **XII.** Bibliografía.

RESUMEN

El R. N. N.° 1126-2017/Áncash desarrolla el delito de colusión ilegal, exigiendo como presupuesto para su consumación «la concertación», la misma que debe estar objetivamente «redactada» para su respectiva valoración como elemento del tipo. Esa concertación debe ser estrictamente fraudulenta, que consista en ponerse de acuerdo subrepticiamente entre el funcionario (no cualquier funcionario), el cual goza de esa competencia especial (capacidad del agente), con el particular (tercero); ambos deben realizar maniobras engañosas que se manifiestan en un perjuicio patrimonial potencial o real para la administración por ser un delito de encuentro.

PALABRAS CLAVES

Delito de colusión, concertación, subrepticios, pacto colusorio, redacción típica, objeto de protección.

I. INTRODUCCIÓN

El Recurso de Nulidad es un recurso procesal ordinario que tiene como característica fundamental una forma restringida de apelación, a efectos de

---

(*) Abogado penalista, entendido en delitos contra la administración pública.

revisar todas las cuestiones de hecho y derecho que se hayan producido sin sujetar una debida motivación de la sentencia venida en grado, mediante el R. N. se puede confirmar, modificar, revocar o anular la sentencia de la Sala Superior; pues, en el presente trabajo analizaremos el R. N. N.° 1126-2017/Áncash solo en el extremo de la parte sustantiva del delito de colusión, aunque, la sentencia también desarrolla la metodología de la prueba indiciaria. En ese extremo, nos desistiremos en comentar, por lo que solo nos limitaremos a comentar los elementos del delito de colusión ilegal, la misma que se encuentra prevista en el artículo 384 del Código Penal[1], en adelante, CP.

II. HECHOS QUE PRODUJERON EL R. N. N.° 1126-2017/ÁNCASH

Los hechos que motivaron el pronunciamiento de la Corte Suprema mediante el R. N. N.° 1126-2017/Áncash fueron los siguientes fácticos, los mismos que han sido extraídos de la propia sentencia de la Ejecutoria Suprema:

> [...] El seis de abril de dos mil nueve doña Karla Abanto (extraneus), única postora, concertó con don Roberto Vásquez (Gerente general de la municipalidad agraviada) -funcionario de la municipalidad distrital de Antonio Raymondi, provincia de Bolognesi, en Áncash, para luego adjudicarle ilegalmente el servicio de elaboración de perfiles y expedientes técnicos de los proyectos «Sistema de riego del anexo de Jarachacra» y «Sistema de riego del anexo Yamor», por la suma de cuarenta y dos mil soles. Le fueron entregados treinta y cuatro mil cuatrocientos treinta soles como adelanto por el servicio.

Mientras que la opinión de la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal fue la siguiente: «Opinó que se debe declarar no haber nulidad en la sentencia recurrida, por cuanto se cumplió con los elementos del tipo y se pudo de-

---

(1) Artículo 384 del Código Penal: El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, en conformidad con los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

mostrar la concertación, lo que concluyó en la sentencia de condena. Vásquez Flores fue nombrado gerente municipal, luego le fueron delegados atribuciones propias del alcalde; como tal, se encargó del proceso de selección, que finalmente le adjudicó la buena pro a su pareja sentimental [...].

III. LO QUE LA SALA PENAL PERMANENTE DESARROLLÓ EN EL R. N. N.° 1126-2017/ÁNCASH

La sentencia del R. N. N.° 1126-2017/Áncash, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 5 de septiembre del 2017, volvió a sentar un importante precedente para la administración de justicia en el delito de colusión ilegal. La sentencia desarrolla, en su considerando tercero, seis puntos esenciales para la configuración del delito de colusión: **a)** la concertación ilegal como elemento configurador del ilícito de colusión; **b)** que el agente con capacidad de su cargo abuse y pacte con la finalidad de perjudicar al estado; **c)** el verbo rector de la concertación implica una margen de pactos ilícitos; **d)** Se puede concertar mediante diversas modalidades confabulatorias., **e)** no se castiga cualquier concertación, sino únicamente las que buscan perjudicar o las que perjudican o traen consecuencias económicas nocivas para el Estado, y en el fundamento tres punto siete, adicionalmente, concluye respecto del objeto de protección, **f)** el delito materia de análisis protege la probidad de la función pública, mas no el perjuicio patrimonial.

Estos seis puntos esenciales han sido desarrollados en el presente R. N. N.° 1126-2017/Áncash como fundamentos jurídicos para estimar la confirmación de la sentencia de la Sala Superior, por lo que no declararon la nulidad y confirmaron en todos sus extremos la sentencia de la Sala Superior.

Pues bien, en el presente trabajo nos centraremos y limitaremos solo en analizar estos *seis puntos* esenciales del delito de colusión como presupuesto respecto para su configuración típica del ilícito mencionado. A continuación, principiaremos en las siguientes líneas.

IV. REDACCIÓN FÁCTICA SOBRE LA CUAL DEBE RECAER EL DELITO DE COLUSIÓN

En la imputación fáctica descrita, la misma que es formalizada en sede de investigación preparatoria, la misma que madura con mayor precisión en la acusación fiscal, lo que implica la descripción de los datos concretos de

interacción, comunicación, reunión o acuerdos —subrepticios y confabulatorios— entre el funcionario o servidor público a cargo de esa contratación pública con el tercero particular.

La redacción del elemento «concertación» debe ir en la base fáctica material, en estricto respeto al principio de imputación necesario que garantiza el derecho a la defensa; por ello, la imputación en su componente factico tiene que estar redactada la concertación- directa entre un funcionario público y un particular a título de «cómplice primario» en modo de tiempo y lugar, pues así lo exige la construcción del objeto del proceso.

Muchas veces la imputación fáctica en una acusación fiscal, en especial en este delito, suele verse la simple redacción literal de «concertación» realizada de forma clandestina y subrepticia realizándose así el acuerdo colusorio; sin embargo, la descripción del «acto» o el «comportamiento» que dé cuenta directa o indirectamente de concertación ilegal o pacto colusorio, o en qué circunstancias de modo, tiempo, ocasión. Para tales efectos deben ser descritos como tal, pues ello no se suele encontrar en algunas acusaciones, lo primero que se tendría que determinar es la redacción de los hechos como tal.

En otras ocasiones, la acusación suele sustentarse en el pacto colusorio (o actos) en la clandestinidad y lo subrepticio, pero no se suele efectuar precisiones mínimas al respecto que doten de contenido y objetividad a la concertación. Es decir, cómo, dónde, cuándo se realizó dicho pacto colusorio entre el funcionario y el particular.

Es pan de cada día encontrar en una acusación el término «se concertó», sin precisar los detalles líneas arriba observados y, para justificar esta afirmación se suele recurrir a la lógica «ese concierto es clandestino y no se puede saber ello, porque es clandestino». Esta aseveración, a menudo utilizada, atenta la seguridad jurídica y el principio de legalidad; en consecuencia, el de la tipicidad también, el que se pueda construir un hecho penalmente relevante de concertación ilegal con base en frases desprovistas de facticidad, únicamente referenciadas en las subjetivas conjeturas de la Fiscalía, esto es, sin un mínimo siquiera de precisión fáctica, ante tal acto procede la excepción de improcedencia de acción[2].

---

(2) Casación N.° 150-2010, del 5 de mayo de 2011-LA Libertad, Fundamento jurídico séptimo (Sala Penal Permanente), vocal ponente Rodríguez Tineo: «La excepción de

De antemano, la sola redacción «A se concertó B», sin la precisión que el tipo penal exige, como la adecuación del hecho al tipo en concreto, de *per se* es de atipicidad absoluta al carecer de base fáctica —su relato no posee datos objetivos-subjetivos que describan acto alguno de concertación o pacto ilegal entre el particular y el funcionario— no tiene ni mantiene correspondencia de subsunción con las exigencias establecidas en el tipo penal de Colusión.

Queda claro que procede la excepción de improcedencia de acción(3) sustentada en los criterios de atipicidad objetiva y normativa que enfatizan la falta de subsunción o correspondencia del comportamiento(4) y las

---

improcedencia de acción, regulada en el numeral b) del artículo 6 del Código Procesal Penal, constituye un medio de defensa frente a la imputación para evitar la prosecución de un proceso penal, **en la que se va a discutir, entre otros, la subsunción normativa de la conducta en el tipo legal** —tipicidad del hecho que recoge los aspectos objetivos y subjetivos—, esto es, que la conducta incriminada no esté prevista como delito en el ordenamiento sustantivo, **que el suceso no se adecue a la hipótesis típica de la disposición penal** preexistente invocada por el representante del Ministerio Público o que no exista voluntariedad de la conducta, siempre que se manifieste con toda evidencia de los términos de la imputación» (las negritas son nuestras). *Gaceta penal,* Tomo 32, 2012, Lima: Gaceta jurídica, p. 250.

(3) R. N. N.° 37-2012-Huanuco, Sala Penal Transitoria, de fecha 17-05-12, vocal ponente Inés Villa Bonilla: «Las excepciones son medios de defensa técnicos que concede la ley a quienes se les impute la comisión de delitos con el fin de impedir, **ante la falta de un presupuesto y/o requisito procesal**, que el juez resuelva el conflicto —formalizado en virtud de una imputación— mediante una resolución de fondo. La excepción de naturaleza de acción procede cuando: a) cuando el hecho denunciado no es delito, esto es, cuando **dicha conducta no esté prevista como ilícito en el ordenamiento jurídico vigente —atipicidad absoluta— o no se adecue a la hipótesis típica de una disposición penal y preexistente invocada en la denuncia penal —atipicidad relativa—**, y b) **cuando la conducta reprochada, siendo típica, no es justiciable penalmente**, ya sea porque se presentan condiciones objetivas de punibilidad, excusas absolutorias, causas de justificación, entre otras circunstancias» (las negritas son nuestras). *Gaceta penal,* Tomo 43, 2013. Lima: Gaceta jurídica, pp. 142-143.

(4) Exp.N.° 00036-2012, Resolución del 21-09-12 de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, Vocal ponente: Susana Castañeda Otzu): «En cuanto al supuesto, **cuando el hecho no constituye delito, se presentan dos situaciones:** a) La conducta imputada al sujeto activo no se encuentra prevista o descrita como delictuosa en la ley penal al momento del hecho comisivo, y b) cuando el comportamiento humano acaecido en la realidad no se subsume totalmente (atipicidad absoluta) o parcialmente (atipicidad relativa) en el tipo penal imputado, es

frases imputadas con las exigencias de tipicidad de los referidos delitos de infracción de deber.

V. LA CONCERTACIÓN COMO ELEMENTO CONFIGURADOR EN EL DELITO DE COLUSIÓN

El delito de colusión tiene como conducta típica exclusiva y excluyente y, a la vez, es el elemento típico; el acto de «concertación» ilegal entre el funcionario público (*intraneus*) que actúa por razón del cargo y el particular (*extranenus*) en el delito de colusión. De esa misma manera, García Cavero, indica que «la conducta típica del delito de colusión desleal requiere que el funcionario público competente se concierte con los particulares en la celebración o ejecución de un contrato derivado de un proceso de selección con la finalidad de defraudar los intereses del Estado»(5). En consecuencia, la defraudación realizada por el funcionario público requiere una redacción típica y a la vez acreditarse más allá de toda duda razonable, sin el nexo de concertación con el particular no es típica la conducta(6).

En el delito de colusión, se requiere la redacción típica de una concertación ilegal (así lo exige el tipo penal). Esa concertación es el (acuerdos previos dolosos, confabulaciones, tratativas ilegales, acuerdos no permitidos, etc.)(7) entre el funcionario o servidor público con el particular. En tal sentido, sería imposible la consumación del delito de colusión sin la redacción típica, bajo esa misma línea la Corte Suprema ha indicado:

---

decir, no hay una relación lógica entre la hipótesis del supuesto hecho atribuido y la norma penal invocada en la disposición de investigación preparatoria. Con relación al supuesto de que **el hecho no es justiciable penalmente**, se refiere a situaciones en las cuales pese a que la conducta del investigado es típica, antijurídica o culpable no amerita una pena por la presencia de una excusa absolutoria o la falta de una condición objetiva de punibilidad; o en los casos de tentativa con desistimiento o arrepentimiento después de los actos ejecutivos; o cuando las acciones u omisiones del investigado constituyen una infracción a la ley civil o ley administrativa» (las neritas son nuestras).

(5) García Cavero, Percy y otro. *El delito de Colusión*. Lima: Editora Jurídica Grijley. p. 37.

(6) Rojas Vargas, Fidel. *Delitos Contra la Administración Pública*. 4.ª ed. Lima: Editora Jurídica Grijley, p. 413.

(7) Rojas Vargas, Fidel. *Op. cit.*, p. 427

> El delito de colusión ilegal exige como presupuesto para su comisión la concertación, que consiste en ponerse de acuerdo subrepticiamente con los interesados en lo que la ley no permita para beneficiarse a sí mismo y a intereses privados, la que debe darse de manera fraudulenta y causando perjuicio a la administración pública (*Ejecutoria Suprema del 4/6/2004, R. N. N.° 740-2003 Arequipa*[8].

El delito de colusión requiere, entonces, la realización de su principal verbo rector de concertar con los interesados, entendiendo que el sujeto activo de la comisión de este ilícito penal se abuse o aproveche de su propia condición que su cargo así lo estime su acción debe ser el ponerse de acuerdo, pacte, convenga con los interesados para defraudar al Estado. También, en otra ejecutoria suprema —en esa misma línea—, la Corte Suprema se pronunció:

> El delito de colusión fraudulenta exige que el funcionario público defraude al Estado concertándose fuera de la ley con los interesados en los contratos que lleva a cabo por razones funcionales; que **propiamente la concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño,** que se manifiestan en un perjuicio patrimonial potencial o real para la administración» (Ejecutoria Suprema del 22-7-04, R. N. N.° 1480-2004 Arequipa)[9].
>
> El **acuerdo clandestino** entre dos o más personas para causar un fin ilícito (Ejecutoria Suprema del 4-7-02, Exp. 1402-2002 Tumbes)[10].

VI. COMPETENCIA ESPECIAL DEL FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO QUE CONCIERTE (CAPACIDAD DEL AGENTE)

Además de analizar la concertación, es otro requisito revisar si el funcionario o servidor público, el mismo que se va a interesar debe tener

---

(8) PÉREZ ARROYO, Miguel. *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú* (2001-2005). Tomo II. Lima: Editora San Marcos, 2006, p. 1317.

(9) PÉREZ ARROYO, Miguel. *Op. cit.*, p. 1354.

(10) SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. *Delitos contra la administración pública jurisprudencia penal.* Lima: Jurista editores, 2004, pp. 191-192.

facultades especiales (competencia especial)[11] —reales y concretas—. En otras palabras, el funcionario o servidor público debe tener la capacidad de decisión en de acuerdo en que etapa de contratación en la que interviene, es decir, debe tener el nexo o vínculo funcionarial. En esa misma línea, opina Rojas Vargas: «no puede ser autor [...] cualquier funcionario o servidor que carezca de las facultades específicas de decisión que el tipo exige»[12].

La estructura típica del delito de colusión, primero, requiere evaluar la competencia especial del funcionario o servidor público, la misma que debe ser entendida como la capacidad de decisión sobre la contratación con el estado cual sea la modalidad de contratación con el Estado, en la que va a intervenir por razones de su cargo o, «quienes se relacionan con el objeto material del delito, por razones exclusivamente derivadas del cargo o comisión especial»[13].

En esa lógica, «podrá producirse quiebre funcional y defraudación a los intereses de la Administración pública, pero si no se produjo la aludida concertación con los interesados, el delito no podrá consumarse, es decir, existirá atipicidad por colusión»[14].

Pues, en el caso concreto, en la presente sentencia de la Corte Suprema arriba a la misma conclusión de analizar la capacidad del agente, por lo cual razona de la siguiente manera: «Este Supremo Tribunal coincide con la decisión emitida por la Sala Penal Superior, puesto que en ella se precisó que Vásquez Flores no solo fue nombrado gerente municipal[15], sino que el burgomaestre (coprocesado William Dimas Juan de Dios Ramos) le otorgó

---

(11) URQUIZO VIDELA, Gustavo. El Bien Jurídico protegido en el delito de Colusión Desleal. *Diálogo con la Jurisprudencia*, N.° 129, p. 219.

(12) ROJAS VARGAS, Fidel. *Op. cit.*, pp. 408 y ss.

(13) REATEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos Contra La Administración Pública en el Código Penal*. Lima: Jurista, 2015, p. 377.

(14) ROJAS VARGAS, Fidel. *Op. cit.*, p. 427.

(15) El trece de marzo de dos mil nueve, a través de la Resolución de alcaldía número cero tres dos mil nueve/MDAR-P, fue nombrado gerente municipal. Ver los folios ciento cuarenta y cuatro a ciento cuarenta y cinco.

prerrogativas propias del alcalde[16]. Por tanto, podía aprobar expedientes de contratación de los procesos de selección de licitación pública y concursos públicos (adquisición de bienes y contratación de servicios, por lo que se cumplió con el elemento objetivo del tipo, esto es, la vinculación con los bienes y poder de decisión en el otorgamiento de la buena pro)».

VII. LA CONCERTACIÓN IMPLICA UN MARGEN DE PACTOS ILÍCITOS

Por concertación en el delito de colusión, se entiende «un acuerdo entre dos o más personas para conseguir un fin ilícito, mediante la traición a la confianza o la elusión de la actividad legitima de terceros»[17]; por ello, la concertación implica un acuerdo ilegal u ilícito entre un funcionario o servidor público con un tercero particular para perjudicar al Estado. La concertación implica de pactos ilícitos componendas defraudatorias para fines de perjudicar al estado.

En ese mismo extremo, se pronunció la Corte Suprema de Justicia, mediante la Sentencia del R. N. N.° 2508-2005/Áncash, de la Segunda Sala Penal Transitoria de fecha 24 de noviembre de 2006, donde precisó que:

> La configuración del delito de colusión desleal requiere de la concertación del funcionario o servidor público con el interesado, es decir, de un acuerdo subrepticio entre dichas personas, en los contratos, suministros o licitaciones; asimismo, debe destacarse, como otro elemento constitutivo del tipo, la defraudación al Estado, sus organismos o entidades, la misma que se manifiesta en un perjuicio y que es producto precisamente de dicho acuerdo ilícito relacionado con esta concertación, el ilícito penal necesita de

(16) Estas prerrogativas le fueron otorgadas por el propio alcalde (don William D, Juan de Dios Ramos). Ver Resolución de alcaldía número cero cinco-dos mil nueve/MDAR-P-BOL, de trece de marzo de dos mil nueve, en que resalta: «Artículo primero: Delegar al señor Roberto Hugo Vásquez Flores (gerente municipal) las atribuciones del alcalde para celebrar contratos y convenios necesarios, para el ejercicio de sus funciones: aprobar expedientes de contratación de los procesos de selección de licitación pública y concursos públicos (adquisición de bienes y contratación de servicios)».

(17) FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la administración pública.* Lima: Fecaat, 2011, p. 213.

> la intervención activa del interesado, quien justamente concierta con el funcionario público, lo que implica la exteriorización de un acto de conformidad o asentimiento de su parte y, con ello, un acuerdo de voluntades entre el funcionario y el interesado.

También, se volvió a pronunciar la Corte Suprema de Justicia, mediante la Sentencia del R. N. N.° 1296-2007/Lima, de la Segunda Sala Penal Transitoria de fechas 12 de diciembre de 2007, indicando lo siguiente:

> La concertación implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subprepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto de la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa.

VIII. CONCERTAR MEDIANTE DIVERSAS MODALIDADES CONFABULATORIAS

La concertación se da mediante diversas modalidades confabulatorias, las mismas que deben ser identificadas en la redacción fáctica sobre la cual recaerá este ilícito penal. En esa misma idea, el R. N. N.° 1126-2017/Áncash siguió el mismo camino de la jurisprudencia y la doctrina ya desarrolladas con anterioridad, en su considerando 3. 3., estimó lo siguiente:

> La concertación implica un amplio margen de pactos ilícitos, componendas o arreglos en perjuicio evidente de los intereses estatales en juego. Se puede concertar mediante diversas modalidades confabulatorias, para presentar, por ejemplo, precios simulados —sobrevaluados o subvaluados—, admitir calidades inferiores a las requeridas, o derivar directamente de las operaciones ventajas o intereses particulares o para otros fines (Salinas, 2016, pp. 319-320).

Entonces, la concertación clandestina tiene que ser identificada toda vez que la concertación tiene varias modalidades. En consecuencia, se tiene que identificar en qué modalidad se dio a efectos de consumar el delito de colusión; pues la Corte Suprema, a modo de ejemplo pone algunas modalidades precios simulados —sobrevaluados o subvaluados—, admitir calidades inferiores a las requeridas o derivar directamente de las operaciones ventajas,

intereses particulares o para otros fines. Estas modalidades deben ser identificadas en la imputación fáctica porque así lo requiere el tipo penal.

IX. NO SE CASTIGA CUALQUIER CONCERTACIÓN

La concertación como acuerdo de voluntades o concierto de intereses entre el funcionario público y el particular interesado, además de esta concertación, debe adicionarse la finalidad de perjudicar al Estado. En esta misma lógica, la Corte Suprema se pronunció en el R. N. N.° 1126-2017/Áncash, en su fundamento 3.4., también estimó:

> En consecuencia, no se trata de castigar cualquier concertación, sino únicamente las que buscan perjudicar o las que perjudican o traen consecuencias económicas nocivas para el Estado, ya sea, por lo general, porque se paga más por un producto de una determinada calidad habiendo concierto entre las partes.

X. OBJETO DE PROTECCIÓN EN EL DELITO DE COLUSIÓN

Respecto del objeto de protección, existen tres postulados en la doctrina nacional, la misma que no es unánime, las posturas respecto del objeto de protección en el delito de colusión son diversas; pues, de manera breve, enunciaremos estos tres extremos que postulan en la doctrina nacional y que postura adopta el presente R. N. N.° 1126-2017/Áncash.

De este modo, el primer postulado es desarrollado por García Cavero[18]: «La misma que se denomina como objeto de protección institucional, la que debe entenderse como el cumplimiento del deber positivo especial que tiene todo funcionario o servidor en función de sus atribuciones; actúa en el marco de las contrataciones u operaciones con el Estado, pues basta quebrantar el deber positivo especial que le compete a este funcionario o servidor».

El segundo postulado está desarrollado en la doctrina nacional por Salinas Siccha[19], quien considera que el objeto de protección en el delito de

---

(18) GARCÍA CAVERO, Percy. Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal. En *El delito de colusión*. GARCÍA CAVERO, Percy & CASTILLO ALVA, José Luis. Lima: Grijley, 2008, pp. 21-23.

(19) SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 3.ª ed. Lima: Grijley, 2011, p. 265.

solución es «la regularidad, el prestigio y los intereses patrimoniales de la administración pública, expresados en la idoneidad y celo profesional en el cumplimiento de las obligaciones funcionales por parte de los funcionarios o servidores públicos».

El tercer postulado es desarrollado por Rojas Vargas[20], quien indica, a la vez, que el objeto de protección en el delito de colusión es «garantizar la intangibilidad de los roles especiales inherentes a la función pública y asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional», la misma que es el deber de lealtad y probidad que tiene todo funcionario o servidor público.

El R. N. N.° 1126-2017/Áncash, en su fundamento tres, punto siete, indica que el delito de colusión protege la probidad de la función pública, mas no el perjuicio patrimonial. Claro está que asume la postura que respeta el principio de protección de bienes jurídicos y de mínima intervención penal; En consecuencia, el objeto de protección es la infracción del deber de lealtad y probidad que todo funcionario público tiene: el solo quebrantamiento de ese deber positivo especial que tiene todo funcionario o servidor en el marco de las contrataciones u operaciones con el Estado.

XI. CONCLUSIÓN

El elemento «concertación» en el delito de colusión debe ser «objetivamente descrito» en la formalización de investigación preparatoria para luego ser materia de prueba más allá de toda duda razonable. Esa concertación o ese pacto ilegal (acuerdo colusorio) siempre debe ser entre el funcionario o servidor que en el marco de sus actividades y funciones positivas especiales, que le competen por esa actividad que le emana de sus deberes especiales con otro que es el tercero o el particular.

XII. BIBLIOGRAFÍA

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Fecaat, 2011.

GARCÍA CAVERO, Percy. Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal. En *El delito de colusión*. GARCÍA CAVERO, Percy & CASTILLO ALVA, José Luis Lima: Grijley, 2008.

(20) ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 3.ª ed. Lima: Grijley, 2007, p. 192.

GARCÍA CAVERO, Percy y otro. *El delito de Colusión*. Lima: Editora Jurídica Grijley.

PÉREZ ARROYO, Miguel. La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú (2001-2005) Tomo II. Lima: Editora San Marcos, 2006.

URQUIZO VIDELA, Gustavo. El Bien Jurídico protegido en el delito de Colusión Desleal. *Diálogo con la Jurisprudencia N.° 129.*

REATEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos Contra La Administración Pública en el Código Penal*. Lima: Jurista, 2015.

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 3.ª ed. Lima: Grijley, 2011.

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Editorial Grijley, 2016.

SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. *Delitos contra la administración pública jurisprudencia penal*. Lima: Jurista editores, 2004.

ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 3.ª ed. Lima: Grijley, 2007.

ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos Contra la Administración Pública*. 4.ª ed. Lima: Editora Jurídica Grijley.

Casación N.° 150-2010, del 5 de mayo de 2011-LA Libertad, Fundamento jurídico séptimo (Sala Penal Permanente), vocal ponente: Rodríguez Tineo. En *Gaceta penal,* Tomo 32, febrero 2012. Lima: Gaceta jurídica.

R. N. N.° 1126-2017/Áncash, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 5 de setiembre del 2017.

R. N. N.° 37-2012-Huanuco, Sala Penal Transitoria, de fecha 17 mayo del 2012, Vocal ponente: Inés Villa Bonilla, en Gaceta penal, Tomo 43, enero de 2013, Lima, Gaceta jurídica.

R. N. N.° 2508-2005/Áncash, de la Segunda Sala Penal Transitoria, de fecha 24 de noviembre de 2006.

R. N. N.° 1296-2007/Lima, de la Segunda Sala Penal Transitoria, de fecha 12 de diciembre de 2007.

R. N. N.° 740-2003/Arequipa, de fecha 4 de junio del 2004.

R. N. N.° 1480-2004/Arequipa, de fecha 22 de julio del 2004.

Exp. N.° 00036-2012, Resolución del 21-09-2012 de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, vocal ponente: Susana Castañeda Otzu.

Ejecutoria Suprema del 4-7-02, Exp. 1402-2002/Tumbes.

DEFINICIÓN Y ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE PECULADO (ART. 387 DEL CP)

Jorge B. Hugo Álvarez(*)

SUMARIO: I. Introducción. **II.** De los fundamentos jurídicos del acuerdo plenario. **III.** De la característica del tipo penal entendido como un delito pluriofensivo y de la forma tratada por el acuerdo plenario. **IV.** De la reinterpretación del acuerdo plenario en relación de acuerdo con a las nuevas reformas del artículo 387 del Código Penal. **V.** De algunas cuestiones vinculadas con la estructura del tipo penal. **VI.** El delito de peculado culposo.

JURISPRUDENCIA:

Acuerdo Plenario N.° 4-2005/CJ-116

SUMILLLA

Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes, que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público [...]. La conducta culposa es de precisar que dicha figura no está referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos, se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público [...] En el peculado culposo debe tenerse en cuenta: «la sustracción y la culpa del funcionario o servidor público» como elementos componentes típicos».

I. INTRODUCCIÓN

Es usual y bastante recurrente que los jueces supremos en lo penal, integrantes de las Sala Penal Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de la República, se reúnan en Plenos Jurisdiccional, bajo el amparo del artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial para

(*) Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

pronunciarse sobre diversas cuestiones temáticas puestas a consideración, como tema de debate. En tal sentido, el Acuerdo Plenario N.° 4-2005/CJ-116 en relación con el tipo penal: peculado, denominado impropiamente en parte; definición y estructura típica del delito de peculado.

> [...] El Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan la estructura típica del delito de peculado, por cuanto resulta pertinente precisar definiciones relativas al tipo penal y permitir deslindar esta figura típica de los demás tipos penales que se encuentren comprendidos en el Título XIII del Código Penal, delitos contra la Administración pública. Para tal efecto, invocaron el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar acuerdos plenarios, con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema acotado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un acuerdo plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

Una cosa es precisar definiciones de alguna categoría contenidas en el tipo penal: custodia, percepción, administración, relación funcional, caudales, efectos, etc. Y otra, establecer un concepto de peculado. Insistir en esto último, sería un grave error, porque un Código Penal no es un código de definiciones. Los verbos rectores a menudo reflejan gran parte de esa complejidad en la interpretación del texto (apropiar, utilizar)[1]. Puedan mantener una terminología común, pero coexisten en ellas significados, direcciones o contenidos materiales en diferentes direcciones. En tal sentido, hacen bien los jueces supremos en establecer por Acuerdos Plenarios referentes necesarios para uniformizar y ser más previsibles, decisiones con mayores argumentos razonados, en una materia determinada de cierta complejidad, pero sin un carácter absoluto.

---

(1) Texto y significado no siempre coinciden en cuanta significación material o mantiene un mismo contenido como concepto. Lo es porque un concepto está ubicado entre el hecho y la palabra.

La relación funcional en analizar la estructura del tipo penal y su relación conceptual con las categorías contenida en ella es mucho más complejo de lo que podría suponerse. De esta manera, resulta unilateral reducir esas variables a algunas precisiones de definiciones relativas al tipo penal para diferenciarlas o permitir deslindar esta figura típica de los demás tipos penales que se encuentren comprendidos en el Título XIII del Código Penal. La cuestión fundamental no se reduce a buscar diferenciarse con otros tipos penales, porque no encontramos mayores dificultades en este propósito. No obstante, hay un paso importante, pero en otra dirección. Ahora bien, el tipo penal: peculado en nuestro medio es de vieja data, de manera que su complejidad y amplitud debió ser agotado hace mucho tiempo. No lo fue porque constantemente sufrió tantas reformas que, su naturaleza jurídica perdió el sentido primigenio por el cual fue concebido.

El mejor proceso de constructo de tipos penales es aquel que necesita menos de la interpretación. Cosa poco probable y complicado en Perú porque aún prevalece aquel espíritu absolutista que cree que la solución a todos los males radica en la ley penal. Trágica realidad y decisión de fiscales, jueces exegéticos y legisladores que se inclinan al más importante monumento legislativo hecho absolutismo. Qué lejano suena a oídos de jueces y fiscales el caso Marbury vs. Madison, tan entrañables las mentes lúcidas e ilustradas en nuestro país: la justicia constitucional como revisión judicial de las normas y de los actos de Gobierno.

En todo caso, harían bien los jueces supremos en sus plenarios, rencausar el proceso de interpretación de las normas penales bajo parámetros de valores, principios y preceptos constitucionales. «Si la constitución es una totalidad suprema, el derecho penal, civil, corporativo, laboral, etc., se constituyen en partes de esa totalidad. En el orden supremo de jerarquías normativas, las partes no pueden ir contra el todo porque ello implica su propia negación»(2). No de otra forma podemos expresarnos a propósito de la última reforma del artículo 387 del Código Penal peruano por Decreto Legislativo N.° 1243, publicado en el Diario Oficial *El Peruano*, el 26 de noviembre del 2016(3). En lo esencial no ha

---

(2) HUGO, Jorge y HUARCAYA, Betty. *Revista Gaceta Penal & Procesal Penal*. Gaceta Jurídica. Tomo 83. Lima-Perú, 2016, p. 306.

(3) Son tantas las hemorragias legislativas que como reformas se hizo del artículo 387 del Código Penal que, no extrañaría que se materialicen otras tantas. El Decreto Legislativo N.° 1243, en este punto no resulta sustancial. En efecto, la Ley N.° 29758 (publicado

variado nada, excepto el haber adicionado dos penas accesorias concurrentes a la pena principal: la inhabilitación y la pena de multas-días. Las sucesivas reformas introducidas al artículo 387 del Código Penal solo expresan una clara tendencia hacia la sobre criminalización.

En un Estado constitucional de derecho, la actividad interpretativa del juzgador lo obliga a que su razonamiento no sea puramente legal, sino —y ante todo— un razonamiento constitucional. Las reformas desde el ámbito de la racionalidad del principio de legalidad constitucional y de la naturaleza jurídica del tipo penal son positivas cuando aclaran los procesos de interpretación de las normas o expresan mejor las incertidumbres que puedan presentarse en su aplicación fáctica. No obstante, el propósito esperado con la última modificación por Decreto Legislativo N.° 1243 lo ubica en el mismo nivel del populismo penal. La técnica legislativa ha mejorado un poco, pero no lo suficiente como fórmula general que permita establecer un paso importante en la autorrealización funcional de tipos penales que deben cumplir una funcional racional garantista. Aquel garantismo que por esencia va perdiendo terreno en el nivel de las libertades individuales de hoy.

II. DE LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL ACUERDO PLENARIO

Discutible es establecer como «doctrina legal»[4] las definiciones precisadas y la estructura típica del delito de peculado contemplado en los fundamentos del Acuerdo Plenario N.° 4-2005/CJ-116 en relación con el tipo penal: Peculado. No hay nada nuevo en lo versado que no haya sido abordado con mayor amplitud y rigor por la doctrina nacional como comparada. De manera que, no resulta conceptualmente feliz la expresión: «doctrina legal» porque resulta bastante equívoco en un medio donde casi todo se maneja con escaso rigor técnico. Una doctrina no puede considerarse legal, tampoco

---

en el Diario Oficial *El Peruano* el 21 de julio del 2001) incorporó un referente patrimonial que agrava el tipo básico, cuando lo apropiado o utilizado por el agente sobrepase las 10 unidades impositivas tributarias. Se mantiene la misma pena y lo único que ha agregado en el tipo básico y agravado otras dos penas accesorias: la inhabilitación y la pena de multas-días. Innecesarias y desproporcionadas.

(4) El Acuerdo Plenario establece como doctrina legal las definiciones precisadas y la estructura típica del delito de peculado, las que se describen en los párrafos 6, 7 y 8 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos constituyen precedentes vinculantes.

ilegal, trasciende estos marcos normativos[5]. En este nivel de razonamiento cuán importante resultan los usos lingüísticos y el sentido real de un texto y de un significado de la norma penal. Razones prácticas así lo ameritan.

No obstante, resulta extraordinario dicho acuerdo en la medida en que constituye una saludable aclaración, como paso vital en la senda por racionalizar el derecho penal al establecer pautas fuertes que aclaran el proceso de interpretación y aplicación del artículo 387 del Código Penal. Aquella nueva actitud racional de nuestros magistrados de la Corte Suprema de la República por establecer como fundamentos jurídicos pautas fuertes con carácter vinculante, lo ubican en la idea de reconducir el derecho penal hacia un derecho penal constitucionalizado. La relación del juez con la norma penal no se reconduce a su sentido literal o textual[6]. Claro que por su constructo particular y por su propia naturaleza constitutiva del tipo penal en cuestión se hace necesario reflexionar sobre el significado de su estructura y sus elementos de correlación con los supuestos contenidos en el tipo penal. Tanto o más en relación con la construcción técnica del dolo y de la culpa.

Veamos, el fundamento 6 establece:

> El artículo 387 del Código Penal vigente establece, en primer lugar, la acción dolosa en el delito de peculado, al señalar que «el

---

(5) En Perú se es poco creativo. La denominada impropiamente doctrina legal en la legislación comparada se hace alusión a la Jurisprudencia conformada por las sentencias y resoluciones dictadas por Jueces de manera constante e uniforme. Es decir, el modo en que los órganos judiciales han interpretado el ordenamiento jurídico. En nuestro medio, los acuerdos plenarios le dan un significado de doctrina legal. Hay quizá un uso no del todo exacto del vocablo (doctrina). Por otro lado, el vocablo *doctrina* se entiende como 'el conjunto de juicios emitidos por los juristas en su tarea de encontrar la racionalidad de los principios y categorías jurídicas sobre el cual se erige el cuerpo orgánico de normas penales'. Este conjunto de opiniones emitidas por los estudiosos del derecho se manifiestan a través de libros, revistas, artículos, entre otros. Se reduce al conjunto de opiniones que sirven de guía para ejercer el derecho. Nunca se impone por sí misma ni tiene un carácter obligatorio.

(6) Solo los exegéticos del ayer, de hoy y, del mañana que logren subsistir, harán de este aserto una razón de fe. «El contraste de un Estado constitucional de derecho y un derecho penal de máxima intensidad se ubica entre la racionalidad e irracionalidad de la respuesta penal. En un Estado constitucional de derecho, todo se argumenta bajo parámetros de racionalidad. «El no hacerlo contrasta el sentido real de la racionalidad e irracionalidad de la acción punitiva del Estado. Todo se torna oscuro y ambiguo en pro de la seguridad» (JORGE HUGO. *Actualidad Penal*, N.° 5, 2015, p. 86, Lima-Perú).

funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo [...]; en segundo lugar, la acción culposa se traduce en el comportamiento negligente del sujeto activo, describiéndolo como si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos [...], concluyendo, en tercer lugar, que las acciones dolosas y culposas admiten circunstancias agravantes precisamente en la importancia especial de la finalidad pública para lo cual estaban destinados los bienes «si los caudales o efectos estuvieran destinados afines asistenciales o a programas de apoyo social [...] (forma de circunstancia agravante incorporada por Ley N.° 26198 del 13 de junio de 1993). [Peculado doloso, culposo y sus circunstancias agravantes]. Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la Administración pública. [Disponibilidad jurídica y competencia funcional específica]. Todo ello nos lleva a sostener que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobla en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración pública y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad [Buen jurídico: delito pluriofensivo].

El tipo penal: peculado abordado por el acuerdo plenario en el nivel descriptivo-correlacional no tiene mayor trascendencia porque, en efecto, es

un delito de acción dolosa (dolo directo) que admite otra de acción culposa (negligencia)[7] y, desde luego, para ambos normativamente se establece circunstancias que agravan el hecho, cuando tratándose del tipo básico lo apropiado o utilizado supera las 10 unidades impositivas tributarias o estos bienes estén destinados a fines de asistencia social o apoyo social, y tratándose del delito de peculado culposo cuando el agente por culpa da ocasión a que se efectúe por otra persona, la sustracción de caudales o efectos que estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, o inclusión social. Dicha circunstancias agravantes del hecho debe entenderse como un término técnico indicador de datos fácticos para cada caso en concreto, distinguiéndose de esa forma de las consideraciones jurídicas (el tipo penal agravado y su aplicación práctica al hecho concreto).

Mención especial merece esa relación funcional existente entre funcionario o servidor público y los bienes del Estado de cuya administración, custodia o percepción son otorgadas por razón del cargo. Es casi uniforme la idea de que en la configuración del tipo penal no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado al funcionario o servido público por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente tenga que ejercer una tenencia material directa. Esta realidad teorizada por la doctrina más autoridad toma el nombre de «tenencia por disponibilidad jurídica real». Ocurre, por ejemplo, que el titular del pliego de una entidad del Estado tenga disponibilidad jurídica (tenencia indirecta) de los bienes del Estado, y el gerente de administración la tenencia directa. El primero tenencia indirecta y el segundo tenencia directa. Administración genérica y administración específica, en esa relación dual prevalece la administración genérica del primero sobre el segundo, en la medida que por disposición de ley expresa que el titular del pliego tiene por imperio de la ley aquella posibilidad real de libre disposición de dichos bienes.

---

(7) Una culpa *in vigilando* que implica inobservancia del deber de cuidado como hecho materialmente algo cercano al dolo directo (delito culposo de comisión). Esta actividad propia puede ser por acción u omisión. Claro, no cabe responsabilidad por hecho ajeno, sino propio. Por otro lado, si como refieren los jueces supremos el núcleo material del peculado culposo radica en el actuar negligente del sujeto activo, ¿implicaría que en el nivel de la antijurídica cabe la posibilidad de la concurrencia de causas de justificación? Cuestión no del todo desarrollada.

La dualidad del funcionario público (función-atribución) que como titular del pliego tiene la administración general como función pública y como atribución específica de disponer de los bienes de acuerdo con pautas previamente establecidas por ley de la materia. En tal sentido, la disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la Administración pública.

¿Qué entender por disponibilidad jurídica y competencia específica? La parte más compleja por establecer el contenido material de la expresión «disponibilidad jurídica» se evidencia en estos casos. No obstante, esa seria dificultad puede ser superada con indicadores referenciales sobre el particular. De manera que hacen bien los jueces supremos en establecer que esta expresión está en relación directa o se encuentra en fuerte conectividad con las atribuciones establecida por norma expresa. Nada extraño para los estudiosos del derecho penal. Todo funcionario o servidor público tiene funciones generales, pero no tienen las mismas atribuciones. De manera que esa disponibilidad jurídica está referida a atribuciones que, desde luego, son específicas y nunca generales. Entendido de esta forma, es redundante y poco apropiado hablar de «competencias funcionales»[8]. En realidad, son atribuciones propias determinada por ley expresa por razón de su cargo. Del mismo modo, es errado indicar que «la disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la Administración pública». Ser parte de la Administración Pública es algo tan gaseoso en relación con el cargo y a las atribuciones vinculadas a ella.

Un funcionario o servidor público solo puede disponer del bien si tiene atribuciones para ello establecido por norma expresa. No todos tienen esa atribución por razón de su cargo. Entonces, la administración indirecta (por funciones generales) tiene su correlato extensivo con la expresión «disponibilidad jurídica». Entonces, la categoría jurídica «administración» debe ser interpretada de manea extensiva que comprende la directa e indirecta, esta última a través de la disponibilidad jurídica sobre los caudales o efectos.

Esta línea de razonamiento parece, en parte desprenderse del acuerdo plenario cuando establece como «doctrina a legal» que en la configuración

---

(8) El concepto de competencia funcional específica es equívoco. Es más adecuado utilizar el vocablo atribución de disposición de los efectos o caudales del Estado.

del delito de peculado basta una vinculación indirecta con los bienes del Estado (disponibilidad jurídica), pues la posición de dominio que ostenta el funcionario es sobre los bienes y caudales públicos. Es posible esta interpretación en la medida que las normas penales son interpretadas, no según la probable voluntad del legislador, sino según la naturaleza de las cosas y las necesidades del Estado como expresión cultural de valores de un país. Si esta cambia, debe cambiar correlativamente la interpretación de la ley penal. Es una forma de alejarnos de aquella predominante forma de tejer una red finísima de innumerables preceptos casuísticos que aprisionan el sentido racional de la norma penal, tan propia o más cercana al Estado de derecho absolutista.

III. DE LA CARACTERÍSTICA DEL TIPO PENAL ENTENDIDO COMO UN DELITO PLURIOFENSIVO Y DE LA FORMA TRATADA POR EL ACUERDO PLENARIO

Todo ello nos lleva a sostener que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobla en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración pública y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad [Buen jurídico: delito pluriofensivo].

El acuerdo plenario parte de una premisa que da por sentado que el peculado es un delito pluriofensivo y, en consecuencia, siendo esto así, el bien jurídico tutelado por la norma penal se desdobla en dos objetos específicos merecedores de protección, los intereses patrimoniales del Estado y los deberes de lealtad y probidad, para de esa manera garantizar el principio de la no lesividad y el abuso del poder. Casi la generalidad de los delitos tiene la connotación de ser pluriofensivo. Esta nota característica no necesariamente nos lleva a desdoblar el objeto de protección por parte de la norma penal de pluralidad de bienes, sino relevar y tomar en consideración el bien jurídico preponderante. Con las últimas reformas al artículo 387 del Código Penal indican un giro esencial para establecer su naturaleza jurídica de índole patrimonial. En consecuencia, es un tipo penal de carácter meramente patrimonial.

Esta connotación patrimonialista del peculado cuenta con muchos argumentos a su favor. El argumento de configuración histórica que tuvo el injusto de *peculatus*. Pues en el derecho romano era concebido como un

hurto de determinados bienes de especial relevancia; lo cual representaba un delito contra la propiedad. Era irrelevante si el autor era funcionario público o particular. Ambos, en términos modernos, eran sujeto activo del tipo penal en cuestión.

Esta línea patrimonialista es seguida por los Códigos Penales más modernos. Así, de esa manera, el derecho penal alemán lo configura como una figura penal de contenido patrimonial, sistematizado dentro de los delitos contra el patrimonio. Tipo penal cuyo constructo es autónomo como apropiación indebida o de gestión desleal de negocios ajenos. El caso peruano es atípico, en cuanto a evolución del tipo penal en cuestión porque normativamente pasó de ser un delito de función pública, cuya norma penal protege el normal y correcto ejercicio de la función como bien preponderante a otro de protección del patrimonio del Estado. De manera que el seco sentido literal de la norma penal pasó a cobrar vida en ese nivel de contenido patrimonial. A mayor referente, el legislador optó por duplicar el plazo de prescripción de la acción penal para los delitos cometidos «contra el patrimonio del Estado». Lo cual presupone la existencia de delitos de esta naturaleza. En tal sentido, para fines prácticos considerar un supuesto «deber de fidelidad e integridad del funcionario» como bien jurídico protegido en el delito de peculado no parece corresponderse con las modalidades de peculado previsto en nuestra legislación.

En efecto, el último párrafo del artículo 80 del Código Penal prescribe literalmente lo siguiente: «En los casos de delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, el plazo de prescripción se duplica». (Texto según la Ley N.° 26360 del 29-09-94). Esta norma tiene como sustento al artículo 41 de la Constitución Política del Estado y no se refiere única y exclusiva a los funcionaros o servidores públicos; sino también, como refiere Manuel Álvarez Simonetti: «Se duplica el plazo rescriptorio aun cuando el delito contra el patrimonio del Estado lo cometa un particular, como por ejemplo los de hurto, robo, usurpación o daños que ejecuten personas que no son dependientes del gobierno»[9]. Lo que implica que la misma está referida a los delitos contra el patrimonio donde el sujeto activo puede ser un particular o

(9) ÁLVAREZ SIMONETTI, Manuel. *Código Penal*. 1.ª ed. Lima, 1997, p. 132.

un funcionario o servidor público que no tiene la administración, la custodia o la percepción de los caudales o efectos del Estado[10].

Primigeniamente, el tipo penal descrito como supuesto prohibido en el artículo 387 del Código Penal no tuvo un referente patrimonial a diferencia de otras legislaciones como la española y la colombiana. Eso fue un hecho *a posteriori* por la Ley N.° 29758, que se mantuvo por el Decreto Legislativo N.° 1243 como uno de los agravantes del tipo penal. No obstante, en este paso importante surge otro problema en relación con el tipo básico. Esta situación generó resoluciones jurisdiccionales contradictorias y pocas razonadas porque los juzgadores penales consideraban que para nuestro sistema penal el perjuicio económico así fuera mínima, era irrelevante en la configuración del hecho punible. Veamos algunos Ejecutoria Suprema del 21 de diciembre de 1990 como ejemplo:

> El delito de peculado es una figura delictiva específica, en la cual para su calificación como tal no se tiene en cuenta el monto del desmedro patrimonial, por lo que no es procedente dada su cuantía considerarlo como falta». En el mismo sentido, la ejecutoria suprema del 3 de junio de 1991 prescribe que «por la naturaleza del delito de peculado, el anterior Código Penal ni el actual cuerpo de leyes contemplan la cuantía de los caudales apropia (Exp. N.° 808-90-Callao, Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia, Año Judicial 1990, T. LXXVIII, Lima, 1993, p. 141. 20 Exp. N.° 1141-90-Loreto). Resoluciones judiciales que contrastan con aquellas otras que establecen:
>
> Estas direcciones de interpretaciones contrapuestas merecieron la atención de jueces supremos que en sendos Acuerdos Plenarios trataron de corregir estos despropósitos hasta que sancionara como delito de peculado el apoderarse de dos hojas de papel o monto irrisorios del Estado y haciendo uso de su iniciativa le-

(10) El último párrafo del artículo 41 de la Constitución Política del Estado de 1993 prescribe literalmente lo siguiente: «El plazo de prescripción se duplica en casos de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado»; enunciado que, en todo caso, da sustento constitucional para crear o modificar el Código Penal en el extremo de tipificar como delito agravado cuando el agente atente contra el patrimonio del Estado.

gislativa presentaron proyectos de ley. Por ejemplo, aquella que la Sala Plena de la Corte Suprema de la República en relación con el Proyecto de Ley N.° 4187/2010-PJ22, que propuso modificar el contenido del artículo 387 del CP, para imponer una cuantía mínima al delito de peculado (2 unidades impositivas tributarias para el doloso y 2 remuneraciones mínimas viales para el culposo). El legislador peruano rechazó dicho proyecto. Sin embargo, con fecha posterior introdujo el referente patrimonial que agrava el hecho cuando lo apropiado o lo utilizado supera las 10 unidades impositivas tributarias.

Cuestiones como lo antes señalado ameritaban establecer un límite cuantitativo en la configuración del delito de peculado. En tal sentido, resulta ilustrativo la Exposición de Motivos del mencionado proyecto: «[...] el sistema penal no puede asumir cualquier conducta de apropiación de un bien por parte del funcionario, desplegando todos sus recursos, con abstracción del valor de lo apropiado. Esto revela una actitud moralizante y demagógica por parte del legislador. Por ello, se plantea que al igual que en los delitos contra el patrimonio se establezca un límite cuantitativo para configurar el peculado como un delito; un criterio puede ser el de la remuneración mínima vital. Ello no significa que la conducta del funcionario que se apropie de un bien, por debajo del límite, quede sin consecuencia alguna. Para ello, sirve el derecho administrativo disciplinario, cuya sanción mayor es la destitución del funcionario o servidor, sin desmedro de que devuelva el bien o el valor de los apropiado».

En suma, el Código Penal peruano tratándose del delito de peculado parece predominar la protección patrimonialista de la norma penal ciertamente equiparada en cuanto protección del mismo como una infracción del deber. No obstante, la idea del «deber del cargo» parece más acorde con una visión autoritaria incompatible con un Estado Constitucional de derecho. En todo caso, si se trata de una «infracción del deber», esta no constituye un bien jurídico, sino solo un elemento del tipo penal. El bien jurídico tutelado por la norma penal es el patrimonio público en esa vinculación funcional con el agente de no lesionar o impedir toda lesión o peligro por acción dolosa

o culposa. De ahí que el funcionario o servidor público tiene su razón en la correcta administración, entendida como gestión y utilización adecuada del patrimonio del Estado en función a los intereses generales y no particulares.

IV. DE LA REINTERPRETACIÓN DEL ACUERDO PLENARIO EN RELACIÓN O DE ACUERDO CON A LAS NUEVAS REFORMAS DEL ARTÍCULO 387 DEL CÓDIGO PENAL

Las últimas reformas al artículo 387 del Código Penal en relación con el delito de peculado por apropiación, utilización o culposo variaron el sentido material de su naturaleza jurídica. Dos nuevos referentes son indicativo de dicha variación, copiando a la legislación colombiana: el referente patrimonial que agrava el tipo básico por la cuantía de lo apropiado o utilizado, cuando sobrepasaba las 10 unidades impositivas tributarias. Por otro lado, al haberse duplicado el plazo de prescripción de la acción penal para los delitos cometidos «contra el patrimonio del Estado» y la incorporación de penas accesorias de inhabilitación y multa. Lo cual presupone una reconducción sistemática de este delito. Menudo problema de ubicación y sistematización porque siendo un delito de naturaleza pluriofensivo (afecta varios bienes jurídicos al mismo tiempo) lo relevante en estas condiciones es que se constituye un delito de carácter predominantemente de orden patrimonial. Alejándose de esa manera al ser considerado como un delito que se agota en el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

El Acuerdo Plenario tiene que ser reinterpretado de acuerdo con los términos establecido por Ley N.° 29758 (publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 21 de julio del 2001) que incorporó al artículo 387 del Código Penal un referente patrimonial que agrava el tipo básico, cuando lo apropiado o utilizado por el agente sobrepasaba las 10 unidades impositivas tributarias y el agregado establecido por el Decreto Legislativo N.° 1243 en cuanto a inhabilitación y pena de multa.

Importa relevar lo que el legislador dejó subsistente como un serio problema en relación con los supuestos fácticos comprendidos en el tipo básico, cuando lo apropiado o utilizado con dolo directo por parte del agente tiene una connotación de mínima relevancia (tendencia patrimonialista)[11]. Es de-

(11) Esta cuestión fue abordada por los jueces supremos al reflexionar sobre si, todas las

cir, bienes (entendido como caudales o efectos) cuyo valor patrimonial es de poca significancia. Ante esta situación, es preciso recurrir en el proceso de interpretación racional de la norma penal al principio constitucional de lesividad para dotar de contenido material al tipo penal. Es indicativo que la pena para ser justa, debe fundamentarse en la culpabilidad del agente que puso en serio peligro o lesión cierta y de relevancia del bien jurídico tutelado por la norma penal. No se trata de cualquier peligro o lesión, sino aquella que resulte ser relevante que justifique realmente la intervención penal (principio de mínima intervención del derecho penal). Por ejemplo, el funcionario o servidor público que se apropia de 100 o 200 soles o aquel otro que utiliza dos papeles del Estado para hacer un escrito privado, etc. Estos supuestos no ameritan la intervención de la acción penal, basta correctivos administrativos. Nos atrevemos a señalar que corresponde considerar atípica estos supuestos porque carecen de relevancia penal(12).

Entonces, es pertinente y necesario fijar criterios en torno a los componentes de tipicidad que demanda el tipo básico del delito de peculado y de los límites legales que tienen que observarse para la debida graduación de la pena concreta que debe aplicarse al autor culpable del indicado delito(13). Se trata se ubicarse en una decisión razonable de rectificación. Un pequeño paso

---

conductas del peculado tienen relevancia por su mínima lesividad al bien jurídico tutelado por la norma penal. Las últimas reformas al artículo 387 del Código Penal le da un carácter patrimonialista a esta figura penal, que parecen indicar una línea de reflexión, en la posibilidad de despenalizarlas algunos supuestos de afectación mínima al patrimonio del Estado. El Poder Judicial en un proyecto de reforma del delito de Peculado, presentado ante el Congreso de la República en julio de 2010, planteó con buen criterio esta posibilidad.

(12) Los jueces supremos dieron un paso importante en la senda de la racionalidad del derecho penal con el Acuerdo Plenario N.° 1-2016/CIJ-116, evidenciando un apego saludable a la Constitución que hace posible una interpretación y aplicación material de principio constitucional de pena justa, entre otros.

(13) En un contexto de predominio de jueces y fiscales exegéticos mayor es el esfuerzo por establecer criterio de interpretación conforme a principios constitucionales que vienen a corregir una situación de injusticia creada por falta de precisión, ambigüedad de la norma penal o, por la ausencia de la misma. Es vital tener en consideración los principios fundamentales de legalidad, lesividad y culpabilidad. En un Estado constitucional de derecho, la relación o conectividad del magistrado con la ley penal no se reconduce en un sentido textualista dentro del proceso de interpretación y aplicación; va mucho más allá, en la racionalidad de las normas penales.

por racionalizar la norma penal y un gran paso en la correcta administración de justicia. En ella cobra relevancia gigantesca la aplicación material del principio constitucional de justa pena, prohibición de exceso, proporcionalidad, lesividad y mínima intervención, etc. Y desde luego, el sentido real de la eficacia del principio de la supremacía constitucional. Es evidente el reconocimiento que la Constitución es fuente por excelencia de todo el ordenamiento penal, lo señalamos con propiedad en el desarrollo incipiente de nuestra tesis: Teoría para un derecho penal constitucionalizado: «La constitucionalización del derecho penal no se reduce a un simplismo reduccionista; es mucho más que eso. A partir de esta premisa, el derecho penal pasa a ser explicado e interpretado en su aplicación, bajo los parámetros constitucionales. En todo caso, un derecho penal, entendido como cuerpo orgánico de normas penales, tiene una connotación de ley penal de desarrollo constitucional. Entonces, el derecho penal, como cuerpo de principios, tipos penales y penas, tiene como fuente y fundamento a la Constitución. Desde cualquier ángulo, el Derecho Penal se ubica en el ámbito de la totalidad suprema de una Constitución con autonomía correlacional en el proceso de constructo de tipos penales, de principios, valores, interpretación, sujetos, objetivos, penas, bien jurídico tutelado, etc., que tienen como fundamento esencial a los valores, principios y preceptos constitucionales»[14].

En un Estado constitucional de derecho, la actividad interpretativa del juzgador lo obliga a que su razonamiento no sea puramente legal, sino —y ante todo— un razonamiento constitucional. Las reformas desde el ámbito de la racionalidad del principio de legalidad constitucional y de la naturaleza jurídica del tipo penal son positivas cuando aclaran los procesos de interpretación de las normas o expresan mejor las incertidumbres que puedan presentarse en su aplicación fáctica. No obstante, el propósito esperado con la última modificación por Decreto Legislativo N.° 1243, lo ubica en el mismo nivel del populismo penal. La técnica legislativa ha mejorado un poco, pero no lo suficiente como fórmula general que permita establecer un paso importante en la autorrealización funcional de tipos penales que deben cumplir una funcional racional garantista. Aquel garantismo que por esencia va perdiendo terreno en el nivel de las libertades individuales de hoy.

---

(14) Ver HUGO, Jorge y HUARCAYA, Betty. Teoría para un Derecho Penal constitucionalizado. *Revista Gaceta Penal & Procesal Penal*. Lima-Perú: Gaceta Jurídica. Tomo 83, 2016, p. 306.

En el tipo agravado, con buen criterio se siguió la línea dispuesta por la Ley N.° 29758 (publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 21 de julio del 2001), que incorporó al artículo 387 del Código Penal un referente patrimonial que agrava el tipo básico, cuando lo apropiado o utilizado por el agente sobrepasaba las 10 unidades impositivas tributarias. Aquel referente le da un sentido mayor del carácter patrimonialista del bien jurídico a tutelar, viéndolo desde el punto de vista cuantitativo. El legislador ha seguido la pauta de valorización económica del bien objeto de apropiación y/o utilización para la elaboración de la circunstancia agravante contenida en el segundo párrafo: «Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años». Esto supone la utilización de criterios puramente objetivos. No obstante, estos pasos importantes en la senda de racionalizar el contenido material del tipo penal, no parece constituir esa misma condición al seguir utilizando vocablos en desuso o equiparar punitivamente verbos rectores de diferentes intensidades.

En relación con el tipo básico, se insiste erróneamente en parificar punitivamente los verbos rectores: apropiar e utilizar, cuyos contenidos, materiales y dimensiones son disímiles por sus efectos penales. Esta forma de equiparar hechos disímiles bajo parámetros de principios constitucionales de lesividad y proporcionalidad parecen no guardar correlación con el principio de proporcional racional de las penas. Lo señalamos desde nuestras primeras publicaciones, allá por el año 2006 «la punibilidad de la conducta de peculado por utilización es drástica respecto de un comportamiento en el cual el agente obra con intención de restituir los efectos o caudales; siendo uso indebido temporal. No sucede lo propio con el agente que se apropia de los bienes del Estado. De allí la nota característica que lo diferencia del peculado por apropiación; sin embargo, el legislador peruano ha asimilado punitivamente dos comportamientos distintos que lesionan en grados diversos el interés jurídico tutelado. Ello de alguna manera atenta contra el principio de proporcionalidad y racionalidad de las normas penales; de modo que no resulta lo más adecuado y recomendable parificar dos conductas excluyentes, tal como se contempla en el artículo 387 del Código Penal»[15].

---

(15) HUGO ÁLVAREZ, Jorge B. *El Delito de Peculado*. 1.ª ed. Editorial Gaceta Jurídica, 2006, p. 261.

Del mismo modo, se recurre a términos en desuso como caudales y efectos, siendo que estos vocablos bien pueden ser incluidos en otro de mayor alcance y simplicidad *(bienes)* que tienen un contenido material de mayor cobertura. Hay mayor razonabilidad y utilidad en el uso del vocablo *bienes* en lugar de caudales o efectos. Lo es porque permite limitar los alcances del tipo penal y una mejor protección del bien jurídico tutelado. El concepto *bienes* tiene una connotación más amplia que incluye a bienes muebles, inmuebles, materiales e inmateriales, derechos y valores, créditos, etc. En suma, permite abarcar toda forma o modalidad de supuestos comprendidos en el tipo penal en cuestión, vía interpretación analógica con mayor racionalidad. Se trata de permitir sancionar la acción dolosa de apropiación o utilización de bienes en general de propiedad o posesión del Estado. Es momento de alejarse de tal controversia que genera el uso inadecuado de vocablos equívocos y que en un contexto distinto adquiere connotaciones controversiales de significado. Ayuda mejor a esta tarea el uso racional de un término mejor configurado como el vocablo *bienes*.

V. DE ALGUNAS CUESTIONES VINCULADAS CON LA ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL

Si de estructura del tipo penal se trata, es mucho más apropiado referirse a todo proceso de constructor del tipo penal. Este aserto está en íntima conectividad con el principio de legalidad que implica exigencias en relación con la manera como deben ser redactados los tipos que señalan supuestos de manera expresa e inequívoca que considera punible. Lo que implica la exigencia de una total claridad y certeza de la norma penal en la medida de la exigencia posible. En ella radica la función garantista del tipo. Dicho reconocimiento no implica desconocer que el lenguaje sea un instrumento del todo exacto que permita reproducir con fidelidad la realidad muy rica y variable de las acciones humanas que el legislador considera reprochable penalmente; pero sí debe ser la expresión de la máxima exigencia en cuanto a claridad de su redacción que dejen mínimas posibilidades de duda sobre los elementos o supuestos que integran el tipo penal; de forma tal que la expresión utilizada por la Constitución Política del Estado: «[...] de manera expresa e inequívoca [...]» debe entenderse en este contexto[16].

(16) «El principio de legalidad, íntimamente vinculado con la labor de tipificación, exige al juzgador, al analizar el hecho denunciado y acaecido en el mundo fenomenológico,

Cuando el legislador emplea en la redacción del tipo términos o expresiones extremadamente generales, indeterminadas, inexpresivas, extensivas, etc., da lugar a una grave incertidumbre en cuanto al fin perseguido o al campo de la aplicación de la norma penal.

En la exigencia de una certeza de la ley penal, radica una limitación al poder del legislador y a la actividad del juez penal. Es preciso poner límite a la dictadura legislativa en beneficio de la libertad individual y evitar que el poder punitivo del Estado encuentre una excusa perfecta facilita a sus propias deficiencias en los ilimitados abusos de poder del legislativo y del judicial.

«El principio de legalidad, íntimamente vinculado a la labor de tipificación, exige al juzgador analizar el hecho denunciado y acaecido en el mundo fenomenológico. Lo compare con la norma que describe la conducta infractora, a fin de determinar si existe la necesaria identidad entre ambos» (Ejecutoria Suprema, 14-10-02. Exp. 4058-2001. La Libertad. Centro de Investigaciones del Poder Judicial).

Dicho esto, el tipo penal ya no es solamente una descripción objetiva de supuestos prohibidos y/o exigidos, sino también contienen elementos normativos, conceptos valorativos (buenas costumbres, deshonestos, honor, etc.) que, desde luego, requieren de una valoración jurídica. Esa valoración puede no ser racional frente a un juez decisionista; sí ante un juez decisor. De cualquier modo, se hace necesario establecer pautas fuertes de racionalidad de sus componentes. Si ellas nada pueden garantizar una argumentación jurídica racional.

En esta línea de razonamiento, hace bien los jueces supremo en establecer en el acuerdo plenario pautas fuertes de interpretación. Parte en reconocer que existen decisiones encontradas sobre un mismo hecho, lo cual amerita establecer criterio para uniformizar criterio para hacer de las decisiones judiciales predecibles. ¿De qué manera podemos limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado? Parece preguntarse los jueces supremos. De ser esto así, significa un buen paso en la senda de la racionalidad de las decisiones jurisdiccionales.

---

lo compare con la norma que describe la conducta infractora, a fin de determinar si existe la necesaria identidad entre ambos» (Ejecutoria Suprema, 14-01-02. Exp. N.° 4058-2001. La Libertad, Centro de Investigaciones del Poder Judicial).

En tal sentido, la expresión fijada en el acuerdo plenario no parece aclarar del todo la cuestión: «[...] al describir la acción dolosa, utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: apropiar o utilizar, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal [comportamiento típico del peculado doloso]». Los jueces parecen entender que los verbos rectores contenidos en el tipo penal (apropiar y utilizar), tratándose del tipo básico deben contener ciertos elementos para su configuración. ¿Cuáles son esos elementos? El tipo penal tiene elementos objetivos y elementos subjetivos, de ser el caso. Pero hablar de elementos como contenidos de los verbos rectores, ya es otro cosa. Es más adecuado hablar del contenido material de esos verbos rectores para establecer sus alcances y sus limitaciones. Hecho que sí resulta muy práctico. Un tipo penal es un constructo de significado lingüístico fuerte determinado por el legislador. Se establece sobre la base de diversos criterios, tales como las reglas del lenguaje, factores institucionales, categoría penales previamente elaboradas, normas sociales y morales de pautas débiles, entre otros. Un verbo rector es indicativo de la acción material del agente. Por ejemplo, en relación con el vocablo *apropiar* implica acción de hacer suya (voluntad de apropiación) de los caudales o efectos del Estado, por acción dolosa lo aparte o saca subrepticiamente de la esfera del dominio del Estado. Es decir, lo toma para sí o para un tercero, por eso lo ubica en una situación de disposición definitiva. Puesto de esta manera no resulta tan compleja[17].

En relación con el verbo rector *utilizar*, es hacer uso indebido de los bienes del Estado para fines ajenos al servicio en provecho propio o de un tercero. Es evidente que no existe en el agente el *animus* de apropiación, sino del uso temporal para fines ajenos al servicio o aprovechamiento temporal de los bienes del Estado.

En ambos casos, lo tenemos señalado, debe existir, desde luego, una relación funcional en términos genéricos o específicos entre el agente y los

---

(17) Claro que existen ciertas dificultades especiales en los constructos de los tipo penales vinculadas con ciertas paráfrasis de la dimensión objetiva de los vocablos-conceptos empleados por el legislador como contenidos del tipo que requieren interpretación o valoración primaria. No puede soslayarse la numerosa cantidad de términos muy usuales en la expansión peligrosa del derecho penal que se traducen en los constructos de tipos penales en blanco, abiertos o de reenvío.

bienes del Estado. Esa relación puede ser directa o indirecta (relación de disponibilidad jurídica). Esa relación lo es por razón del cargo y la disponibilidad jurídica por atribución expresa de la ley de la materia[18]. Ahora bien, el acuerdo plenario en cuestión, en relación con las categorías le da un contenido material muy clara y precisa; por ejemplo, tratándose del vocablo *percepción*, lo considera como la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa, pero siempre lícita. En cuanto al concepto de *administración*, para los efectos penales, lo relaciona a las funciones activas de manejo y conducción y a la custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos, y lo propio cabe señalar en relación con el destinatario: para sí o para otro.

La idea de mantener el concepto en desuso como *caudales* o *efecto* fue materia de críticas por nuestra parte. Claro que el acuerdo plenario en relación con esta categoría jurídica hace un esfuerzo por racionalizar su contenido, pero resulta insuficiente. Decir que los caudales son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero, y los efectos son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos, valores negociables, no parece del todo convincente. ¿Qué entendemos por bienes generales de contenido económico, y que por objeto, cosas o bienes? El concepto *bienes* es de mayor alcance y simplicidad porque tiene un contenido material de mayor cobertura. Hay mayor razonabilidad y utilidad en el uso del vocablo *bienes* en lugar de caudales o efectos. Siendo esto así, permite limitar los alcances del tipo penal y una mejor protección del bien jurídico tutelado. El concepto *bienes* comprende a muebles, inmuebles, materiales e inmateriales, derechos y valores, créditos, etc. En suma, permite abarcar toda forma o modalidad de supuestos comprendidos en el tipo penal en cuestión, vía interpretación analógica con mayor racionalidad.

---

(18) No tener certeza real del contenido del tipo es no tener certeza de lo que se quiere explicar o interpretar; constituyendo una teoría penal del tipo poco o nula de garantismo. El juzgador es un decisor no un decisionista, de manera que debe señalársele fuertes a seguir o dicho de otra manera debe seguir las reglas de interpretación, reglas de argumentación, reglas de admisibilidad, reglas de actuación y valoración, que equivale seguir las reglas del derecho y de la razón. Por eso, la filosofía del derecho cumple un papel importante porque contribuye a aclarar conceptos y señala pautas de racionalidad.

VI. EL DELITO DE PECULADO CULPOSO

«Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa».

No es lo más adecuado la ubicación del delito de peculado culposo dentro de los alcances contemplados por el artículo 387 del Código Penal. No obstante, aun cuando el legislador recurre a estos tipos penales con contenidos casuísticos que dificulta un poco su interpretación y aplicación fáctica. En tal sentido, hacen bien los jueces supremos al establecer que el tipo culposo está referida a la conducta del funcionario o servidor público que por culpa diere lugar a que se sustraigan o pierdan los caudales o efectos que tuviere bajo su custodia. Pero al parecer fueron más allá de lo que establece la norma en el verbo rector *sustraer*, al agregar el vocablo *perder*.

El fundamento 8 del indicado acuerdo plenario establece que se hacer referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechando el estado de descuido imputable al funcionario o servidor público. Luego, prosigue en su desarrollo: «[...] se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando, permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero; sea que lo sustrajo sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos, se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del Estado con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo o no un provecho. El tercero puede ser un particular u otro funcionario o servidor público que no tenga la percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos, no se castiga la sustracción de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro lo sustraiga dolosamente. Un delito culposo para el agente (funcionario o servidor público) y un delito doloso en relación con un tercero».

Como puede apreciarse, en el tipo culposo el funcionario o servidor púbico que tiene la administración, custodia o percepción, da ocasión que equivale a propiciar, facilitar o permitir el hecho de sustraer los caudales o efectos del Estado por parte de un particular u otro funcionario o servidor público. «Se

reprime el acto culposo del funcionario o servidor público que da ocasión que un tercero sustrajera los efectos o caudales, quedando consumado el hecho con la amera sustracción, sin que importara el animus que tuvo el tercero en acción dolosa; sea que lo sustrajo con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo m o no un provecho»[19]. En realidad, la expresión «[...] que por culpa diere lugar [...]» resulta equívoca porque solo la imprudencia, negligencia, impericia y/o inobservancia da origen a la culpa, Si posibilita dicha sustracción parece estar más próximo a un hecho doloso que culposo. No se trata de una culpa entendida como simple descuido imputable al agente, sino aquella cuasiconsiente que sabe o conoce que un tercero puede sustraer para apropiarse o utilización indebida de los bienes del Estado.

El tipo penal en su modalidad culposa no reprime cuando por culpa se extravíe, pierda o dañe los bienes del Estado, se trata propiamente solo de aquella negligencia cuasi dolosa que posibilite que un tercero lo sustraiga para cualquier fin. De manera que la norma penal en este extremo no es indicativa de mayor riqueza descriptiva correlacional porque no comprende los casos antes indicados.

¿Cómo conciliar en estos términos la culpa descrita en la parte general del Código Penal y el tipo de peculado culposo? El artículo 12 del Código Penal establece de manera expresa que el agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley penal. El último párrafo del artículo 387 del Código Penal sanciona el peculado culposo.

En los delitos culposos el hecho resultare, además de ser causado por la infracción del deber de cuidado, debe ser susceptible de imputársele objetivamente a la imprudencia del auto, circunstancia que se contempla una doble circunstancia: a) al relación de causalidad entre la acción y el resultado, y b) que la causación del resultado esté dentro de la finalidad de protección de la norma de prudencia vulnerada, faltando este presupuesto cuando, pese al riesgo creado, el resultado no era previsible o cuando el resultado no tenga nada que ver con la infracción cometida» (Ejecutoria Suprema del 14-12-98. Expediente N.° 4988-98, Puno[20].

---

(19) HUGO ÁLVAREZ, Jorge B. *Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000, pp. 106-107.

(20) BACA CABRERA; ROJAS VARGAS y otros. *Jurisprudencia Penal, Proceso Sumario*. Lima: Gaceta Jurídica. 1999, p. 101.

La nota más característica de la culpa está en la previsibilidad del resultado por hecho propio omisivo (sustracción por parte de un tercero). El agente por su condición especial le es exigible un deber de cuidado mayor sobre los bienes del Estado. No obstante, ¿qué debemos entender en términos prácticos el dar lugar culposamente a que otro los sustraiga dolosamente? El vocablo dar lugar puede entenderse en dos circunstancia: una como aquella acción del agente que posibilita de manera real la sustracción de los caudales por parte de un tercero (dolo eventual) y, la otra, en el sentido de que al omitir el deber de cuidado inconscientemente que posibilitó dicha sustracción sin entenderse con el tercero. Si hay entendimiento con el particular, hay dolo y no culpa. En tal sentido, no basta sostener que para tener en consideración los elementos del peculado culposo debe tenerse en cuenta: «[...] la sustracción y la culpa del funcionario o servidor público [...]» (punto 1 del acuerdo plenario), porque no resuelve del todo la cuestión planteada. Del mismo modo, resulta bastante controversial lo establecido en el punto 1 literal b) del Acuerdo Plenario cuando establece que: «[...] Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito [...]» no distingue lo suficiente entre comisión y omisión. Claro que tratándose de delitos culposo la línea entre ambos conceptos es muy delgada. Esta observación cobra mayor relevancia cuando luego prosigue determinando en el punto b) al establecer que «habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de pérdidas) vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público» .

No obstante, lo dicho es acertado el significado material que le dan al concepto de «sustracción» al determinar: «Entendiéndosela como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la Administración pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público».

En suma, en términos generales, a pesar de los cuestionamientos que pueda formularse en el nivel conceptual, en el nivel dogmático y en el nivel de la argumentación racional, constituye un paso importante en la senda de constitucionalizar los principios y la categoría del derecho penal.

PECULADO DOLOSO

Configuración del tipo subjetivo del delito de peculado doloso a partir de una concepción normativo-objetiva del dolo

Giuliana Flor de María Llamoja Hilares(*)

Quiero expresar mi agradecimiento a Nelson Salazar Sánchez. El presente artículo se ha visto enriquecido gracias a las productivas discusiones teóricas que hemos compartido.

SUMARIO: I. Introducción. **II.** El delito de peculado de *lege lata*. 2.1. Fórmula legal del artículo 387 del CP. 2.1.1. Objeto de protección. 2.1.1.1. Objeto de protección en la doctrina. 2.1.1.2. Objeto de protección (postura personal). 2.1.2. Comportamiento típico. 2.1.3 Condición del sujeto activo y su vinculación funcional. **III.** Segunda parte: Estructura de la imputación subjetiva dolosa. 3.1. Lineamientos teóricos generales del dolo. 3.2. Concepción personal sobre el concepto de dolo. **IV.** Tipicidad subjetiva del delito peculado doloso. 4.1. El dolo de peculado en la doctrina peruana. 4.2. Concepción personal sobre la tipicidad subjetiva. 4.2.1. Introducción. 4.2.2. Contenido del dolo en el tipo penal básico de peculado. 4.2.3. Contenido del dolo en las formas agravadas de peculado doloso. 4.3. Error de tipo y consecuencias jurídico-penales. 4.4. Elemento subjetivo del injusto. **V.** La prueba indiciaria para configurar la tipicidad subjetiva del delito de peculado. 5.1. La prueba indiciaria para dilucidar los elementos subjetivos del tipo penal de peculado. **VI.** Conclusiones. **VII.** Bibliografía.

JURISPRUDENCIA:

Acuerdo Plenario N.° 4-2005/Cj-116

Recurso de Nulidad N.° 287-2013 -Puno

Recurso de Nulidad N.° 1211-2016-Apurímac

(*) Con maestría en Derecho Penal y Ciencias Penales en la Universitat de Barcelona y Universitat Pompeu-Fabra (España). Maestría en Derecho Procesal en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Candidata a la maestría en Derecho Penal en la Albert-Ludwigs-Universitat Freiburg (Alemania).

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo transita por un sendero distinto al de la dogmática penal peruana: las premisas son otras, ello me permite arribar a conclusiones diferentes. Para analizar correctamente las diversas categorías o subcategorías de un tipo penal como la autoría, la participación, el momento de consumación, el objeto de la tutela, la tipicidad objetiva y la tipicidad subjetiva se debe comenzar por dilucidar la naturaleza del delito; es decir, determinar si estamos frente a un delito de infracción de deberes generales negativos(1) (delitos de dominio del hecho o de organización) o ante un delito de infracción de deberes especiales positivos(2) (delitos de infracción de deber(3)). Solo diferenciando su naturaleza se estará en la posibilidad de determinar con consistencia sistemática, dogmática y político criminal, cada una de las instituciones que subyacen a dicho tipo penal. De esta manera, si se afirma que el tipo penal objeto de estudio es un delito de infracción de deberes especiales positivos, luego no se puede configurar la autoría y participación a partir de las categorías de la teoría del dominio del hecho, porque hacerlo significaría incurrir en una contradicción metodológica.

Cabe indicar que el objeto de estudio de esta investigación es el tipo subjetivo del delito de peculado doloso que se encuentra tipificado en el artículo 387 del CP. Es por ello que en los siguientes ítems no me detendré a analizar pormenorizadamente todas las categorías del delito de peculado —*v. gr.*, concepto de funcionario o servidor público, imputación objetiva, tentativa, consumación, autoría, participación, concurso—; tampoco analizaré la

---

(1) Sobre la naturaleza y fundamento de los delitos de infracción de deberes generales negativos *Cfr. in extenso*, SALAZAR SÁNCHEZ. *Täterschaft und Teilnahme bei vorsätzlichen Kollektiventscheidungen in Wirtschaftsunternehmen* (inédito); ÉL MISMO, *Teilnahme des Extraneus an den Delikten kraft Verletzung positiver Sonderpflichte* (inédito); IDEM. *La intervención delictiva en el delito de colusión*, p. 149; IDEM, Responsabilidad penal por la infracción de deberes negativos (http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1088).

(2) Al respecto, véase SALAZAR SÁNCHEZ. *Täterschaft und Teilnahme...* (inédito); IDEM. *Teilnahme des Extraneus* (inédito); IDEM. *La intervención delictiva en el delito de colusión*, p. 150.

(3) Sobre dicha problemática *Cfr.* JAKOBS, *AT*, 2. Aufl., § 7, N.os 57, 68, 70; § 21, N.os 2 y ss., 16; IDEM. *Die strafrechtliche Zurechnung von und Unterlassen*, pp. 29 y ss.; LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, pp. 129 y ss.; ROXIN. *Kriminalpolitik und Strafrechtsystem*, § VII, pp. 16 y ss.; IDEM. *AT II*, § 25, N.° 268.

problemática del delito de peculado doloso de uso, ni del injusto de peculado culposo. Tales tópicos se desarrollarán en trabajos posteriores que constituirán componentes estructurales de un análisis sistemático de los delitos contra la Administración Pública, en general, y del delito de peculado, en particular.

Con tal finalidad, he dividido este trabajo en cuatro partes: En la primera, realizaré un breve análisis dogmático del tipo penal contenido en el artículo 387 del CP. En la segunda parte, se hará un desarrollo de los lineamientos generales del dolo. En la tercera parte, analizo el concepto de dolo como elemento subjetivo del delito de peculado. Finalmente, la cuarta parte se ocupa de la objetivización del dolo en el proceso penal; es decir, del cómo puede demostrarse si una persona actuó o no dolosamente. Para ello, me remitiré expresamente a la prueba indiciaria y a su desarrollo jurisprudencial.

II. EL DELITO DE PECULADO DE LEGE LATA

Cuando recurrimos a la doctrina a fin de conocer cuáles son los alcances de un determinado tipo penal, caemos en la conclusión de que no todo lo que se expresa en su literalidad tiene que darse como un sobreentendido. La norma penal contenida en el dispositivo legal 387 del CP[4] no es la excepción, y es en función de ello que realizo las siguientes precisiones.

2.1. Fórmula legal del artículo 387 del CP

El artículo 387 del CP configura el injusto penal de peculado bajo los siguientes términos: «El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años [...]». Seguidamente, se establece la sanción penal que se eleva hasta 12 años de PPL en caso el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase las

(4) Parto de la **distinción teórico-jurídica**, desarrollada por GUASTINI / TARELLO, **entre dispositivo legal y norma**, que en el fondo no es otra que la reformulación de la **dicotomía Kantiana** entre **contenido y continente**. No puedo dejar de hacer referencia a una segunda dicotomía propuesta por el filósofo **G. FREGE**, sobre **sentido y referencia**. Estas distinciones han sido de suma utilidad en el estudio de la interpretación jurídica, y ha sido sobre todo acogidas por la Escuela Realista del Derecho (EE. UU. e Italia, por citar dos ejemplos paradigmáticos).

diez unidades impositivas tributarias[5], así como la circunstancia agravante cuando dichos caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social.

2.1.1. Objeto de protección

2.1.1.1. Objeto de protección en la doctrina

Un sector de la doctrina peruana sostiene que el objeto de protección en el delito de peculado es el «principio de no lesividad del patrimonio del Estado»[6]-[7]. Esta no es una concepción que comparta, porque incurre en agudos errores conceptuales. Por ejemplo, dicha tesis confunde la categoría «objeto de protección» con el objeto material del delito, y es la razón por la que se considera —equivocadamente— que el objeto de protección del injusto penal de peculado es el patrimonio del Estado. Frente a ello, cabe formular tres precisiones. En primer lugar, el menoscabo cuantitativo del patrimonio estatal es una categoría ontológica que pertenece al «ser»[8] y,

Acuerdo Plenario N.° 4-2005/CJ-116

(5) El Decreto Supremo N.° 380-2017-EF elevó a 4150 soles el valor de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) para el 2018.

(6) Esta es la línea jurisprudencial seguida por la Corte Suprema. En el **Acuerdo Plenario N.° 4-2005/CJ-116** del 30-09-05 se sostiene que el bien jurídico objeto de tutela en el delito de peculado, se desdobla en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad. *Cfr.* Delitos contra la Administración pública: Teoría de infracción de deber en la jurisprudencia peruana. *Gaceta Penal y procesal penal*. Se sostiene en el mismo sentido que el delito de peculado, en tanto delito contra la Administración pública, tiene como bien jurídico protegido (delito pluriofensivo): 1. El correcto funcionamiento de la Administración pública y 2. El patrimonio de la Administración Pública, la fe y la confianza depositada en el funcionario encargado de percibir, administrar o custodiar los bienes de la Administración pública.

(7) Sobre este aspecto, también se ha pronunciado ROJAS VARGAS, cuando cita a Pagliaro, en *Delitos contra la Administración Pública*, p. 281, y afirma que: «Por tratarse el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobla en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico penal: por un lado, el garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración pública [...]».

(8) En torno a la pertenencia de las categorías ontológicas al mundo del ser y la determinación de estas conforme a criterios cuantitativos avalorativos *Cfr.* LASK.

como tal, no puede fundamentar el injusto penal que pertenece al «deber ser». Como simple expresión económica, el objeto de protección y el objeto material del delito son dos conceptos absolutamente distintos: el primero se refiere al valor jurídico-penal fundamental que subyace detrás del texto legal del artículo 387 del CP; el segundo, por su parte, está vinculado con el —en la terminología de la doctrina tradicional— aspecto material ontológico sobre el cual recae la acción típica. En segundo lugar, el injusto penal de peculado —y, en general, todos los injustos penales— no se fundamenta en categorías del ser[9] (*v. gr.*, en la producción de un resultado lesivo de índole patrimonial), sino —como se verá infra— en el quebrantamiento de institutos normativos propios del «deber ser»[10].

2.1.1.2. Objeto de protección (postura personal)

Desde mi perspectiva, el objeto protección en el delito de peculado es el cumplimiento del deber especial positivo «correcta administración de los caudales o efectos que se encuentran dentro del ámbito de competencia funcional del funcionario o servidor público». En tal sentido, la autoría se fundamenta en el quebrantamiento de tal deber especial positivo que vincula al funcionario no solo a no apropiarse de ellos ni dañarlos, sino también a no permitir que otros se apropien de él o lo dañen. Ello se debe a que, por un lado, el artículo 23 —de forma general— consagra que «todo obligado especial tiene el deber de cumplir correctamente su deber especial positivo de tutela o fomento a la conservación y/o mejora de una institución individual o colectiva» y, por otro lado, el tipo penal de peculado (art. 387 del CP) —en concordancia con el artículo 23— de manera específica establece que «todo funcionario o servidor público tiene el deber de administrar correctamente

---

Philosophie; MITTASCH, *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik*; RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*.

(9) Sobre dicha problemática *Cfr.* GALLAS, *Täterschaft und Teilnahme*, pp. 135 ss.; SCHÜNEMANN-LK. § 14, N.° 22 ss.; IDEM. *Cuestiones básicas del Derecho penal*, p. 288; WELZEL. *Das deutsche Strafrecht*, § 15/II.3; GRACIA MARTÍN. *El actuar en lugar de otro*, p. 350.

(10) En el plano del deber ser, los institutos jurídico(penales) se estructuran conforme a patrones valorativos individuales subjetivos —en el caso de *Kant*— o conforme a valoraciones sociales objetivas —en el caso de *Hegel*—. Sobre el «deber ser» subjetivo kantiano *Cfr.* KANT. *Metaphysik der Sitten, Leipzig*, 1838; IDEM. *Kritik der praktischen Vernunft*, Berlin, 1869; IDEM. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Leipzig, 1838. En torno al «deber ser» objetivo hegeliano *Vid.* HEGEL, G. F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Hamburg, 1955.

los caudales o efectos que se encuentran bajo su competencia». En ese contexto, una interpretación sistemático-teleológica de estos preceptos legales conduce indefectiblemente a concluir que el fundamento del injusto de autoría del delito de peculado radica en la infracción del deber especial positivo «administrar correctamente los caudales y efectos estatales», por parte del funcionario o servidor público competente.

De ello se infiere que el patrimonio del Estado —como simple perjuicio económico— no es protegido por el tipo penal de peculado (art. 387), sino el deber jurídico-penal especial positivo expuesto anteriormente. En consecuencia, el menoscabo del patrimonio estatal —como simple expresión ontológica— no posee relevancia normativa alguna para la fundamentación del injusto penal de peculado, sino solo para la determinación del *quantum* de pena. Esto significa que el injusto de peculado quedará configurado con la simple infracción del deber especial positivo «administrar correctamente los caudales o efectos públicos», independientemente si dicha infracción causa un resultado lesivo material (disminución) en el patrimonio del Estado. Esta tesis es compatible con un sector de la jurisprudencia peruana, la cual refiere que el menoscabo de la correcta administración de los caudales o efectos del Estado queda consumado en el momento en que el *intraneus* dispone de dichos bienes, toda vez que tal disposición —desde una perspectiva *ex ante*— impida que el Estado cumpla con su función[11]. En la misma línea, la Corte Suprema de la República ha establecido que el desvalor del comportamiento en el delito de peculado se fundamenta en la infracción de la obligación especial que tiene todo funcionario público de cautela y correcta administración de los bienes públicos. En la perspectiva de la Corte Suprema, «la inexistencia de perjuicio económico no justifica la irresponsabilidad penal del procesado por el delito de peculado»[12]. Este planteamiento es el que considero correcto, sin embargo, lo que resulta contradictorio, desde todo punto de vista, es que un mismo órgano jurisdiccional (léase Corte Suprema) pueda sostener a la par —tal y como lo hizo en el Acuerdo Plenario N.° 4-2005/CJ-116 del 30-09-2005— que

Recurso de Nulidad 1211-2016-Apurímac

(11) *Vid.* Recurso de Nulidad N.° 3321-2012-Áncash, del 20-02-14, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

(12) *Vid.* lo resuelto por la Sala Penal de Permanente de la Corte Suprema Peruana en torno al **Recurso de Nulidad 1211-2016-Apurímac**.

el bien jurídico objeto de tutela en el delito de peculado, es «a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública», toda vez que ello implicaría la necesaria lesión del patrimonio del Estado. La contradicción, sin embargo, podría salvarse si la Corte Suprema asume no una visión cuantitativa de «la lesión del patrimonio», sino más bien cualitativa. Vayamos al siguiente ejemplo:

Un funcionario público «F» se apropia de los caudales públicos de una determinada entidad estatal que se encuentran bajo su administración. Con estos, realiza su tan ansiada inversión en bienes raíces. Posteriormente, una vez que ha recuperado el dinero de su inversión, «F» devuelve los caudales apropiados más una suma extra equivalente a la mitad del valor apropiado. Conforme a la tesis aquí defendida, es indudable que el injusto penal de peculado ya ha quedado configurado con el mero acto de apropiación (disposición), a pesar que el patrimonio del Estado no ha sido menoscabado. Por el contrario, desde la perspectiva de la doctrina tradicional (un enfoque puramente cuantitativo), tendría que concluirse que no se ha configurado el delito de peculado, porque el patrimonio del Estado —lejos de ser menoscabado— ha sido incrementado. En este caso, si aceptamos que el patrimonio es el objeto de protección —en caso «F» devolviese lo apropiado— al no existir menoscabo del patrimonio, no se configuraría el tipo penal. Esto resulta insostenible.

2.1.2. Comportamiento típico

A nivel jurisprudencial, la Corte Suprema de la República ha definido los verbos rectores «apropiación» y «utilización»[13] que estructuran el tipo penal de peculado.

La Corte Suprema define el concepto «apropiación» como «hacer suyos los caudales o efectos que pertenecen al Estado, porque el funcionario dispone de ellos. Tal tesis se ve reflejada en el Acuerdo Plenario N.° 4-2005- CJ/116, en tanto establece que la acción típica en el delito de peculado consiste en apartar los efectos o caudales de la esfera de la función de la Administración Pública en forma ilegal, de tal manera que el funcionario o servidor público puede disponer de ellos de modo antijurídico; es decir, el obligado especial dispone de ellos como si fueran propios. Tal disposición debe realizarse sobre

(13) *Cfr.* el Acuerdo Plenario N.° 4-2005/CJ-116 del 30-09-05.

caudales o efectos que el funcionario —en virtud de su competencia especial— debe haber recibido para su correcta percepción, administración o custodia[14]. Ello significa que la entrega o la puesta bajo disposición del funcionario público debe hacerse bajo las pautas establecidas por las normas administrativas, leyes u órdenes dictadas por la autoridad competente; de lo contrario no se configurará el tipo penal. Este planteamiento también ha sido desarrollado en el **Recurso de Nulidad N.° 287-2013-Puno** del 24-02-14, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

La jurisprudencia también establece que las formas más usadas de apropiación son la retención definitiva (no provisional), la enajenación, la destrucción y el consumo de la cosa. En todos ellos hay una disposición de la cosa como si fuera propia. Esto es, que se ejercen actos de dominio que son incompatibles con la función.

En caso de que la sustracción se produzca por tercera persona, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 387, segundo párrafo, estaríamos frente a un funcionario público que actuó de manera imprudente o culposa, y un tercero (que puede ser un particular o un funcionario o servidor público) al que se puede atribuir la comisión dolosa.

El término *utilización* descarta la apropiación de los caudales o efectos públicos para sí o para terceros, para vincular al funcionario público solo al aprovechamiento de los mismos. De acuerdo con la Sentencia del 05-12-11, se puede aludir al «ánimo de servirse del bien», sea este caudal o efecto público. El Recurso de Nulidad N.° 3632-2004-Arequipa del 20-09-05, emitido por la Sala Penal Permanente, en su considerando sexto entiende que el peculado por utilización supone: 1. La separación del causal o efecto de la esfera pública, y 2. Su aplicación privada temporal.

---

(14) En relación con este punto surge la siguiente pregunta: Los depósitos en garantía hechos por particulares que no han pasado a formar parte de los fondos públicos; sin embargo, son administrados por el Estado ¿Pueden ser considerados bienes públicos y, en ese sentido, su indebida utilización o apropiación dar lugar a la comisión del delito de peculado? De acuerdo con ROJAS VARGAS (p. 284), el tipo penal peculado no exige necesariamente la propiedad estatal o pública de los bienes. Postura que considera puede ser discutible.

2.1.3. Condición del sujeto activo y su vinculación funcional

Tres elementos son exigidos por el artículo 387 del CP: 1. Que el sujeto activo tenga la condición de funcionario público. 2. Que el funcionario público ostente un vínculo funcional con los caudales o efectos, que puede traducirse como su disponibilidad jurídica o posesión[15]. Ello quiere decir que la posesión de los caudales o efectos, que puede ser directa o indirecta, tiene que basarse en el ámbito de competencia del cargo[16]. Los caudales o efectos públicos se encuentran confiados al funcionario o servidor público por razón de su cargo. Es factible por ello, afirmar la relación directa entre sus deberes funcionales de percibir, administrar y custodiar el este patrimonio que el Estado ha puesto bajo su protección. Por eso es que —también a decir de la Corte Suprema— el delito de peculado es un delito de infracción de deber, en tanto se incumplen obligaciones funcionales. 3. Que dicho funcionario público se apropie o utilice los caudales o efectos. Sobre este punto, Rojas Vargas[17] afirma que el contenido de la relación funcional se resume en los siguientes aspectos: a) existencia de competencia por el cargo; b) confianza del Estado en el funcionario o servidor en virtud del cargo; c) poder de vigilancia y cuidado sobre los caudales o efectos, y d) deber de garantizar la posesión a nombre del Estado, de tal manera que solo considerándolos es posible la imputación del delito de peculado. Finalmente. 4. Que se genere un perjuicio[18].

No es objetivo de este trabajo desarrollar un análisis pormenorizado sobre cada una de estas categorías, ni sobre la autoría y participación en el delito de peculado. Ello excedería nuestra pretensión. Es por ello que, luego de esbozar algunas ideas eje, me avocaré al objeto de estudio propuesto: la tipicidad subjetiva en el delito de peculado. En estricto, su comisión dolosa y las modalidades dolosas admitidas por el tipo penal. Respecto de la comisión culposa solo diré que el legislador le ha reservado el párrafo cuatro del artículo 387 del CP, debiendo destacarse que en ambas situaciones (dolosa y

---

(15) Acuerdo Plenario N.° 4-2005- CJ/116.

(16) Evidentemente, estos deberes del funcionario o servidor público se encuentran establecidos en la ley y en normas de inferior jerarquía.

(17) ROJAS VARGAS. *Delitos contra la Administración Pública*, p. 283.

(18) Sobre la naturaleza del perjuicio ver punto 1.1.2 *ut supra*.

culposa) se admite la circunstancia agravante[19], atendiendo a la finalidad pública a la cual estaban destinados los caudales o efectos públicos.

III. ESTRUCTURA DE LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA DOLOSA

3.1. Lineamientos teóricos generales del dolo

El antiguo modelo de imputación subjetiva distinguió entre dos formas de dolo: el dolo directo de primer grado[20] y el dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias[21]. Esta fue, sin embargo, una distinción doctrinal que no ha sido hasta el día de hoy recogida en el Código Penal peruano[22]. Esta omisión se ha extendido, asimismo, a las consecuencias legales derivadas del hecho cometido bajo cualquiera de las modalidades dolosas. Este último dato resulta de suma importancia, porque si bien es cierto a nivel doctrinal se ha dicho mucho sobre las modalidades dolosas, en la práctica no queda clara la distinción, lo cual crea una gran dificultad en los tribunales tanto en el momento de atribuir al sujeto activo una determinada modalidad de dolosa como al momento de imponer la sanción que corresponde a dicha modalidad de comportamiento[23].

---

(19) Por Ley N.° 26198, de 13 de junio de 1993, se modificaron los artículos 387, 389 y 392 del Decreto Legislativo N.° 635, y se incorporó la circunstancia agravante.

(20) Dolo directo de primer grado o de «intención». Tradicionalmente se ha señalado que el dolo directo de primer grado determina lo que debe entenderse por una realización delictiva dolosa, esto es, el conocimiento y la voluntad. Véase RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 44.

(21) Al respecto, RAGUÉS I VALLÈS. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 185. Sostiene que el núcleo esencial de lo doloso, en el dolo directo de segundo grado, es el conocimiento de la aptitud de una conducta para realizar un determinado tipo penal. En esta modalidad del dolo, no se admite la intención, sino solo el conocimiento.

(22) RAGUÉS I VALLÈS. *Op. cit.*, p. 51. Barcelona. Citando a GEPPERT, en *Zur Abgrensung von bedingtem Vorsatz un bewusster Fahrlassigkeit* da cuenta del intento fallido llevado a cabo en el § 16 del Proyecto de Código Alemán de 1962 al dar base legal a la clasificación de las modalidades del dolo bajo los siguientes términos: «Actúa dolosamente quien lo que quiere es realizar el tipo penal, quien sabe o prevé como segura la realización de dicho tipo o quien tiene tal realización por posible y se conforma con ella».

(23) Es ilustrativa la tesis de maestría, con mención en Derecho Penal de la PUCP, titulada Conceptos de dolo eventual y culpa consciente. Título de la Tesis y su aplicación, abandono de la teoría ecléctica. *Teoría Única Global de la Imputación del Dolo Eventual*

Ragués I Vallès[24], citando a Bacigalupo, Jescheck y Mir Puig, sostiene que la doctrina ha mantenido y justificado ambas figuras por tres razones:

> En primer lugar, señala que el Código Penal Español, en su parte Especial, exige literalmente que el autor actúe intencionadamente. De tal manera que cuando el sujeto activo actúe sin intención, solo podrá configurarse la modalidad de dolo de segundo grado o en todo caso dolo eventual, lo que daría lugar a que dicha conducta sea subjetivamente atípica. Por citar un ejemplo, el artículo 404 del CP español, cuando tipifica el delito de prevaricato administrativo, prescribe lo siguiente: «La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se

---

y la Culpa Consciente, llevada a cabo por Roger De La Cruz, Sisniegas Rodríguez, en la que en el punto 38 de la p. 30, a efectos de considerar que en la Sentencia emitida por la Tercera Sala Penal para procesos con reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, que recayó en el Exp. N.° 43-05, esta Sala Superior peruana adoptó incorrectamente la teoría ecléctica de dolo eventual lesionando con ello el derecho a la seguridad jurídica en tanto, al no hace un uso correcto de las teorías sobre dolo eventual y, en consecuencia, respecto de sus consecuencias jurídicas en términos del *quantum* de la pena a imponerse, recoge elementos de cada una de las muchas teorías tejidas al respecto, para terminar sosteniendo teorías que se excluyen. El autor analiza la sentencia expedida en el caso Discoteca Utopía, y afirma: «En la sentencia se llega a la conclusión de que los hechos encajan dentro de la figura de dolo eventual utilizando los siguientes argumentos: «No era remota la posibilidad del resultado, por lo que hay presencia de dolo eventual, ya que el autor advirtió una gran probabilidad de que se produjera el resultado [...]» (teoría de la probabilidad). También, se utiliza «el sujeto tiene la actitud de contar con el riesgo [...]» (la teoría del riesgo, FRISCH). En la misma sentencia, «el autor se presenta como probable un resultado, pero a causa de su indiferencia llega a realizarlo» (la teoría de la indiferencia- Engisch). En otro punto, «no haciendo posible la evitación del resultado representado como probable» (La teoría de la no puesta en práctica de la voluntad de evitación- Kaufmann). Como prevenimos, supra, en estas pocas líneas de la sentencia, se utilizan varias teorías para explicar el dolo eventual, lo cual es inaceptable desde todo punto de vista jurídico».

Cito este ejemplo, a fin de recoger la importancia de distinguir adecuadamente entre las modalidades de dolo, así como la adopción de la teoría que no admita contradicciones en conjunción con otra si lo que se quiere es asumir, por ejemplo, la teoría ecléctica del dolo eventual.

(24) RAGUÉS I VALLÈS. *Op. cit.*, p. 178.

le castigará con [...]». Si nos detenemos en el análisis de la estructura del tipo, se llega a identificar como a) elementos objetivos del tipo: la existencia de una resolución[25], que debe ser arbitraria[26] y, además, dictada en el marco de un asunto administrativo, y como b) elemento subjetivo del tipo: el que sea emitida a «sabiendas» (queda claro que estamos ante un delito de infracción de deberes especiales positivos, en tanto solo puede ser cometido por el funcionario público con capacidad para dictar resoluciones administrativas).

De la literalidad del texto normativo, el elemento subjetivo estaría constituido por el conocimiento que posee el obligado especial sobre el carácter injusto de la resolución que él dicta y, como tal, sería elemento que fundamenta subjetivamente la punición de dicha conducta. Suponiendo con ello que la comisión es a título de dolo (directo), ¿qué ocurre con la punición a título de dolo eventual?, ¿debería ser atípica la conducta que se realiza bajo esa modalidad comisiva?, ¿con la introducción del término «a sabiendas» el legislador ha querido que solo sea sancionable la conducta a título de dolo directo[27], dejando fuera del tipo el dolo eventual o en dolo de consecuencias necesarias también denominado dolo de segundo grado? El ejemplo revela claramente una situación que ha sido largamente discutida en la doctrina y jurisprudencia española[28]. Esta disquisición no es ajena en lo que concierne al delito de peculado.

---

(25) Véase en Iñigo Ortiz de Urbina, Gimeno. Lecciones de Derecho Penal. En *Delitos contra la Administración Pública*, p. 360.

(26) El Prof. Iñigo Ortiz de Urbina recoge los pronunciamientos efectuados en la STS 1149/2010 y STS 363/2006, y parte por distinguir como aspectos del elemento «arbitrariedad» a los tres siguientes: a) la absoluta falta de competencia de quien toma la resolución; b) la infracción de las más elementales normas procedimentales; c) La existencia de contradicción «patente» y «grosera» que comporte el fondo de la resolución en relación con el ordenamiento jurídico.

(27) Se entiende desde una visión tradicional que el término «a sabiendas» supone voluntad e intención. Esta es la postura asumida por el Tribunal Supremo Español. En ese sentido, me remito a la cita N.° 30 del presente trabajo en la que se llega a la siguiente conclusión: «1. Es recurrente que en las sentencias del Tribunal Supremo Español se afirme que basta con que «a sabiendas» de su injusticia se dicte una resolución arbitraria, para que se quiera el resultado». Véanse STS 122/2010 y STS 766/1999.

(28) Cabe en este caso, formular la siguiente pregunta: ¿El dolo eventual como modalidad comisiva (título de imputación subjetiva) es admisible en el delito de prevaricato administrativo prescrito en el artículo 404 del Código Penal español?

Atendiendo al ***elemento subjetivo del tipo***, tradicionalmente se ha admitido que la imputación subjetiva es la comisión dolosa. Se llegó al convencimiento de que era punible solo la conducta cometida a título de «dolo directo» descartándose el dolo eventual y otros títulos de imputación como la imprudente. En lo que respecta a la comisión dolosa, si seguimos literalmente lo expuesto en el artículo 404 del CP, el término «a sabiendas» confirma esta intuición. La jurisprudencia emitida por el Tribunal Supremo español ha interpretado este precepto, y afirma que el sujeto no solo debe «saber», sino también «querer», dando lugar con ello a los dos elementos constitutivos del dolo directo (precisamente hablando del dolo directo de primer grado). Admite con esto que es el ***elemento subjetivo de dolo directo*** la única posibilidad comisiva a efectos de configurar el tipo de prevaricato administrativo. Se advierte este parecer, en la STS 815/2014 cuando se afirma que «[...] el tipo subjetivo del delito exige que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución [...]; se puede decir que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del CP, cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración», en la STS 122/2010 cuando sostiene que «la exigencia por el tipo de prevaricación del elemento subjetivo de que la actuación se produzca «a sabiendas», exculpa la responsabilidad penal del sujeto que ignora ("no sabe") que el acto que se le imputa objetivamente es contrario a Derecho». En este mismo orden de ideas, argumenta la STS 766/1999, cuando afirma que «podría llegar a sostenerse que detrás de todo órgano administrativo que hubiese dictado un acto contrario a derecho habría una autoridad o funcionario autor de una resolución injusta que, de haberse dictado a sabiendas, habría de ser calificada como un delito de prevaricación» y agrega que: «el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución "a sabiendas" , que elimina del tipo tanto la comisión por culpa como por dolo eventual [...], de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración». En este mismo orden de ideas, se ha sostenido que debe existir «el deliberado ánimo de faltar a la legalidad» o «la conciencia de infracción de los deberes» que, en un apresurado repaso de una doctrina secular, recuerda la Sentencia de 29-10-98». Se agrega en este mismo fundamento lo siguiente: «Más recientemente, sentencias como la últimamente citada y las de 20-11-95 , 04-07-96 , 24-06-98 y 04-12-98, entre otras, han puesto de relieve que la expresión «a sabiendas» no solo elimina del tipo de prevaricación administrativa la comisión culposa —antes prevista en el segundo párrafo del artículo 358 del CP/1973 y hoy desaparecida del artículo 404 del CP/1995—, sino también la comisión con dolo eventual, de suerte que el delito en cuestión solo es concebible ya si la resolución arbitraria se dicta con dolo directo».

Este breve mapeo jurisprudencial, lo que hace es poner en evidencia son dos cosas: 1. Es recurrente que en las sentencias del Tribunal Supremo Español se afirme que basta con que «a sabiendas» de su injusticia se dicte una resolución arbitraria, para que se quiera el resultado, y 2. El Tribunal Supremo al afirmar que «quien actúa de

Esta situación no es privativa de la realidad jurídica española, cuya tradición nos es bastante próxima. Así, sobre este punto, el Código Penal peruano en su artículo 140 sanciona el matrimonio con persona casada, y prescribe lo siguiente: «El no casado que, a sabiendas, contrae matrimonio con persona casada será reprimido con [...]», el artículo 141 del CP sanciona, asimismo, la autorización ilegal del matrimonio, y lo hace bajo los siguientes términos: «El funcionario público que, a sabiendas, celebra un matrimonio ilegal será reprimido [...]»; el artículo 410 del CP que sanciona el avocamiento ilegal de proceso en trámite prescribe que «la autoridad que, a sabiendas, se avoque a procesos en trámite ante el órgano jurisdiccional, será reprimido con [...]. El artículo 439 del CP que sanciona la fabricación o tenencia de instrumentos para falsificar prescribe que «el que, a sabiendas, fabrica o introduce en el territorio de la República [...]», entre otros. La pregunta que cabe formular en todos estos casos, en palabras de Ragués I Vallès, es si dada la literalidad del dispositivo legal penal, ¿ha querido el legislador dejar fuera del tipo la realización objetiva con dolo de consecuencias necesarias o el dolo eventual? Por otro lado, ¿debe el operador del Derecho realizar una interpretación restrictiva del término «a sabiendas» o cabe una interpretación extensiva a fin de salvar las incoherencias del legislador y evitar la impunidad de tales comportamientos?

En segundo lugar, según Ragués I Vallès, se ha considerado que, si el CP español no exige una forma de dolo, la realización intencionada debe ser sancionada con mayor fuerza punitiva con una agravación de la pena. Se afirma que debe valorarse como más grave la realización intencionada que aquella que solo se ha llevado a cabo por representación.

---

tal modo (a sabiendas de su injusticia dicta la resolución arbitraria) quiere este resultado», está llevando a cabo una interpretación del dolo que no se desprende la ley, toda vez que está considerando que son elementos constitutivos del dolo, la voluntad y el conocimiento, de tal modo que deja de lado la sanción de conductas en la que se advierta una modalidad de dolo eventual. Esta interpretación se realiza —considero— porque el Tribunal Supremo no se desprende de una concepción tradicional de dolo que suma al conocimiento la voluntad «el querer». Si nos apartamos de esta visión reductora del dolo, se coincidirá en señalar que basta la sola representación del resultado que da lugar a la afectación del bien jurídico es tutelado por el tipo penal. En este extremo de la discusión, corresponderá analizar las posibilidades dogmáticas que permitan admitir la modalidad del dolo eventual.

En tercer lugar, tomando en consideración el dolo como representación, hay supuestos en los que las posibilidades de realización típica representadas son tan escasas que de no ser por tal intención, solo cabría como imputación subjetiva en forma de imprudencia. Citando el artículo 12 del CP peruano, solo es punible el comportamiento realizado por el agente como culposo si es que así se encuentra expresamente establecido por ley; de lo contrario, estaríamos frente a un caso de atipicidad subjetiva.

El límite que se ha planteado entre el dolo y la imprudencia viene marcado por una tercera modalidad dolosa: el dolo eventual. Esta es la división tripartita del dolo[29]. Como, acertadamente, sostiene Ragués i Vallès[30], se puede afirmar que existe la modalidad de dolo eventual cuando el sujeto se representa no con certeza, sino con un margen de probabilidad un eventual no acaecimiento del resultado. Con esta aseveración lo que se hace es deslindar entre aquella representación con grado de certeza y aquella con grado de probabilidad o posibilidad.

En ese contexto, resulta relevante examinar si es correcta la tesis de la doctrina mayoritaria que defiende que un sujeto solo obra con dolo cuando este «sabe» que está realizando un tipo penal y «quiere», además, esta realización[31]. Como ha quedado dicho *ut supra*, la doctrina ha distinguido entre un dolo directo (de primer y segundo grado) y dolo eventual en función de los elementos volitivos y cognitivos. Se acepta la figura del dolo directo de segundo grado para supuestos de hecho en los que el sujeto obra con conocimiento, pero no está claro que haya querido causar el resultado que está ligado a consecuencias necesarias para que se logre el objetivo del sujeto activo, aunque no queridas (conocimiento, pero no voluntad). La dualidad dolo directo (de primer grado) y dolo de segundo grado (o de consecuencias necesarias) nos lleva, sin embargo, a resultados insatisfactorios que solo admiten como solución —a efectos de no castigar con una pena para delitos

---

(29) En la doctrina penal alemana se sigue esta tripartición. En el caso concreto, RENGIER, *AT*, 10. Aufl. p. 103, la fórmula de la siguiente manera: die Absicht, die auch mit dem Begriff des dolus directus 1. Grades umschrieben wird; die Wissentlichkeit (auch: dolus directus 2. Grades oder direkter Vorsatz); den Eventualvorsatz (auch: dolus eventuales oder bedingter Vorsatz).

(30) RAGUÉS I VALLÈS. *Op. cit.*, p. 183.

(31) Ibídem, p. 44.

imprudentes conductas que resultan ser objetivamente más lesivas— que se proponga una tercera formulación de dolo: dolo eventual.

3.2. Concepción personal sobre el concepto de dolo

Una concepción normativa del dolo que supere las inconsistencias dogmáticas y las deficiencias político-criminales presupone concebir a dicha categoría como conocer y querer no solo aquellos comportamientos donde el sujeto activo tiene una voluntad final —es decir, cuando conoce, quiere y persigue la realización de los elementos objetivos del tipo (Absicht)—, sino también los supuestos en que el agente se representa como posible la realización del tipo y mantiene una «especial relación emocional» con el resultado o demás circunstancias del hecho que deban abarcarse dolosamente[32]. Esta ampliación abarcaría los casos de dolo eventual, de tal manera que no sería necesario sostener una modalidad de dolo eventual.

Frente a esta tesis se podría decir que la voluntad en el dolo eventual no se expresa como en el dolo directo (de primer grado). Ello es absolutamente cierto, pero solo en el plano psicofenomenológico, más no en el ámbito normativo. En efecto, en el ámbito normativo, el dolo eventual, indiscutiblemente, contiene elementos volitivos, porque el dolo eventual —pese a que se le identifica con la inadecuada expresión terminológica de «indiferencia del sujeto activo frente al devenir de los hechos»— también expresa el querer de los riesgos jurídico-penales prohibidos por parte del sujeto activo. Ese es el parecer de Engisch, quien advierte que la indiferencia «es un estado anímico que pudiéramos describir mejor de manera negativa como la ausencia de una oposición frente a la lesión del bien jurídico representada que, no obstante, es concreta y real»[33]. En consecuencia, entran en la esfera del dolo todos aquellos casos en los que el autor no se opone en su fuero interno al resultado.

Esta postura ha merecido respuestas adversas, toda vez que la «indiferencia» del autor respecto de la producción del resultado no nos diría nada respecto de la intención; sin embargo, considero que este desinterés debe valorarse como la «voluntad» de un «no interés» en la producción de un resultado que va a traer como consecuencia la afectación de un bien jurídico, y

(32) Ibídem, p. 61.

(33) Ibídem, p. 78.

que no puede calificarse como imprudencia. Sostengo que al tratarse de un autor que ostenta la calidad de funcionario público, un concepto de dolo limitado solo desde una concepción tradicional que vincula intención y conocimiento mantiene una concepción de «intención» o «voluntad» estática que genera lagunas de punibilidad que impiden dar paso al dolo eventual como una modalidad de dolo que debe ser sancionada en el delito de peculado.

De acuerdo con Ragués I Vallès, el mantenimiento del adverbio «intencionadamente» en algunos preceptos del CP obedece a un vestigio del antiguo modelo de imputación subjetiva[34], que no tiene sentido en un sistema de *numerus clausus* en los que solo pueden ser clasificados como imprudentes determinados delitos. Basta con advertir que el artículo 12 CP establece que «las acciones u omisiones imprudentes solo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley». Con ello queda claro que los términos «intencionadamente» o «a sabiendas» son términos abordables desde el dolo, y cuando digo *dolo* este incluye al dolo eventual. Sin embargo, este no es un problema que se siga de la literalidad del artículo 387 del CP que sanciona el delito de peculado. Podemos adoptar esta razón a favor de la admisibilidad del dolo eventual en este tipo penal, ya sea desde la adopción de una a) teoría de la voluntad que amplía el concepto de dolo o desde b) el dolo eventual como una modalidad que admite que la «indiferencia», respecto del devenir de los hechos, puede interpretarse como voluntad. Desde cualquiera de las razones aportadas, se admite el dolo eventual. Más adelante, me detendré a analizar con más detalle la tipicidad subjetiva del delito de peculado.

IV. TIPICIDAD SUBJETIVA DEL DELITO DE PECULADO DOLOSO

4.1. El dolo de peculado en la doctrina peruana

El artículo 387 del CP prescribe como peculado doloso aquella situación en la que un funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, de caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo.

El presente tipo legal no realiza una descripción de lo que debe entenderse por dolo de peculado, y menos de las modalidades dolosas admisibles. Ello, sin embargo, no es óbice para afirmar que el CP peruano no nos da res-

(34) Ibídem, p. 179.

puestas, si atendemos a lo establecido en el artículo VII de su Título Preliminar que proscribe toda forma de responsabilidad objetiva, y el artículo 14 que sanciona el error de tipo y error de prohibición. En este último que subyace la aceptación del dolo eventual como modalidad dolosa admisible en el delito de peculado.

En la dogmática penal peruana existen diversos criterios en torno a la tipicidad subjetiva del delito de peculado doloso. Algunos autores asignan un contenido cognitivo al tipo subjetivo del delito de peculado, ese es el caso de Rojas Vargas, para quien la tipicidad subjetiva del delito de peculado queda satisfecha con el dolo eventual(35). Otros, por el contrario, adscriben al dolo típico de peculado tanto un elemento normativo-objetivo como un elemento psicológico-subjetivo. En dicha línea, se encuentran Abanto Vásquez(36) y Reátegui Sánchez(37), quienes sostienen que el dolo de peculado está constituido por el conocimiento de la relación funcionarial y por la intención de apropiarse o dar uso privado a los bienes. A partir de ello, los autores mencionados concluyen que el tipo subjetivo del delito de peculado no abarca el dolo eventual, sino solo el dolo directo(38).

Desde mi perspectiva, la tesis defendida por Abanto Vásquez y Reátegui Sánchez es pasible de **tres objeciones** que formularé a continuación: la primera, de orden teleológico; la segunda, de orden práctico, y la tercera, de orden político-criminal.

En el plano teleológico, tal concepción contraviene los fines y principios del Derecho Penal propio de un Estado constitucional. En efecto, la tesis cuestionada —al configurar el dolo típico en función de la relación psicológica entre la voluntad del sujeto activo y el resultado lesivo producido— quebranta el principio de responsabilidad por el hecho, porque fundamenta la tipicidad —y, por ende, la (posible) subsiguiente responsabilidad penal— en la mera intención del autor, que no es sino es expresión de un derecho penal de intención, y no de un derecho penal de acto. Por lo demás, tal tesis (llevada al extremo) cobija el riesgo de criminalizar meros pensamientos o simples in-

---

(35) ROJAS VARGAS. *Delitos contra la Administración Pública*, p. 52.

(36) ABANTO VÁSQUEZ. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, p. 356.

(37) REÁTEGUI SÁNCHEZ. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*, p. 516.

(38) ABANTO VÁSQUEZ. *Op. cit.*, p. 356. REÁTEGUI SÁNCHEZ. *Op. cit.*, p. 516.

tenciones porque muchas veces se considerará configurada la tipicidad (subjetiva) con el simple hecho de establecer una mera relación causal entre lo deseado por el autor y el resultado acaecido, pese a que a nivel normativo el comportamiento no crea riesgos jurídico-penales prohibidos.

A nivel práctico, la tesis cuestionada conlleva la dificultad (imposibilidad) de objetivar el dolo. El fuero psicológico interno del sujeto no puede ser objetivado porque la naturaleza de dicho ámbito es evanescente y contingente. Sin un acto comunicativo externo que objetive los procesos de deliberación y decisión producidos en la esfera interna del sujeto, no es posible formular un juicio mínimamente racional respecto de un comportamiento. Tal dificultad se manifiesta de forma especial en el proceso penal, porque no solo fiscales y abogados tendrían que supeditar sus tesis sobre la actuación dolosa del imputado al animus psicológico del sujeto activo, sino también los jueces tendrían que sujetar la condena o absolución del procesado a dicho elemento psicológico, lo cual, en última instancia, depende de lo que diga el imputado. Ello es inadmisible.

A nivel político-criminal, la tesis cuestionada deja indeseables e inaceptables ámbitos de impunidad, porque todas las formas de apropiación y utilización de caudales y efectos del Estado llevadas a cabo por un funcionario o servidor público con dolo de segundo grado y dolo eventual quedarían impunes. Con ello, la conducta no podrá considerarse subjetivamente típica, (ver Punto II.1, sobre lineamientos generales del dolo).

4.2. Concepción personal sobre la tipicidad subjetiva

4.2.1. Introducción

En función de la tesis general defendida sobre el dolo (*Vorsatz*) sostengo que dicha categoría en el delito de peculado —igual que en todos los tipos penales dolosos— posee una naturaleza normativo-objetiva, cuya verdadera esencia se expresa en la decisión del funcionario o servidor público de apropiarse o utilizar los caudales o efectos del Estado, con conocimiento *ex ante* que tal conducta configurará los elementos objetivos típicos exigidos por el artículo 387. Dicho de otra manera, la configuración de la imputación subjetiva del delito de peculado doloso tiene lugar cuando el comportamiento del funcionario o servidor público va precedido y presidido del conocimiento que tal conducta infringirá su deber especial positivo consistente en adminis-

trar correctamente los caudales y efectos estatales que se encuentran bajo su esfera de competencia institucional de carácter especial.

Ello significa que, desde mi perspectiva, el elemento volitivo de naturaleza psicológica de la conducta del funcionario o servidor público —el cual para las teorías ontológicas psicológico-subjetivas es un componente central del dolo— no es un componente de la tipicidad subjetiva del delito de peculado doloso, por lo que su valoración resulta innecesaria a efectos de determinar la configuración del tipo subjetivo de dicho injusto penal[39]. Se trata, por tanto, de lo que la dogmática penal denomina «objetivación normativa del dolo» que, a nivel aplicativo, implica demostrar la configuración de la imputación subjetiva a partir de indicadores comunicativos externos que emanan de la conducta del sujeto activo.

Esta definición general del dolo del peculado —entendido como apropiación o utilización de caudales o efectos públicos con conocimiento de la relevancia jurídico penal de tales actos— abarca el conocimiento de todos los elementos objetivos constitutivos de dicho tipo penal. Dicho conocimiento tiene diferentes formas de expresión en el tipo penal básico de peculado respecto de las modalidades agravadas; por ello, es necesario delimitar en forma separada el conocimiento de la configuración de los riesgos jurídico-penales en cada una de las modalidades de peculado doloso existentes.

4.2.2. Contenido del dolo en el tipo penal básico de peculado

En el tipo penal básico, el dolo comprende el conocimiento a) de la ostentación del estatus de funcionario o servidor público; b) de la competencia funcional concreta de percepción, administración o custodia de los caudales o efectos estatales, y c) de la naturaleza estatal de los bienes (caudales o efectos) apropiados o utilizados.

a) Conocimiento de la ostentación del estatus de funcionario o servidor público

Este elemento es una exigencia normativa del propio tipo penal de peculado. Para la ilustración de dicho elemento valga el siguiente paralelismo: no comete un delito de parricidio el padre que mata a una persona sin cono-

(39) FEIJÓO SÁNCHEZ. *El dolo eventual*, p. 52.

cer que la víctima es su hijo. En dicho supuesto, la atipicidad subjetiva del delito de parricidio se debe a que el tipo subjetivo del artículo 108 del CP exige que el sujeto activo debe conocer la existencia de tal parentesco entre él y el sujeto pasivo; por ello, el desconocimiento de la relación paterno-filial excluye la tipicidad subjetiva. De la misma manera, no se configura la imputación subjetiva del delito de peculado cuando el *intraneus* desconoce que posee dicha cualidad, porque dicho elemento constituye el presupuesto de los demás elementos cognitivos del dolo exigidos por el tipo penal de peculado. En consecuencia, el desconocimiento de tal cualidad especial elimina el resto de componentes del dolo del delito de peculado. A modo de ejemplo, no se configura el tipo subjetivo del delito de peculado en el supuesto que alguien se apropia de caudales o efectos del Estado sin conocer que ha sido nombrado recientemente como funcionario o servidor público; ello independientemente de la existencia de una resolución de tal nombramiento y de la apropiación material de los caudales o efectos estatales.

b) *Conocimiento de la concreta competencia especial de administrar correctamente los caudales o efectos*

El conocimiento general del funcionario o servidor público sobre su estatus especial no fundamenta sin más la configuración de la imputación subjetiva del delito de peculado doloso. Es necesario el cumplimiento de un segundo elemento; a saber, que el *intraneus* conozca que ostenta un concreto deber especial positivo de administrar correctamente los caudales y efectos estatales. Ello se deriva de la sujeción de la configuración típica del delito de peculado a la existencia de una relación funcionarial específica —«por razón de su cargo»— entre el obligado especial y los caudales o efectos[40].

---

(40) Al respecto, el Recurso de Nulidad N.° 615-2015- LIMA, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Casos *Diarios Chicha*), del 16-08-16, hace referencia a la vinculación funcional de la siguiente manera: «[...] para atribuir responsabilidad penal de peculado a un funcionario o servidor público se tiene que demostrar su vinculación funcional «por razón de su cargo» respecto de la administración o custodia de los caudales públicos. Este componente normativo de la vinculación «por razón de su cargo» respecto de la administración o custodia de los caudales públicos. Este componente normativo de la vinculación funcional tiene que ser verificado en el sector social donde se desenvuelve la conducta del autor por las normas que se regulan en dicho segmento, ley de la materia ROF, MOF, etc. En otras palabras, el tipo normativo de peculado hace referencia claramente a un funcionario público no in abstracto, sino contextualizado a

En ese sentido, mientras la configuración de la imputación objetiva del delito de peculado presupone la existencia de un concreto deber especial positivo que obliga al intraneus a administrar correctamente los caudales o efectos estatales, la configuración del tipo subjetivo de dicho injusto penal requiere imprescindiblemente que el funcionario o servidor público conozca que es competente de dicho deber específico. De ese modo, si el intraneus no conoce tal competencia funcionarial específica, entonces —en el plano normativo— no se puede imputar al obligado especial la infracción del deber especial positivo («administrar correctamente los caudales o efectos»), que constituye el fundamento del injusto de peculado doloso. Ello por la simple razón que la infracción dolosa del deber especial positivo —como de toda clase de deberes— presupone el conocimiento de la existencia de dicho deber. Si no hay conocimiento de tal elemento objetivo del tipo, se excluye la configuración del tipo penal de peculado doloso y quedará por analizar si la infracción imprudente de dicho deber dar lugar a un delito de peculado culposo.

---

un segmento concreto de la función pública "por razón de su cargo"; es decir, para que opere el comportamiento típico de apropiarse o utilizar, los bienes objeto del delito deben encontrarse en posesión del sujeto activo, en virtud a los deberes o atribuciones de su cargo. Por lo tanto, si dicha vinculación funcionarial de estricta base jurídica entre el sujeto activo y bien público que posee no existe, no podrá hablarse del delito de peculado. En ese sentido, la reglamentación interna del sector se erige como un indicador normativo de las competencias propias pertenecientes al estatus especial en la estructura funcionarial. En primer orden, no todos son componentes de todo, solo es responsable por la incorrecta administración personal de su ámbito de competencia. Es decir, cada funcionario responde por el deber especial que tiene determinado su ámbito de organización conforme lo establece el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) y Manual de Organización y Funciones (MOF), y no por todo aquello que acontece, ni por actuaciones inadecuadas de otros funcionarios o servidores».

Bajo esta misma línea argumentativa, ROJAS VARGAS, en el libro *Delitos contra la Administración Pública*, p. 680. Afirma: «La palabra "obligaciones" está tomada en su sentido normativo, vale decir, en consideraciones a la serie de imperativos reglados que nacen de la función, cargo, empleo o delegación desempeñados, más no así con base a consideraciones morales o exclusivamente sociales, menos a expectativas de deberes. [...] El ámbito de competencia del cargo, empleo, etc.; es decir, las funciones, roles y cometidos inherentes, delimita así el contenido de la ilicitud por cohecho del acto imputable al funcionario o servidor público. Otorgarle al término "obligaciones" una interpretación etimológica extensiva ampliaría inadecuada e incorrectamente el campo de la ilicitud, al no existir un referente normativo objetivo [...]. El espectro posible de conductas específicas es muy amplio y está en función a los actos de competencia de cada sujeto público [...]».

c) *Conocimiento de la naturaleza estatal de los bienes (caudales o efectos) apropiados o utilizados*

Finalmente, la configuración del tipo subjetivo del delito de peculado doloso exige que el funcionario o servidor público —junto al conocimiento de su estatus general de *intraneus* y de su obligación[41] concreta de administrar correctamente los caudales y efectos estatales que se encuentran bajo su competencia— tenga consciencia que los bienes objeto de apropiación pertenecen al Estado. Ello es una consecuencia teleológica que emana de la esencia misma del tipo penal de peculado doloso, toda vez que los verbos rectores típicos «apropiación» y «utilización» del artículo 387 del CP presuponen *per se* que el funcionario o servidor público conoce que el titular de los bienes apropiados o utilizados es el Estado. Pues —en el plano normativo— no existe (ni puede existir) apropiación de caudales o efectos (ni de bien alguno) en sentido típico sin conocimiento de la titularidad estatal (ajena) de dichos bienes, porque apropiación en el sentido del tipo penal del delito de peculado doloso significa que el funcionario o servidor público ejerce derechos de propiedad (*v. gr.* disposición, enajenación[42], etc.) sobre bienes que sabe que pertenecen al Estado.

---

(41) James Reátegui Sánchez, aludiendo a la doctrina comparada, cita el ordenamiento jurídico argentino, y la regulación del ejercicio de la Función Pública de Argentina, para el delito de cohecho pasivo, y lo que se entiende por infringir obligaciones funcionales. En *Delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la Administración de Justicia.* Lima: Jurista Editores E. I. R. L., 2014. Sobre este punto, señala lo siguiente: «En la segunda finalidad, en cambio, el agente público ha debido ejecutar el acto infringiendo sus obligaciones funcionales. En otros términos, se trata de los casos de «pago posterior al cumplimiento del acto». Ahora bien, debe tenerse en cuenta lo siguiente: si un funcionario público no interviene en un asunto y acepta o recibe una merced corruptiva para recomendar ese mismo asunto al colega que entiende de él, cometerá otra infracción penal (delito de tráfico de influencias), pero no cohecho pasivo. Asimismo, si el funcionario carece de facultades o competencia y aun así acepta o recibe una merced corruptiva, la conducta puede desplazarse al delito de enriquecimiento ilícito (art. 401 del CP) o a la estafa (art. 196 del CP). Este razonamiento se debe a que la misma ley lo prescribe: artículo 393 del CP «[...] un acto en violación de sus obligaciones [...] a consecuencia de faltado a ellas [...], párrafo primero y segundo». «En suma, la infracción a las obligaciones debe producirse a un acto determinado relativo a las funciones y facultades del agente público, que es precisamente el factor motivante para la iniciación de las maniobras corruptivas por parte del cohechante activo».

(42) En el mismo sentido, REÁTEGUI SÁNCHEZ. *Op. cit., p.* 496.

4.2.3. Contenido del dolo en las formas agravadas de peculado doloso

La configuración de la imputación subjetiva dolosa de las dos formas agravadas de peculado que contempla el artículo 387 del CP —en concordancia con el artículo14 del CP— exige que el funcionario o servidor público —además del conocimiento de los elementos objetivos constitutivos del tipo básico expuestos precedentemente (supra § 3.2)— conozca los elementos o las circunstancias que convierten al tipo penal básico en un tipo penal agravado. Está exigencia se fundamenta en el principio de responsabilidad subjetiva (arts. 7 y 14 del CP), que proscribe fundamentar y/o agravar tanto un tipo penal como la pena correspondiente con base en la mera concurrencia de factores objetivos. Por tal razón, para que se configuren las formas agravadas de peculado previstas en el artículo 387 del CP, es imprescindible que el funcionario o servidor público conozca que el valor de los caudales o efectos objeto de apropiación o utilización sobrepasa las diez unidades impositivas tributarias (primera forma agravada) o que los caudales o efectos estén destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En consecuencia, de existir un error o desconocimiento se excluyen dichas figuras agravadas.

4.3. Error de tipo y consecuencias jurídico-penales

El error o desconocimiento de los elementos objetivos del tipo penal de peculado —como ocurre con todos los delitos dolosos— se encuentra regulado en el primer párrafo del artículo 14 del CP, el cual establece dos consecuencias diferentes en función a la clase de error de tipo que se presenta en el caso concreto. A saber, mientras el error invencible del sujeto activo sobre un elemento del tipo penal o respecto de una circunstancia agravante fundamenta la exclusión de la responsabilidad penal o la agravación de la pena, el desconocimiento o error vencible de dichos elementos fundamenta la configuración y sanción de un injusto penal culposo, siempre que este se encuentre expresamente previsto en algún tipo penal de la Parte Especial.

De la relación de esta fórmula general (error de tipo) con la figura básica y con las dos modalidades agravadas del delito de peculado doloso previstas en el artículo 387, se derivan las siguientes alternativas de error de tipo con sus respectivas consecuencias jurídico-penales.

a) En el tipo penal básico de peculado se excluye el dolo cuando el *intraneus* obra en el marco de un error sobre los elementos del tipo objetivo; es decir, en una situación en la que el funcionario o servidor

público ignora la concurrencia de circunstancias y elementos que le impiden conocer que va a realizar (o se está realizando) una conducta configuradora de los riesgos jurídico-penales prohibidos previstos en el artículo 387 del CP. Por ejemplo, se excluirá el dolo de apropiación exigido por el tipo subjetivo del delito de peculado en el supuesto que el obligado especial dispone de caudales o efectos del Estado ignorando que posee una competencia funcional de administración o custodia respecto de dichos bienes o cuando —pese a tener conocimiento de dicha competencia— la disposición de los bienes se lleva a cabo desconociendo (o en la creencia errónea) que estos no pertenecen al Estado. En dicho supuesto —por exigencia del principio de legalidad (art. 14 del CP)—, la ausencia de dolo por desconocimiento (error) inevitable fundamentará la exclusión de responsabilidad penal del funcionario o servidor público por falta de dolo, mientras que la falta de dolo por error evitable conduciría a sancionar al intraneus como autor de un delito de peculado culposo, siempre que se cumplan los elementos típicos previstos en el cuarto párrafo del artículo 387 del CP.

b) En las dos figuras agravadas de peculado doloso, no se configura la imputación subjetiva de tales modalidades cuando el funcionario o servidor público desconoce que el valor económico del bien apropiado o utilizado sobrepasa las diez unidades impositivas tributarias (primera forma agravada) o cuando ignora que los caudales o efectos están destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social (segunda forma agravada). Conforme al artículo 14, en dichos supuestos, el desconocimiento o error inevitable de tales agravantes solo excluye al funcionario o servidor público de la imposición de una pena agravada, más no de la imputación —y, por ende, de la sanción— del tipo básico de peculado doloso. Lo mismo sucede cuando el desconocimiento de las agravantes proveniente de un error vencible, porque ni el artículo 387 ni otro precepto penal contemplan la posibilidad de valorar dicha circunstancia para agravar la pena que corresponde al tipo penal básico del delito doloso.

4.4. Elemento subjetivo del injusto

Un tópico muy discutido en la dogmática penal peruana es el referido a la existencia o inexistencia de un elemento subjetivo del injusto, diferente

al dolo. El sector minoritario sostiene que el delito de peculado sí contiene un elemento subjetivo distinto al dolo y a la voluntad de apropiación. En tal sentido, Reátegui Sánchez refiere que el elemento subjetivo del injusto se encuentra consagrado con las locuciones «para sí» o «para otro»[43]. A partir de ello, el autor mencionado —siguiendo a Villavicencio Terreros— sostiene que el delito de peculado es un delito de intención[44] porque posee una tendencia interna especial trascendente[45]. Por su parte, el sector mayoritario considera que el delito de peculado doloso no contiene elemento subjetivo alguno distinto al ánimo de apropiación. Esa es la tesis defendida por Abanto Vásquez y Rojas Vargas, para quienes el tipo penal de peculado no exige la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto como el ánimo de lucro. En consecuencia, la imputación subjetiva del delito de peculado quedaría consumada con la sola existencia del dolo.

Desde mi perspectiva, el delito de peculado sí contiene un elemento subjetivo psicológico de naturaleza psicológica. Este no forma parte del dolo, sino del injusto. De ello se infiere que la configuración de la tipicidad subjetiva no depende de la concurrencia de dicho elemento subjetivo, sino solo de la actuación dolosa. Tal elemento subjetivo está consagrado con las frases «para sí» o «para otro» que, por un lado, expresan una finalidad psicológica especial y, por otro lado, se expresan tanto en las conductas comisivas, como en las omisivas. No obstante, el elemento subjetivo contemplado por el artículo 387 del CP no se reduce a un fin económico o de enriquecimiento; por el contrario, dicho elemento subjetivo abarca móviles psicológicos[46] de diversa naturaleza, por ejemplo, de autocomplacencia

---

(43) En el mismo sentido, REÁTEGUI SÁNCHEZ. *Op. cit.*, p. 533.

(44) *Loc. cit.*

(45) *Loc. cit.*

(46) A propósito de ello, en la Sentencia del 05-12-11 que recayó en el Exp. N.° 00111-2011, emitido por la Sala Penal de Apelaciones Especializada en Delitos cometidos por Funcionarios Públicos de la Corte Superior de Justicia de Lima, se hace alusión a un elemento adicional de orden subjetivo «ánimo de dominio» y «ánimo de servirse del bien», cuando afirma en el fundamento octavo que para referirse al verbo rector «utilizar», que debe entenderse como el aprovecharse de las bondades que permiten los caudales o efectos públicos, sin que existe el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero, toda vez que no hay el ánimo de dominio, sino solo

psíquica o afectiva, de carácter material o económico-utilitarista *animus lucrandi*(47), etc. Ello se debe a que las locuciones «para sí» o «para otro» son fórmulas generales, de modo que en ellas se subsumen no solo fines lucrativos de enriquecimiento propio o de terceros, sino otros móviles de distinta clase, *v. gr.*, aquellos que están orientados a perjudicar la correcta Administración pública o a un tercero(48) a quien está destinado la correcta administración de los caudales o efectos apropiados.

Ahora bien, que el delito de peculado contenga un elemento subjetivo del injusto no significa que tal componente sea necesario o cumpla una función garantista, pues como ya se dejó establecido *ut supra* —en el plano normativo— la estructura típica se restringe a la conciencia y voluntad de apropiación. Pero, por encima de ello, el elemento psicológico subjetivo referido cobija arbitrariedad y confusión, ya que es muy difícil demostrar su existencia en el plano subjetivo. Por tales consideraciones, de *lege lata*, tal elemento subjetivo —igual que el dolo— solo tiene que comprobarse mediante criterios objetivos, por ejemplo, mediante la valoración del incremento del patrimonio o la disminución de deudas. De *lege ferenda*, la fórmula «para sí» o «para otro» debe ser derogada.

Siguiendo esta línea argumentativa, corresponde determinar cómo se puede llegar a establecer la comisión dolosa en el delito de peculado.

---

servirse del bien. Con ello, lo que esta Sala Superior está asumiendo es que para la configuración objetiva del tipo penal de peculado, no basta la apropiación de manera fáctica, sino que se requiere un elemento subjetivo de carácter adicional, que entiendo debe traducirse como un elemento subjetivo del injusto: ánimo de apropiarse o ánimo de servirse del bien. Evidentemente, para probar la existencia de este elemento de orden subjetivo, se requerirá acudir a una concepción de dolo que no se agota en la psicologista.

(47) Sostiene la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en su ***fundamento octavo***, que en el caso de la apropiación de caudales o efectos, debe quedar acreditada la intención de apropiación por parte del sujeto activo. Así, en el Recurso de Nulidad N.° 1229-2010-Loreto del 01-06-11, afirma que para el caso de la conducta tipificada como peculado culposo agravado, se debe tener en consideración que «la conducta no comporta la intención de apropiarse de los [...] materiales destinados a las [...] poblaciones afectadas». Léase que en los casos de peculado doloso la conducta debe comportar la intención de apropiación.

(48) ABANTO VÁSQUEZ. *Op. cit.*, p. 356.

V. LA PRUEBA INDICIARIA PARA CONFIGURAR LA TIPICIDAD SUBJETIVA DEL DELITO DE PECULADO

5.1. La prueba indiciaria para dilucidar los elementos subjetivos del tipo penal de peculado

En el Recurso de Nulidad N.° 1211-2016-Apurímac, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el fundamento 3.4, se sostiene que por lo general en los delitos contra la administración pública, como es el caso del delito de peculado, la prueba que se emplea es de carácter indiciario. Sobre este punto ha defendido la especial habilidad de la prueba por indicios para dilucidar los elementos subjetivos del tipo penal que de otra manera serían imposibles de determinar. En este mismo sentido, se pronuncia Pastor Alcoy cuando afirma que los elementos subjetivos —a los que identifica como las intenciones, conocimientos, sentimientos, o datos que se encuentran en la psique de cada persona y que puede haber sido manifestadas a otras personas o no— tienen una mayor dificultad probatoria, dado que si no han manifestado de forma expresa resulta difícil y hasta imposible averiguar los pensamientos íntimos del sujeto[(49)-(50)].

Por su parte, el Pleno Jurisdicional de las Salas Penales Permanentes y transitorias de la Corte Suprema, Acuerdo Plenario 1- 2006/ESV-22, decidió que el Fundamento Jurídico N.° 4, de la Ejecutoria R. N. N.° 1912-2005, debía tener carácter vinculante y constituir doctrina legal de la Corte Suprema, y estableció que los presupuestos materiales de la prueba indiciaria necesarios para enervar la presunción constitucional de inocencia son a) los hechos deben estar plenamente probados a través de los diferentes medios de prueba autorizados por ley, de no ser así, se trataría de una mera sospecha sin sustento legal alguno; b) deben ser plurales, y si son únicos, deben ser excepcionalmente únicos, pero de una singular fuerza acreditativa; c) deben ser concomitantes al hecho que se trata de probar, y d) deben estar interrelacionados, de tal modo que si son varios estos deben reforzarse entre sí.

---

(49) PASTOR ALCOY, Francisco. *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 52.

(50) Veremos que incluso contando con la confesión del sujeto, si esta no está corroborada con otros elementos incriminatorios, dicha confesión no será capaz de enervar —por sí sola— la presunción de inocencia.

En este mismo pronunciamiento se precisó, por otro lado, la distinción entre indicios fuertes y débiles en función de su mayor o menor aproximación al dato fáctico a probar. Bajo este orden de ideas, los indicios débiles solo tendrán el valor de acompañantes de los indicios fuertes, de los cuales dependerán. La Corte Suprema peruana cita a fin de sostener teóricamente su posición, la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo español en la sentencia del 25-10-99, en la que afirmó que la inducción o inferencia debe ser razonable, toda vez que debe responder plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de modo tal que de los indicios surja el hecho consecuencia y exista entre ambos un enlace preciso y directo(51).

La prueba por indicios o prueba indirecta es empleada en las acusaciones en ausencia de prueba directa. Puede; sin embargo, también ser utilizadas por la defensa como contraindicios. En palabras que Pastor Alcoy, llamamos contraindicios a aquellos elementos de prueba que sirven para contradecir un hecho indiciario concreto o a inferencias distintas que pueden cambiar el signo incriminatorio que se atribuía un hecho base(52).

Otro es el análisis respecto del sistema de valoración probatoria bajo el cual el juzgador concluirá si se encuentra o no enervada la presunción de inocencia. En el presente trabajo no ingresaré a evaluar cuál de estos sistemas es el más idóneo. Lo que me interesa destacar es que frente a la opción psicológica del dolo, en la que se vuelve imposible escudriñar las intenciones del sujeto, la concepción normativa del dolo desde el análisis de la prueba indirecta o indiciaria se presenta como una opción necesaria.

Los contraindicios(54) tendrán como objetivo destruir el carácter incriminatorio de la Acusación. En el Perú, no existe un desarrollo genuino de

---

(51) Sobre prueba indiciaria en la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 229/88 de 1 de diciembre FJ2 BOE 23-12-88), este Tribunal señaló que de existir prueba indiciaria, el Tribunal de instancia tiene la obligación de precisar, en primer lugar, cuáles son los indicios probados y, en segundo lugar, cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal. Ello a fin de que las razones que se invoquen en la elaboración del proceso mental de deliberación, puedan ser conocidos por el Tribunal que posteriormente pueda intervenir. En resumidas cuentas, lo que se exige es que se haga explícita la motivación de la resolución.

(52) PASTOR ALCOY, Francisco. *Op. cit.*, p. 107.

(53) La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de marzo de 2001, Sección 3.ª, señaló lo siguiente: «Otro indicio que ha sido cuestionado ha sido la conducta

doctrina jurisprudencial sobre la prueba indiciaria o prueba indirecta. Nuestros tribunales se han limitado a importar desarrollos doctrinales y jurisprudenciales. Basta revisar las sentencias del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional Español, para advertir su influencia. Esta es una de las razones por las que en este trabajo me he remitido a citar dichas sentencias(54).

---

del acusado que una vez que se le comunicó que existía una investigación por la que se le iba a abrir expediente (por la desaparición del Lopamiro en el Servicio de Farmacia del que él era el máximo responsable) realizó una llamada telefónica cuya finalidad —de haberse llegado a materializar— era reponer el material que faltaba. Por una parte es de destacar la declaración del acusado ya en fase de instrucción y luego en el Juicio Oral que explicó razonadamente que en un primer momento se planteó la posibilidad de asumir económicamente la pérdida del material para evitar ser sancionado por la falta de custodia que como máximo responsable podía ser sancionado de forma administrativa o incluso penal; ya que en el Código Penal vigente en la fecha de comisión de los hechos estaba tipificado en el artículo 395 la malversación de caudales públicos por «abandono o negligencia», es decir un tupo penal por imprudencia, que se encuentra destipificado en el actual Código Penal [...]. Es de destacar que el acusado en todo momento se ha declarado inocente y esta consignación judicial no es tenida en cuenta por el Tribunal como indicio incriminatorio [...]. Los hechos indiciarios de criminalidad que resultan en el tiempo muy posteriores a la comisión de los hechos y cuando ya está en marcha la investigación contra determinada persona conocedora de ello pueden ser erróneamente interpretados como incriminadores cuando en realidad se trata de hechos realizados por el acusado en su descargo, ante el acoso la que se siente sometido [...] Por todas las razones expuestas la sala entiende que los referidos indicios no son racionalmente incriminadores y que procede absolver al acusado».

(54) Es el afán de importación que nuestros operadores del derecho —léase jueces— han realizado de su doctrina jurisprudencial. Una importación, que no es; sin embargo, desatendible sobre todo si valoramos sus aciertos. En ese orden de ideas, la Sentencia de Tribunal Supremo Español, emitida por la Sala Segunda, del 6 de junio de 2001, señaló que la prueba por indicios se debe sostener en dos presupuestos: a) la existencia de una pluralidad de datos indiciarios plenamente probados, y b) la racionalidad de la inferencia obtenida, de manera que el hecho consecuencia fluya de forma natural y lógica de los hechos ase, según un proceso deductivo basado en la lógica, el recto criterio humano y las reglas de la experiencia.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de junio de 1998, sostuvo respecto del derecho a la presunción de inocencia y la capacidad de la prueba indiciaria para enervarlo, que en esta situación la prueba indiciaria puede enervar el derecho a la presunción de inocencia si concurren como condiciones las siguientes:

a) Pluralidad de los hechos-base o indicios.

b) Precisión de que tales hechos-base están acreditados por prueba de carácter directo.

Se debe señalar qué hechos pueden ser considerados indicios y analizar si se encuentran debidamente probados. Corresponde, asimismo, materializar cuál ha sido el proceso mental que ha llevado al tribunal de instancia a estimar que las afirmaciones sobre los hechos se encuentran probadas. La prueba indiciaria debe satisfacer, en ese sentido, exigencias de orden constitucional.

Ha quedado dicho que sobre el requisito psicológico o subjetivo del injusto[55], que puede ser exigido en los diversos tipos penales, se cierne una

---

c) Necesidad de que sean periféricos o concomitantes respecto del dato fáctico a probar.

d) Interrelación en cuanto esta misma naturaleza periférica exige que los datos estén no solo relacionados con el hecho nuclear precisado de prueba, sino también interrelacionados.

e) Racionalidad de la inferencia.

f) Expresión de la motivación del cómo se llegó a la inferencia en la instancia.

En el Auto emitido por el Tribunal Supremo Español el 2 de marzo de 1994, se estimó que los requisitos de la prueba indiciaria a fin de formar convicción en el Tribunal de instancia son los siguientes:

a) Pluralidad de indicios en cuanto deben ser dos o más.

b) La confluencia o coincidencia de los mismos, en cuanto todos ellos señalen en la misma dirección, pues en otro cao se anularían o desvirtuarían como fuerzas contrarias.

c) Que los hechos base generadores de la inferencia se encuentren suficientemente acreditados.

d) Que las inferencias sean racionales y se correspondan a los dictados del buen sentido y de la lógica.

e) Que ente el hecho base y el hecho consecuencia, se dé un enlace preciso según las reglas del criterio humano, tal y como queda expresado en el artículo 1253 del Código Civil Español.

f) Que las inferencias realizadas por el juzgador no sean absurdas o desatinadas, no incurriendo en la arbitrariedad proscrita por el artículo 9.3 de la Constitución.

g) Que el órgano a quo no cumpla con lo establecido en el art. 120.3 de la Constitución y exponga los hitos principales del razonamiento, si bien en la casación quepa completar el razonamiento

(55) El Recurso de Nulidad N.° 1320 -2009-Huánuco, del 03-11-10, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, afirma que para poder determinar si el sujeto activo actúa consciente de la realización del tipo legal, se debe recurrir a la prueba indiciaria o circunstancial, y considerar que 1. Las características del sujeto activo; 2.

especial dificultad en su acreditación, es por ello que se recurrirá al uso de inferencias lógicas e inequívocas.

En particular, cuando me refiero al delito de peculado doloso se requiere acudir a la prueba indiciaria bajo los presupuestos antes detallados. Por ejemplo, a fin de determinar si existe o no voluntad de no devolver el caudal o efecto público, se podrá realizar un conjunto de inferencias —cuya corrección está sujeta a la reglas de la lógica— a partir de la negación u omisión de respuesta al requerimiento que se haga sobre dicha devolución.

VI. CONCLUSIONES

Como síntesis del presente trabajo se ponen a discusión las siguientes tesis:

1. En contra de lo que sostiene la doctrina dominante, sostengo que los delitos no se clasifican en delitos de dominio del hecho y delitos de infracción de deber. Desde mi perspectiva, todos los delitos son delitos de infracción de deber.
2. Existen delitos de infracción de deberes generales negativos y delitos de infracción de deberes especiales positivos. Mientras que, en los primeros, la autoría (por citar esta categoría) se fundamenta en la infracción de un deber general negativo; en los segundos, el fundamento del injusto de autor radica en la infracción de un deber especial positivo.
3. El delito de peculado es un delito de infracción de deberes especiales positivo, pues la autoría de dicho injusto penal se fundamenta en la infracción del deber especial positivo que consiste en «administrar correctamente los caudales o efectos del Estado», que competen al funcionario o servidor público por razón de su función o cargo. Por consiguiente, autor solo puede ser el funcionario o servidor público que es competente de dichos de deber. Los *extraneus* solo pueden ser partícipes.

Sus conocimientos especiales; 3. La posición que ocupa dentro de la organización del Estado ligado a los hechos que son materia de juzgamiento. En ese mismo sentido, se pronuncia la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad 3181-2009-Lima del 18-10-10.

4. El objeto de protección en el delito de peculado no es el patrimonio del Estado (principio de no lesividad del patrimonio estatal), sino la «correcta administración de los caudales o efectos del Estado». Ello implica que el injusto penal de peculado queda configurado con la simple infracción de la norma de comportamiento (infracción del deber especial positivo); es decir, independientemente de si se menoscaba o incrementa el patrimonio estatal.

5. El dolo típico de todos los injustos penales está constituido por el conocimiento y la aceptación de que el comportamiento realizado crea un riesgo jurídico-penal no permitido. Esta expresión comunicativa del comportamiento doloso se manifiesta mediante la realización de un comportamiento que se mantiene indiferente ante el conocimiento de la inmediatez de realización de riesgos jurídico-penales prohibidos.

6. La definición del dolo como conocimiento e indiferencia acerca de la realización de los riesgos típicos supera las inconsistencias dogmáticas y las lagunas de punibilidad que aquejan a las teorías voluntaristas, debido a que dicho concepto de dolo subsume el dolo directo (*Absicht*), el dolo indirecto o de consecuencias necesarias (*bedingter Vorsatz*) y el dolo eventual (*dolus eventualis*).

7. El dolo típico del delito de peculado está constituido por el conocimiento del funcionario o servidor público respecto de a) que es competente de un deber especial positivo de administración y custodia de caudales y efectos públicos, y b) que se apropia o utiliza de bienes (caudales o efectos) que pertenecen al Estado.

8. Este concepto del dolo típico del delito de peculado supera las críticas dogmáticas y político-criminales realizadas a las tesis que consideran que el tipo subjetivo del injusto penal de peculado doloso está constituido por el conocimiento y la voluntad final (dolo directo). Ello se debe a que este nuevo concepto del dolo del injusto penal de peculado subsume y, por lo tanto, criminaliza no solo el denominado dolo de primer grado, sino también el dolo de segundo grado y el dolo eventual.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ. *Delitos contra la Administración Pública en el código penal peruano.* Lima, 2000.

FEIJÓO SÁNCHEZ, José Bernardo. *El dolo eventual*; GALLAS. Täterschaft und Teilnahme. In *Materialien zur Strafrechtsreform*, 1. Band, Bonn, 1954.

GRACIA MARTÍN, L. *El actuar en lugar de otro.* Tomo I. Zaragoza, 1985.

IÑIGO ORTIZ DE URBINA, Gimen. *Lecciones de Derecho Penal.* En *Delitos contra la Administración Pública.* Editorial Atelier, 2015.

JAKOBS, Günther. *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre.* 2. Aufl., Berlin, 1991; IDEM. *Die strafrechtliche Zurechnung von und Unterlassen*...Opladen, 1996.

LASK, H. *Philosophie*, 1905.

LESCH, HEIKO. *Das Problem der sukzessiven Beihilfe.* Frankfurt am Main, 1992.

MITTASCH, H. *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik.* Berlin, 1939.

PASTOR ALCOY, Francisco. *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia.* Valencia, 2003.

RADBRUCH, G. *Rechtsphilosophie.* Stuttgart, 1956.

RAGUÉS I VALLÈS, R. *El dolo y su prueba en el proceso penal.* J. M. Bosch Editor, 1999.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la Administración de Justicia.* Lima: Jurista Editores E. I. R. L., 2014.

RENGIER, Rudolf. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 10. Aufl., 2017.

RICKERT, H. *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 1899.

ROJAS VARGAS, FIDEL. *Delitos contra la administración pública.* 2.ª ed. Lima: Grijley, 2000.

ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtsystem*, Berlin, 1970; IDEM. *Strafrecht Allgemeiner Teil (Besondere Erscheinungsformen der Straftat).* Band II, München, 2003.

SALAZAR SÁNCHEZ. *Täterschaft und Teilnahme bei vorsätzlichen Kollektiventscheidungen in Wirtschaftsunternehmen* (inédito); IDEM. *Teilnahme des Ex-*

traneus an den Delikten kraft Verletzung positiver Sonderpflichte (inédito); IDEM. *La intervención delictiva en el delito de colusión*, p. 149; IDEM. *Responsabilidad penal por la infracción de deberes negativos*. Disponible en http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1088.

SCHÜNEMANN-LK, *Handeln für einen anderen*, 11. Aufl. 2003; IDEM. *Cuestiones básicas del Derecho Penal en los umbrales del tercer milenio*. Lima: Idemsa, 2006.

SCHWINGE, E. *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*. Bonn, 1930.

SISNIEGAS RODRÍGUEZ, ROGER DE LA CRUZ. *Conceptos de dolo eventual, y culpa consciente Título de la Tesis y su aplicación-abandono de la teoría ecléctica. Teoría Única Global de la Imputación del Dolo Eventual y la Culpa Consciente.*

WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., Berlin, 1969; IDEM. *Studien zum System des Strafrechts*, ZStW 58, 1939; IDEM. *Estudios de Derecho Penal*. Lima: Idemsa, 2004.

WINDELBAND, W. *Geschichte und Naturwissenschaft*, 5. Aufl., Straßburg, 1915.

LO PRUDENTE DEL PECULADO IMPRUDENTE

Karl Andrei Borjas Calderón(*)

SUMARIO: I. Consideraciones iniciales. **II.** Sobre el *nomen iuris*. **III.** Intervención delictiva. **IV.** El afectado. **V.** ¿En qué consiste la imprudencia del peculado? **VI.** La sustracción cometida por otro autor. **VII.** Reflexión final.

I. CONSIDERACIONES INICIALES

Es contundente señalar que el delito de peculado imprudente se encuentra ungido con el punitivismo exagerado de la política criminal peruana como característica de nuestra inflación penal en las últimas décadas. Tal advertencia radica, principalmente, en que dicho ilícito bastaría ser castigado con el derecho administrativo sancionador, mas no con el derecho penal, siendo necesario recordar que la intervención penal debe darse únicamente para los casos más graves y no para errores o defectos de vigilancia que puedan ser ameritados por otros medios de control social o jurídicos. Además, en nuestra ciencia rigen principios fundamentales como el de subsidiariedad, fragmentariedad, proporcionalidad y *última ratio*.

En general, estoy en desacuerdo con que en aras de la lucha contra la corrupción se convoque constantemente al derecho penal para criminalizar cualquier infracción cometida por el empleado público, dejando de lado la aplicación de los principios y garantías oriundas de un compendio penal perteneciente a un Estado de derecho. Creo que un Estado es o debe ser de Derecho siempre y cuando respete las columnas que han fundado su Constitución en toda circunstancia.

(*) Doctorando en la Universidad de Navarra y magíster en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca.

Otra razón para cuestionar el peculado culposo del ámbito penal peruano se debe a su antecedente legislativo comparado. Dice Fidel Rojas Vargas que la implementación del delito analizado fue por primera vez prevista en el segundo párrafo del artículo 346 del Código Penal de 1924, habiéndose tomado como referencia el artículo 406 del Código Penal español de 1870[1]. Sin embargo, el vigente corpus penal español (1995 y sus sucesivas modificaciones) no sanciona el peculado (malversación) imprudente, pues de manera correcta se ha considerado que para tal ilícito deberá encargarse el Derecho administrativo sancionador.

En nuestro país ya no se tomó atención a la actualización de la fuente legal española a pesar de ser referente, dado que se persistió en castigar el ilícito administrativo con sanción penal. Es decir, se tomó como reseña el Boletín Penal español del siglo XIX; empero, a fines del siglo XX y en el siglo XXI se continuó con esta apreciación vetusta y arbitraria.

Por ello, el lector debe tener en cuenta que las siguientes líneas se dirigirán a presentar el análisis interpretativo dogmático del peculado imprudente alejado de toda posición de emergencia o atropello legislativo, a pesar de considerar su eliminación del Código Penal. Trataré de rescatar lo poco prudente que queda del delito de peculado imprudente sin ánimos de impunidad, si no, todo lo contrario, la de justificar su real ubicación en el ordenamiento jurídico.

En el presente trabajo también se exhibirán algunas críticas académicas y prácticas que trajo consigo la redacción legal de los últimos párrafos del artículo 387 del CP, que poco han sido planteadas por la doctrina nacional. Dichas apreciaciones siguen vigentes sin la mínima intención de que los operadores busquen su solución o mejora en sede parlamentaria.

A decir de algunas consideraciones, en el plano práctico, la redacción legal exige que luego de toda sustracción de los caudales o efectos públicos por un tercero o un empleado público incompetente, se debe [necesariamente] cotejar si la disminución se debió a un descuido del empleado público encargado; es decir, el investigador debe apreciar si la conexión de un acto ilícito de apropiación o utilización ha sido generada por el peculado imprudente.

---

(1) ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. 4.ª ed. Lima: Grijley, 2007, p. 524.

En cuanto a los problemas académicos vale la pena resaltar que algunos autores nacionales han manifestado que existe concurso entre el delito de peculado culposo y otro de apropiación, lo que desde ya descarto. Otro yerro observado radica en considerar «partícipe» al agente que cometió el acto de apropiación, del funcionario que tuvo el defecto de cuidado. Esta posición no debe ampararse porque nos encontramos ante dos injustos distintos.

Lo peor de la estructura típica se aprecia en que el resultado del peculado imprudente se encuentra a cargo de un tercero, pero no del mismo autor. Ello jamás debió ser justificado jurisprudencial ni académicamente, pues no es compatible con el injusto imprudente tantas veces estudiado por la doctrina responsable, donde se castiga penalmente al autor imprudente por infringir una norma de deber de cuidado que ha causado un resultado no deseado o típico. Lo último dicho ha sido obviado por nuestros autores.

Finalmente, aunque el ideal legislativo tenga resistencia en la clase política de turno al sobrecriminalizar conductas, desde esta orilla nos corresponde contribuir a mejorar la situación científica de la dogmática penal peruana en la medida de lo posible, buscando la depuración de criterios de imputación injustos, siendo nuestra responsabilidad la de profesar razones para la elaboración de leyes respetuosas de los principios penales que, sobre todo, amparen seguridad jurídica.

II. SOBRE EL *NOMEN IURIS*

El término *peculado* proviene de dos vocablos latinos *pecus* 'ganado' y *latus* 'hurto', que etimológicamente significa 'hurto de ganado'. Ya en la República Romana el vocablo *peculatus* tomó otro significado, considerándolo como 'el hurto de cosas muebles pertenecientes al Estado'; se le daba este nombre, porque antes de que se empezara a hacer uso del dinero, los bienes muebles que ocupaban el primer rango entre los comunes o públicos eran los animales destinados al sacrificio, y por eso el hurto de los mismos era el que ocupaba el primer lugar entre los de su clase[2].

En el Perú, normalmente se entiende que el peculado básico es la apropiación ilícita de bienes muebles pertenecientes al Estado por parte del empleado público competente, asentándose desde hace años en la doctrina, ju-

(2) MOMMSEN, Teodoro. *Derecho penal romano*. 2.ª ed. Bogotá: Temis, 1999, p. 474.

risprudencia y la propia ley, por lo que sería superfluo buscar un sinónimo o vocablo análogo para cuestionar su terminología. Por tanto, es oportuno seguir con este término ya acostumbrado en nuestro ámbito penal. Además, el término no trae consigo problemas de interpretación dogmática o colisiona con otros vocablos relacionados a otras instituciones penales.

Sin embargo, no comparto adjetivarlo como peculado *culposo*, pues la culpa es un vocablo penal antiguo, poco utilizado en los actuales tratados o manuales de derecho penal de autoridad. Los términos «culpa o culposo/a» fueron empleados por la doctrina penal del siglo XIX, abandonándose en la actualidad por el Código Penal alemán (StGB, § 15) que fija los términos *imprudencia* o *imprudente* (Fahrlässigkeit, fahrlässig), como lo hace también el actual Código Penal español.

Considero que es adecuado emplear el término *imprudencia*, evitando, de este modo, referencias moralistas o religiosas e, incluso, se facilita la diferenciación lingüística respecto de la expresión *culpabilidad*. Sostiene Mir Puig que la palabra *imprudente* tiene ventajas como la de resultar más fácilmente comprensible al profano y la de facilitar la distinción respecto del término «culpabilidad», de uso muy distinto[3].

En consecuencia, tal como se intitula este trabajo, propongo denominar a los últimos párrafos del artículo 387 del Código Penal peruano como *peculado imprudente*.

III. INTERVENCIÓN DELICTIVA

La redacción legal del peculado imprudente tiene la siguiente composición típica: «Si el agente por culpa da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas». Al respecto, es necesario dilucidar a quién se refiere la norma penal como «el agente» y, en consecuencia, constatar a quién se puede atribuir como autor de este delito y verificar si es posible la participación de otros en el ilícito estudiado.

---

(3) MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General*. 10.ª ed. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2016, p. 293.

Es cierto que no existe claridad en el término «agente», como si se hace en el peculado doloso al precisarse en la primera línea del artículo 387 del CP a «el funcionario o servidor público [...]». Entonces, la tarea siguiente sugiere formularnos si el agente es equiparable al funcionario o servidor público.

En la doctrina nacional, en su momento, Abanto Vásquez señaló que el sujeto activo es el funcionario público que tiene relación funcionarial específica con los bienes sustraídos por un tercero[4]. El jurista peruano no agregó al servidor público como autor, sin indicar las razones de tal supresión.

En cambio, Fidel Rojas Vargas entendió que «el agente» hace referencia al mismo autor del peculado doloso, por tanto, sin distinción, autor del delito de peculado culposo sería el funcionario o servidor público[5] competente.

Sin mayores detalles, coincido con esta última posición: el autor del peculado imprudente es el mismo sujeto al que se refiere en su comisión dolosa, pues necesariamente nos encontramos ante un empleado público que tiene el deber normativo de custodia, vigilancia o cuidado de los bienes públicos. Además, en la realidad peruana tanto un funcionario como un servidor pueden ocuparse de la labor estatal referida. Empero, esta función deberá encontrarse establecida con anticipación en una norma reguladora de la propia institución.

Estimo que la importancia de distinguir si nos encontramos ante la responsabilidad de un funcionario o servidor público radica principalmente en la imposición de la pena al no ser equiparables. Al momento de la determinación de la pena, el servidor no podrá recibir el mismo castigo que merecería un funcionario, puesto que este último ostenta un mayor rango de confianza en la administración pública y sus labores se fijan con criterios de especialidad. Quiero decir que la distinción cualitativa del funcionario y servidor público será de absoluta envergadura al momento en que el juzgador evalué la imposición cuantitativa de la pena.

También coincido con la concepción de que el peculado [en sus dos modalidades subjetivas] debe ser considerado como un delito de *infracción de*

---

(4) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, 2003, p. 366.

(5) ROJAS VARGAS. *Delitos contra la administración pública*, p. 528.

deber para referirse a criterios materiales de imputación que se advierten de la función encomendada al empleado público. El deber es *positivado* al vincularse institucionalmente a la administración pública como presupuesto de imputación a título de autor[6].

Por tal razón, no cualquier empleado público puede ser responsable del peculado imprudente porque el sujeto debe haber infringido un deber antes asignado en su propia institución pública. Es decir, infringe un deber —en este caso— imprudentemente al cuidado, vigilancia o custodia de los bienes públicos permitiendo como resultado que un tercero se los haya sustraído.

En breves términos, es autor el empleado público (funcionario o servidor) que haya quebrantado negligentemente su deber [positivo] de custodiar, vigilar o cuidar el patrimonio público. El deber exigido tuvo que ser asignado con anticipación en las normas de organización o regulación del ente público, dejando de lado delegaciones fácticas. La anticipación reguladora da potestad a que se pueda conminar al empleado público el fiel cumplimiento de sus funciones o deberes institucionales. Para estos casos, el deber vinculado con el Derecho penal tiene como fuente una norma reguladora [extrapenal], aludiendo que el injusto en los delitos imprudentes se basa en la infracción de una norma penal que contiene un deber de cuidado que llevó a un resultado no pretendido por el propio autor.

Con respecto a este tema, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que en el peculado debe existir una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Entendiendo como el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales y efectos[7].

Deseo subrayar que para cumplir fehacientemente con el deber exigido, queda claro que la propia administración pública también «tiene el deber» de otorgar y facilitar al funcionario o servidor los recursos necesarios para que realice sus funciones adecuadamente, de lo contrario, el descuido provendría del Estado. Por ejemplo, no podría imputarse como autor al comisario que

---

(6) REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. Lima: Jurista editores, 2009, p. 34.

(7) FJ 7 del Acuerdo Plenario N.° 4-2005/CJ-116.

tenga a cargo la custodia de vehículos policiales al darse la sustracción de una autoparte, cuando no se le haya delegado el personal suficiente de vigilancia o ningún lugar seguro para el estacionamiento de los vehículos. Acá el deber se encuentra condicionado con los escasos recursos entregados por sus superiores, debilitando las exigencias normativas.

Por otra parte, el peculado imprudente también puede ser clasificado como un *delito especial* por la cualidad estricta del autor descrito formalmente en el tipo legal, dado que para ser autor del delito necesariamente tiene que ser un empleado público al que se le haya encomendado normativamente la labor de custodia, vigilancia o cuidado del patrimonio público. Esta clasificación se debe a la división de delitos comunes y delitos especiales que tanto ha frecuentado la doctrina penal.

Sin embargo, sería un error entender como sinónimos la clasificación de los delitos especiales con los de infracción de deber. Bien explica Reaño Peschiera que la consideración de un tipo penal como delito especial atiende exclusivamente a su estructura formal, mientras que la clasificación como delito de infracción de deber despliega sus efectos a nivel de las estructuras materiales de imputación[8].

Por último, el tercero que sustrae el patrimonio público como consecuencia del descuido del empleado público que tiene el deber de vigilancia, no se le puede denominar *extraneus*. Ese sujeto comete otro injusto, al que deberá ser sancionado con la pena prevista en otro tipo penal. Tampoco se le puede considerar como *partícipe doloso* del delito imprudente[9]. Creo que es una exageración sin ninguna base dogmática llegar a esta apreciación. Tanto el autor de la imprudencia como el tercero que se aprovecha del contexto para sustraer los bienes públicos cometen dos injustos distintos y no guardan comunicación criminal. Ni concurso ni posiciones de encuentro, sino dos injustos separados con estructuras de tipificación distintas. Desde mi óptica, el agente público vulnera un injusto administrativo al no cumplir con su de-

---

(8) REAÑO PESCHIERA. *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, p. 22.

(9) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. La infracción penal por peculado culposo: Análisis a partir del artículo 387, cuarto párrafo, del Código Penal. En HEYDEGGER, Francisco y [illegible] HUAMÁN, Jhuliana (Coords). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Idemsa, 2013, p. 396.

ber de vigilancia sobre los bienes públicos. Por su parte, el tercero comete apropiación de un bien público lesionando los derechos patrimoniales de la institución pública, lo que sí es un delito. En consecuencia, insisto en confinar el concepto unitario de autor, más aún que en el Perú —hasta ahora— la imprudencia se castiga solo al autor.

IV. EL AFECTADO

En vista de encontrarnos ante un delito ubicado en el conjunto de ilícitos que protegen la Administración pública, al cautelar específicamente la expectativa del correcto deber funcional de cuidado del patrimonio público a cargo de un empleado público competente, es categórico señalar que el afectado en la comisión del peculado imprudente es *el Estado*.

Debe entenderse que el patrimonio público pertenece a toda la sociedad (llámese pueblo y administradores estatales). A los empleados públicos se les encomienda y confía la labor de administrar el acervo público, por lo que la pena debe ser proporcional a la afectación de la confianza asignada a su libre voluntad.

El delito materia de estudio es particular, pues se sanciona la imprudencia del autor que vulnera su competencia de cuidado siempre y cuando los bienes públicos hayan sido sustraídos por un tercero. Significa que para castigar al funcionario imprudente se debe advertir un resultado: *la afectación patrimonial al Estado*.

A pesar de que el resultado del delito no dependa del propio autor, tal como se encuentra redactado el tipo penal en el Perú, se debe confirmar la sustracción del patrimonio estatal por parte de un tercero que comete otro delito distinto como el de apropiación. En efecto, al existir afectación es evidente que el perjudicado es el Estado. Basta la sustracción para que el Estado se encuentre afectado.

En la mayoría de casos se vulnera el patrimonio delegado a una institución pública que forma parte del organigrama del Estado, pudiéndose fijar en concreto a la institución especifica como el ente directamente afectado. Eso no quiere decir que el afectado ya no sería el Estado, todo lo contrario, el Estado se encuentra representado en esa institución pública individualizada.

Cuestión distinta es la participación del representante público [procurador] correspondiente en cada investigación o proceso penal. Con esto

quiero decir que el afectado únicamente es el Estado y que puede ser representado por la institución pública que directamente guarda relación con los hechos reprochables[10]. La presencia de uno u otro procurador al fin de al cabo personifica al Estado como agraviado del peculado imprudente.

V. ¿EN QUÉ CONSISTE LA IMPRUDENCIA DEL PECULADO?

Los términos *por culpa* que se aprecian en el penúltimo párrafo del artículo 387 del CP no nos permiten tener claridad sobre el diseño del injusto imprudente que se ha asumido en esta norma, por tal razón, esta terminología es trivial, abstracta y colabora con la distorsión legislativa de tipificar cualquier vulneración de deberes gracias a la desatención del empleado público, a pesar de ser incompatible con el diseño dogmático de las escuelas penales que han tenido voz a lo largo de la historia penal peruana.

En consecuencia, será necesario acudir a la dogmática penal para verificar si al señalar *por culpa* estamos obedeciendo, por lo menos, la estructura objetiva del injusto imprudente. Asimismo, luego de este breve estudio el lector podrá darse cuenta de que es incompatible sancionar penalmente al agente público que haya desatendido sus funciones de cuidado de los bienes públicos, debido a que un tercero se aprovechó del descuido para sustraerlos de la esfera de custodia.

En realidad, no es mi propósito examinar con minuciosidad la trayectoria dogmática del injusto imprudente, pues no existe espacio ni es momento de madurez académica para tal titánica labor a pesar de ser necesaria para la realidad peruana[11]. No obstante, me limitaré en acentuar las características o elementos coincidentes apreciados en la doctrina especializada para referirnos a la presencia objetiva de un delito imprudente. Es necesario esta actitud

---

(10) De forma incorrecta, Salinas Siccha entiende que es necesario dejar establecido que si en un hecho concreto el afectado es una entidad pública, solo esta se constituye como agraviado y no el Estado. Véase SALINAS SICCHA, Ramiro. El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana. En HEYDEGGER, Francisco y ATAHUAMÁN, Jhuliana (Coords). *Op. cit.*, Lima: Idemsa, 2013, p. 368.

(11) Puede revisarse las posiciones filosóficas de Kant y Hegel sobre su incidencia en la concepción de la imprudencia en las escuelas penales. Véase PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *La imprudencia en el Derecho penal. El tipo subjetivo del delito imprudente*. Barcelona: Atelier, 2012, pp. 41-58.

en vista de que el legislador peruano ha creado una especie rara de delito con los últimos párrafos del artículo 387 al sancionar al agente público que vulnera una norma extrapenal y que un tercero cometa el resultado típico. Esta vinculación o apreciación es anticientífica.

La imprudencia como el dolo también ha sido analizada desde su parte objetiva y subjetiva. Hasta ahora, Mir Puig ofrece esta estructura académica: *la parte objetiva* supone la infracción de la norma de cuidado y una determinada lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. En cambio, *la parte subjetiva* requiere el examen de las razones de la conducta desatendida(12).

Entonces, únicamente, cabe realizar una reseña de la parte objetiva del tipo imprudente a fin de demostrar la incompatibilidad del diseño que ostenta la norma peruana. Es más, la teoría de la imputación objetiva y subjetiva quedaría rezagada en la norma analizada(13), porque el agente público infringió su deber de cuidado pero no podría atribuírsele el resultado que un tercero cometió.

Ahora bien, el injusto imprudente tiene como esencia la infracción del deber objetivo de cuidado o mejor dicho la infracción de la norma de cuidado. La doctrina especializada ha señalado que la norma vulnerada tiene que ser necesariamente de carácter penal y de determinación, puesto que se persigue la evitación de lesiones de bienes jurídicos «motivando a los ciudadanos a no realizar conductas constitutivas de delitos (14).

Desde los inicios de la década de los noventa, Corcoy Bidasolo sostiene que la norma de cuidado se encuentra prevista en los tipos penales y el deber de cuidado tanto su aspecto objetivo como subjetivo no es en sí mismo una

---

(12) MIR PUIG. *Op. cit.*, pp. 298-299.

(13) La doctrina nacional responsable ya se ha pronunciado al respecto sin que haya tenido eco en la mayoría de autores que han comentado el delito estudiado aquí. Por ejemplo, la exigencia del riesgo típico es consecuencia de la infracción de la norma de cuidado. Lo que importa aquí es el resultado sea imputable al sujeto por el riesgo derivado de la infracción de la norma de cuidado. Así pues, se negará la imputación objetiva del resultado si se ha producido por causas ajenas a la conducta imprudente del autor. Véase VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal. Parte General*. Lima: Grijley, 2006, p. 399.

(14) CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. 2.ª ed. Montevideo, Buenos Aires: B de F, 2016, p. 55.

norma penal, sino que solo determina una de las formas posibles en que se debe realizar la conducta para que sea correcta[15]. Además, debemos tener en cuenta las reglas generales de cuidado, que tienen relevancia penal de acuerdo con su elaboración teleológica de la teoría del delito.

Con mayor detalle sobre la parte objetiva, tal como indica Rodríguez Delgado, hay que diferenciar entre los conceptos de norma de cuidado y deber de cuidado. El primero es la norma penal que incorpora como punible el comportamiento imprudente en los diversos tipos penales; el segundo, es aquel que está integrado por las reglas técnicas que se quebrantan en el caso concreto en que el autor realiza el comportamiento imprudente, siendo una norma no penal[16].

Aunque la parte objetiva referente haya sido tantas veces cuestionada conforme a las posiciones de las escuelas del derecho penal en el tiempo, lo real es que el autor imprudente vulnera un deber de cuidado que para muchos se concibe como error típico o por problemas de cognición. Para Jakobs, por ejemplo, una acción imprudente no constituye injusto porque sea cognoscible la realización del tipo, sino porque una realización de tipo cognoscible es evitable[17]. Dicho razonamiento podría formar parte del terreno subjetivo al cual ya he advertido no discutir.

Con ello, la naturaleza jurídica del injusto imprudente necesariamente también se caracteriza por apreciar un resultado típico, ya sea porque se quiso evitar o porque se sanciona la desatención o descuido del mismo. Es verdad que la acción y el resultado se encuentran relacionados el uno con el otro; se sostiene que los deberes de cuidado tienen por finalidad evitar determinadas lesiones o peligros y, por otra, el peligro que se cierne sobre el objeto protegido de la acción determina la clase y medida de la actividad exigible; asimismo, la infracción del deber de cuidado debe haber repercutido precisamente sobre el resultado acecido[18].

---

(15) Ibídem, p. 75.

(16) RODRÍGUEZ DELGADO, Julio. *El tipo imprudente. Una visión funcional desde el Derecho penal peruano*. Lima: Grijley, 2007, pp. 82 y ss.

(17) JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2.ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 381.

(18) JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho penal. Parte General*. V. II. Lima: Instituto Pacifico, pp. 874-875.

En efecto, los tipos imprudentes se justifican, desde las diversas banderas dogmáticas, en la previsión del *resultado* típico y antijurídico, el mismo que se encuentra enlazada con la infracción de la norma de cuidado[19]. Para llegar a esta concepción, las escuelas penales se superaron en el transcurrir del tiempo y aportaron desde su metodología cuestiones importantes atraídas hasta ahora.

Al respecto, un sector importante del *causalismo* manifestó que la culpa es, formalmente, la no previsión del resultado previsible en el momento que tuvo lugar la manifestación de voluntad. Es previsible el resultado, cuando el autor hubiera podido y debido preverle[20]. Como se aprecia, la escuela causal tuvo mayor atención al desvalor de la acción, pero no dejó de lado el resultado que produjo el mismo autor no precavido. En cambio, Mezger señaló que actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición del resultado[21]. Por parte del *finalismo*, hubo voces que afirmaron que el resultado era una condición objetiva de punibilidad; asimismo, se justificaría como una garantía de seguridad para el ciudadano[22], a pesar de discutir los elementos del injusto imprudente. En cuanto a Roxin, proclama una concepción intermedia entre el desvalor de la acción y del resultado dentro del tipo imprudente[23].

---

(19) Desde antaño, el resultado y peligro se consideraban como el objeto material y jurídico de la acción culposa. Véase, QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Derecho penal de la culpa (Imprudencia)*. Barcelona: Bosch, 1958, pp. 183 y ss. Con ello, queda demostrado que el resultado típico siempre ha sido una característica del delito imprudente, antes bien, cada escuela penal le daba el significado conforme a la teoría del delito que propiamente construyeron en el transcurrir del tiempo y que ha sido legado para la actual dogmática penal.

(20) VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho penal*. T. II. Traducido de la vigésima edición. Madrid: Reus, 1927, pp. 418-419.

(21) MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. T. 2. Traducción de la segunda edición alemana de 1933, Buenos Aires: Hammurabi, 2010, p. 149.

(22) ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigket im Strafrecht*. München, 1964, pp. 342 y ss. En la primera edición de 1930, Engisch sostenía que el injusto imprudente debe ser valorado como una contrariedad al deber objetivo de cuidado, del cual se excluye el resultado. En ese sentido, esa discusión rota sobre el injusto imprudente que no tuvo mucha claridad.

(23) ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General*. T. I. *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 2008, p. 998.

Con ello quiero resaltar que tanto la doctrina clásica como la moderna mayormente tuvieron en cuenta el resultado que provocó el autor imprudente. Actualmente, con la teoría de la imputación objetiva esto es innegable, ya que se recurre a esta teoría para limitar responsabilidades por imprudencia y su relación con el resultado.

En suma, no será necesario ingresar a la conexión o relación de la acción para llegar al resultado típico, siendo provechoso indicar la real función que cumple el resultado en seleccionar los comportamientos punibles en cada compendio penal.

Con mucho énfasis debo resaltar que el resultado típico debió ser «causado» por la infracción de la norma de cuidado y que el resultado pueda imputarse objetivamente al autor de dicha infracción normativa(24). Hacerlo de distinta forma se atropellaría el principio de culpabilidad, materializada, por tanto, como garantía que guarda relación con su estatuto como persona, conforme surge de otro principio vital como es la dignidad humana(25).

En consecuencia, el resultado típico se imputa al sujeto que vulneró la norma penal de cuidado vinculado con el deber objetivo de cuidado. Obligatoriamente, nos deberemos encontrar ante un mismo sujeto que cumple la estructura objetiva y subjetiva de todo injusto imprudente. De este modo, la dogmática ha ensamblado esta institución penal con respeto del principio de legalidad y, absolutamente, el de culpabilidad.

En contrario a lo sentado por la dogmática, el legislador peruano con el penúltimo párrafo del artículo 387 del CP ha desconocido sin mayores reparos dicha estructura típica. En esta deformación normativa ya no serían útiles los presupuestos de la imputación objetiva en cada caso porque nos encontramos ante dos sujetos: el agente que vulnera su deber de custodia de los bienes públicos y el sujeto que se aprovecha de tal acontecimiento para sustraer los bienes. Reitero, son dos injustos cometidos que necesariamente no se encuentran en sede penal.

En la norma peruana, la infracción de cuidado del agente público es aprovechada por otra persona, quien ha cometido —en realidad— conforme

---

(24) RODRÍGUEZ DELGADO. *El tipo imprudente*, p. 102.

(25) Para mayor profundidad: YACOBUCCI, Guillermo. *El sentido de los principios penales*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2017, pp. 554 y ss.

se encuentra en la redacción dos resultados típicos: el de peculado imprudente y otro de apropiación. Sin embargo, el primer resultado es un invento del legislador, ya que con ello se evidencia la sobrecriminalización de conductas sin ninguna base dogmática ni principista.

Además, también se aprecia la colisión de deberes. Es decir, la norma penal de cuidado vendría a ser la de «no apropiarse de los bienes públicos», en símil con la comisión dolosa, antes bien, en la imprudencia del peculado la norma referida [administrativa] debe plantearse como: «no descuides la protección de los bienes públicos encomendados». Fácilmente se deduce que la lesión ya sea de los bienes jurídicos o de la cautela de la expectativa del correcto manejo de los bienes públicos, en la imprudencia del peculado, se da con el resultado cometido por otra persona distinta a la que vulnero sus deberes de cuidado previstas en la norma regulatoria no penal.

Ante tal desconfiguración, no es aceptable que la mayoría de autores que han estudiado el tema no hayan denunciado este desconocimiento del injusto imprudente, sino más bien lo han justificado explicando —según ellos— cada elemento normativo que el legislador ha impuesto.

Como se aprecia, el término *por culpa* en este ilícito niega fundamentos dogmáticos científicos sobre el injusto imprudente, revelando criterios arbitrarios por parte del legislador peruano. Quiero decir que la imprudencia del agente público solo debería quedar en sede administrativa, pues el resultado que únicamente debería atribuírsele es el descuido de los bienes públicos. Sobre la sustracción por parte del tercero, este deberá ser castigado con otro delito de apropiación mayormente.

Finalmente, el Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116 asienta nuestra posición tácitamente al considerar la culpa en el peculado cuando «el autor viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público». Sin embargo, no señala nada sobre el resultado. Ahí radica la anomalía: olvidar que el resultado debe ser imputado al mismo autor que vulneró la norma de cuidado.

Aunado a lo dicho, esta singular composición del peculado imprudente se aleja de los criterios asumidos en otros ilícitos penales imprudentes previstos en el propio Código Penal peruano. A decir, en el homicidio o lesiones imprudentes se castiga al mismo sujeto que lesionó el deber de cuidado y que produjo el resultado típico. En tales circunstancias nos encontramos ante una misma persona.

VI. LA SUSTRACCIÓN COMETIDA POR OTRO AUTOR

Como se ha dicho *ut supra* la sustracción, conforme al tenor literal, debe darse por otro sujeto que aprovechó el descuido de quien infringió la norma de cuidado. Esta sustracción ya sea por apoderamiento o por utilización enmarca la comisión de otro delito. Por ejemplo, el tercero, así haya sido otro empleado público, pero incompetente a las labores de vigilancia o cuidado de los bienes, podrá ser sancionado con el delito de hurto o hurto agravado, según la imputación fáctica.

Por otro lado, si el tercero sustrae los bienes para desplazarlos a otro lugar o para aprovecharlos, ello tendría que ver con los criterios de imputación y de responsabilidad penal únicamente para este tercero, mas no por el agente público descuidado. El peculado «culposo», de manera equivocada, reprime no el hecho de la sustracción, sino la imprudencia que significa la no adopción de precauciones con que el funcionario debió ejercitar la custodia de los caudales o efectos cuya custodia le correspondía: esta posición debe ser desterrada.

Cuestionando el discurso de la norma estudiada, lo que planteo en estas líneas es que la sustracción dada por un tercero no puede ser imputada objetiva ni subjetivamente al funcionario o servidor público imprudente. La conexión entre la acción y el resultado solo podrían enfocarse ante un mismo sujeto conforme ya se ha explicado. Por eso sostengo que la sustracción cometida por el tercero tiene un castigo distinto a los delitos contra la administración pública, según sea el caso. En cambio, al empleado público que no estuvo del todo atento a sus funciones de custodia de los bienes público, bastaría imponerle sanción desde sede administrativa sancionada con firmeza.

No es necesario hacer mención a una «conexión normativa», como se ha observado en algunos escritos nacionales, pues esta construcción ilícita no es adecuada a los criterios de imputación imprudente y lesionan principios como la legalidad y culpabilidad.

VII. REFLEXIÓN FINAL

A todo lo expuesto, he podido justificar que el penúltimo párrafo del artículo 387 del CP es incompatible con la estructura objetiva del tipo imprudente aducido por las principales posiciones doctrinarias a lo largo del tiempo y que han sido de recibo en la doctrina nacional, sobre todo, a las escuelas modernas del derecho penal.

Lo que ha fijado el legislador peruano se funda en sancionar al empleado público imprudente, siempre y cuando su conducta haya sido aprovechada por un tercero al sustraer los bienes de la custodia pública. Tal posición es incompatible desde la óptica de la doctrina científica; ya que la parte objetiva de la imprudencia se plasma en la vulneración de una norma de cuidado que conlleve a un resultado típico, cometido únicamente por un mismo autor.

En síntesis, como *lege ferenda*, lo prudente de esta norma penal sería desglosarla en dos ilícitos: La imprudencia del empleado sería castigada desde sede administrativo sancionador, siendo reprochable el mismo descuido de los bienes como resultado típico. En cambio, la sustracción propiciada por el tercero sería castigada por un delito de apropiación, conforme sea el caso. Tal y como está la redacción legal, se confunde el desvalor del resultado en la imprudencia y se vulneran ciertos principios, principalmente, como el de culpabilidad. Tal discurso debe ser detenido, a pesar de encontrarnos en contra de la corriente de discursos políticos que buscan utilizar el derecho penal para calmar sensaciones sociales como la lucha anticorrupción.

Como ya ha sido expuesto, esta norma es incongruente con sus otros pares imprudentes previstos en el mismo Código Penal. En el homicidio y lesiones, por señalar algunos ejemplos, se sanciona al mismo sujeto que no tuvo cuidado con las normas de deber antes previstas, lo que conllevó a imputarle el resultado previsto en la ley penal; en cambio, en el penúltimo párrafo del 387 del CP la norma engarza dos personajes.

LA INSIGNIFICANCIA EN EL PECULADO
Panorama jurisprudencial y dogmático

Dante Heredia Obregón(*)

SUMARIO: I. Introducción. **II.** Delimitación del tema. 2.1. Sentido político-criminal de la represión del delito de peculado en el contexto actual. 2.2. Fundamentos jurisprudenciales del principio de insignificancia en el delito de peculado en el Perú. 2.3. Conclusión provisional. **III.** Desarrollo dogmático del principio de insignificancia. 3.1. Posturas que ubican la insignificancia en el injusto penal. 3.2. Posturas que ubican la insignificancia fuera del injusto penal.

JURISPRUDENCIA:

Recurso de Nulidad N.° 1686-2007/Áncash

Recurso de Nulidad N.° 1336-2012/Apurímac

Recurso de Nulidad N.° 2676-2014/Puno

Auto de Vista N.° 09-2015-1

I. INTRODUCCIÓN

El delito de peculado es muy frecuente en nuestro país. En muchos casos, los montos apropiados son considerables y suponen un grave perjuicio al Estado. Pero en otros —pocos casos—, el funcionario público se apodera de montos ínfimos, lo que en los últimos años ha producido un conjunto de fallos de la Corte Suprema absolviendo de responsabilidad a estos funcionarios públicos. Dichos fallos han decidido que montos pequeños (útiles de escritorio o decenas de soles) no pueden ser objeto del delito de peculado —lo que parece del todo razonable— pese a que dichas conductas encajen en el tipo penal. El problema viene cuando bajo el mismo argumento se pretende absolver apropiaciones de cientos de soles o incluso miles. En estos

(*) Becario de la maestría de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Título de abogado por la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo.

últimos casos, la apropiación ya no parece tan insignificante y los argumentos de la Corte Suprema resultan a todas luces insuficientes y contradictorias para aplicar el principio de insignificancia en casos similares. En el presente artículo se pretende dar un esbozo del estado actual de la dogmática en torno al principio de insignificancia, nivel en el que ha sido un tema muy desarrollado y, en cambio, el abordaje en nuestro país se ha caracterizado por ser impreciso, somero y desorientado. Se redacta con el fin de describir el estado de la cuestión (en cuanto a las posturas más importantes), con la intención de ahorrar críticas y formulaciones propias para trabajos posteriores.

II. DELIMITACIÓN DEL TEMA

2.1. Sentido político-criminal de la represión del delito de peculado en el contexto actual

Parece que hay razones suficientes para distinguir dos clases de peculado: Por un lado, un peculado que consiste en la apropiación de cuantiosos montos al punto de poner en peligro la existencia del propio Estado (la *consolidación* que produjo la Guerra Civil de 1854, por ejemplo[1], en los primeros años de la historia republicana) o afectar seriamente su desarrollo (el caso «Diarios Chicha» en la historia reciente[2]). Por otro lado,

---

(1) La palabra *consolidación* es un peruanismo que en un sentido despectivo sirve para calificar a la gente enriquecida ilícitamente. La consolidación significaba la unificación de la deuda que el Estado peruano le tenía a particulares desde la Independencia. En buena cuenta el dinero del guano se destinó en dicho pago, lo que terminó con escándalos de corrupción, pues indebidamente unas pocas personas terminaron beneficiándose de todo este dinero. Estos escándalos terminan con la Revolución Liberal de 1854 y la salida de José Rufino Echenique del gobierno. *Vid.* CONTRERAS, Carlos y Cueto, Marcos. *Era del guano. El Estado caudillista y la intelectualidad liberal (1845-1879). Historia del Perú Republicano.* Lima: Editorial Setiembre, 2016, p. 22. Este movimiento político es impulsado por Ramón Castilla y Domingo Elías, este último diría «*la consolidación, en efecto, fue la piedra de toque del cinismo descarado de los malvados*», y diagnosticaba en un texto de 1855: «La corrupción como una larva abrazadora extendiéndose por todos los ángulos de nuestro inmenso territorio ha herido a la República en todo lo que ella abriga de más grande, más noble y más generoso: en su moral, su religión y sus leyes». En ELÍAS, Domingo. *Manifiesto de D. Domingo Elías a la Nación.* Arequipa: Imprenta Libre de Mariano Madueño, 1855, pp. 3 y ss.

(2) SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. Juez Josue PARIONA), Recurso de Nulidad N.° 615-2015 Lima. Lima, 16 de agosto del 2016, donde el objeto del proceso son 122 millones de soles en el gobierno de Alberto Fujimori.

existen apropiaciones indebidas revisadas por la Suprema Corte en donde el objeto de la apropiación no es sino hojas bond[3] u otros útiles de escritorio[4] de exiguo valor.

Esta polarización va acompañada de un tratamiento político-criminal más severo para este el delito de peculado en general. Sin embargo, pese a que las consecuencias afectan a *ambos* peculados, el ánimo represivo se enfoca en el primer grupo. Este primer grupo de apropiaciones trascendentes, como es sabido, ha merituado un significativo aumento en las penas privativas de libertad e incorporado sucesivamente otros tipos de penas[5], llegando al punto de establecer actualmente la inhabilitación perpetua[6] e interpretaciones sumamente restrictivas en sede constitucional de beneficios penitenciarios[7].

Parece cuanto menos dudoso que este avance político criminal deba abarcar al segundo grupo de apropiaciones exiguas, pero claramente esta dirección deberá abarcar cada vez más al primer grupo de apropiaciones trascendentes. Esa parece ser una primera conclusión correcta.

---

(3) SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. Juez Josue Pariona), Recurso de Nulidad N.° 3763-2011 Huancavelica. Lima, 29 de enero del 2013.

(4) SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. Juez Duberlí Rodríguez), Recurso de Nulidad N.° 2676-2014 Puno. Lima, 10 de setiembre del 2015.

(5) El año 2011 se produce el aumento de pena más significativo, llegando el peculado a un quantum de 8 a 12 años, teniendo en el precepto original un margen de 2 a 8 años, ello por la Ley N.° 29703: Ley que Modifica el Código Penal Respecto de los Delitos contra la Administración Pública. Lima: 26 de mayo del 2011. En una modificación posterior, a través de la Ley N.° 30111: Ley que incorpora la Pena de Multa en los Delitos Cometidos por Funcionarios, Lima, 25 de noviembre del 2013, se incorporan días multa para este delito. En la doctrina nacional, didácticamente explica este proceso ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometido por funcionarios públicos.* Lima: Nomos & Thesis, 2017, pp. 21 y ss.

(6) Ello en el marco del Decreto Legislativo N.° 1243: Decreto Legislativo que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal a fin de establecer y ampliar el plazo de duración de la pena de inhabilitación principal, e incorporar la inhabilitación perpetua para los delitos cometidos contra la Administración pública, y crea el registro único de condenados inhabilitados. Lima, 21 de octubre del 2016.

(7) *Vid.* SMALL ARANA, Germán. *Aplicación y repercusión de las Leyes penales en la ejecución penal, en los delitos contra la administración pública.*

2.2. Fundamentos jurisprudenciales del principio de insignificancia en el delito de peculado en el Perú

Veamos los fundamentos utilizados por la jurisprudencia. Una de las primeras sentencia que desarrolla el tema —en el sentido de ausencia de responsabilidad— es una resolución referida a la apropiación indebida de autopartes de un vehículo incautado[8]. En ella, la fundamentación es:

> [...] se debe aplicar el principio de intervención mínima del derecho penal que consiste en que el derecho penal deja de ser necesario para proteger a la sociedad cuando dicha protección puede conseguirse por otros medios [...] es relevante y aplicable el principio de subsidiaridad, según el cual el derecho penal ha de ser la *ultima ratio*, el último recurso [...] el derecho penal no ha de sancionar todas las conductas vulneradoras de los bienes jurídicos que protege [...], solo castiga las modalidades de ataque más peligrosas, para ellos el derecho penal protege el bien jurídico contra ataques de especial gravedad; que ambos postulados integran el llamado principio de intervención mínima del derecho penal, que consiste en que la intervención del Estado solo se justifica cuando es necesaria para el mantenimiento de su organización [...][9].

Dentro de las primeras resoluciones se encuentran también el Recurso de Nulidad N.° 1686-2007[10] y el Recurso de Nulidad N.° 1336-2012[11], en los que se juzgan las apropiaciones de 0,76 y 1,30 soles, respectivamente. En

---

(8) SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. Juez Jorge Calderón), Recurso de Nulidad N.° 238-2009 Puno, Lima: 19 de marzo del 2010. FFJJ N.os 2 y 5. Si bien la acusación fiscal comprendía once botones del sistema eléctrico, un botón de ventana, veinte *relays*, un *flasher* de emergencia, cinco fusiles de luces, dos parlantes y un alternador, la Sentencia de la Corte Suprema solo hace un análisis respecto de dos objetos faltantes: un alternador y un *relay*.

(9) Ibídem, FJ N.° 5.

(10) PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sra. Jueza Elvia BARRIOS), Recurso de Nulidad N.° 1686-2007 Ancash, Lima: 8 de abril del 2009, FJ N.° 4.

(11) SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. Juez Duberlí RODRÍGUEZ), **Recurso de Nulidad N.° 1336-2012 Apurímac**, Lima: 10 de enero del 2013. En este caso, la acusación imputaba un faltante de 541 soles, pero termina juzgándose por la Corte Suprema únicamente un faltante de 1,37 soles.

el primer caso, la Suprema ni siquiera se molesta en motivar la absolución, equiparando el ínfimo faltante a ningún faltante «[...] se indicó que existe un insignificante faltante de setenta y seis céntimos de nuevo sol; que, por consiguiente, no se verificó que los encausados se hayan apropiado de fondos públicos [...]»(12). En el segundo caso —a los argumentos desarrollados en el caso de apropiación de autopartes, señalado líneas arriba— se añade que «deben priorizarse otras vías distintas a la penal [...] donde solo determinados bienes jurídicos, importantes, necesarios e indispensables para la viabilidad de las interrelaciones y la cohesión del sistema social y político ingresan [...], los que a su vez configuren un alto grado de insoportabilidad social [...] los montos [...] son ínfimos y no significativos para concluir que todo el aparato estatal se encuentre gravemente lesionado»(13).

Una tercera sentencia que sigue esa línea es el **Recurso de Nulidad N.° 2676-2014 Puno**, el que versa sobre la apropiación de un tampón, un engrapador, un perforador, una calculadora, sellos, un fechador además de 27 soles. Esta sentencia agrega a lo ya señalado que por «[...] el principio de intervención mínima [...] el derecho penal ha reducido su intervención a aquello que sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general, tanto más si existen otros mecanismos legales, incluso de la propia administración municipal [...] Esta situación no merecía una intervención penal, pues no producía una perturbación social que dote de relevancia la conducta [...]»(14).

Las razones copiadas *ut supra* se pueden reducir entonces a que el derecho penal ha de ser la última vía a efectos de criminalización secundaria y

(12) Ibídem, FJ N.° 4. Se ha malinterpretado dicha sentencia afirmando que la absolución se debió a una ausencia de pruebas, *Vid.* CHANJAN DOCUMET, Rafael. El perjuicio patrimonial y la cuantía de lo apropiado o utilizado en el delito de peculado doloso. Análisis dogmático sobre la base de los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema. En MONTOYA VIVANCO, Yván. *Estudios críticos de delitos de corrupción de funcionarios.* Lima: IDEHPUCP, 2012, p. 128; pero ello no es del todo cierto, de una lectura pausada se verificará que la Suprema acepta un faltante, pero tan insignificante que no merece atención. Y ante la falta de pruebas de otra apropiación procede la absolución.

(13) SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. Juez Duberlí RODRÍGUEZ), Recurso de Nulidad N.° 1336-2012 Apurímac. Lima, 10 de enero del 2013. FJ N.° 4.

(14) SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. Juez Duberlí RODRÍGUEZ), Recurso de Nulidad N.° 2676-2014 Puno, Lima, 10 de setiembre del 2015. FJ N.° 6.

a la misma ha de acudirse si el derecho administrativo no es suficiente. Una y otra rama se escogerá dependiendo de si la conducta perturba gravemente a la sociedad, es decir, cuando se ataca el mantenimiento del sistema social y político. Hasta aquí no hay parámetros que permitan cuantificar esa grave afectación o criterios dogmáticos para comparar la menor o mayor gravedad de dichas acciones.

Un pronunciamiento que sobresale entre los anteriores es el *caso hojas bond*[15], aquí la Corte Suprema evalúa la responsabilidad de un abogado que trabajando de asesor legal de una universidad pública en Huancavelica utiliza *cuatro hojas bond* para redactar una apelación para uno de sus clientes privados. En este caso, además de tomarse los anteriores argumentos, la idea principal es «En virtud del principio de lesividad, «la pena necesariamente precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por Ley, sin embargo no cualquier lesión o puesta en peligro tiene aptitud para activar el sistema penal [...]»[16], pero además añade un argumento novísimo «[...] lo acabado de mencionar tiene correlato en la teoría de la imputación objetiva en virtud de cuyos fundamentos se tiene que la configuración de la tipicidad atraviesa un filtro de valoración por el cual alcanzan el nivel de una conducta típica solo aquellos comportamientos que expresen el significado de una relevancia social o que produzca una «perturbación social» en sentido objetivo [...]»[17]. La intención de vincular el principio de insignificancia a la teoría de la imputación objetiva es clara. Finalmente, señala: «[...] le hace pasible de sanciones administrativas pero no penales porque el hecho en sí mismo no produce «una perturbación social» que dote de relevancia penal a la conducta de manera justifique una intervención tan drástica del derecho penal»[18].

Parece ser un asunto de sentido común que el derecho penal no accione ante casos de papel bond, uno o dos soles, engrapadores, perforadores o pequeños componentes de vehículos. Pero ese margen de tolerabilidad ha avanzado mucho —cuantitativamente hablando— en el conocido y recien-

---

(15) SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. Juez Josue PARIONA), Recurso de Nulidad N.° 3763-2011 Huancavelica. Lima, 29 de enero del 2013.

(16) Ibídem, FJ N.° 7.

(17) Ibídem, FJ N.° 8.

(18) Ibídem, FJ N.° 9.

te **Auto de Vista N.° 09-2015-1**[19], en el que la Corte Suprema extiende la posibilidad de excluir la imputación al funcionario que se apropió de 133 soles. Aquí el funcionario público falsifica la firma de un asistente para sustentar gastos de movilidad por dicho monto y así poder apropiárselos. Señala la ejecutoria que el derecho penal debería intervenir únicamente cuando sea «necesaria e indispensable para el mantenimiento de la armonía social». La ejecutoria sigue su fundamentación con una cita de Mir Puig: «[...] El derecho penal deja de ser necesario para proteger a la Sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales [Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. *Parte general*. 7.ª ed. Buenos Aires: B de f, 2005, p. 126]»[20]. Más adelante: «[...] De esta manera, pese a que los hechos atribuidos al investigado puedan configurar el tipo penal imputado, no obstante, el derecho penal no podrá acudir a sancionar dicha conducta. [...] pues si la conducta no es merecedora de pena carece de relevancia proseguir con el desarrollo del proceso penal [...]»[21]. Esta ejecutoria pareciera tímidamente afirmar que este principio de mínima intervención reposa en la *categoría de punibilidad* a manera de una condición objetiva de punibilidad (lo que si resultaría novedoso), en consecuencia, el hecho sería típico —«los hechos investigados puedan configurar el tipo penal»—, y lo que decae posteriormente es la necesidad pena[22]. Por lo demás expresamente se remite a los argumentos de las anteriores ejecutorias.

Claro que la ejecutoria anterior tiene un significativo margen de tolerancia, pero la jurisprudencia nacional ya tenía pronunciamientos por montos mayores. Años antes había emitido el Recurso de Nulidad N.° 3616-03[23], una de las primeras en el tiempo e importante por el alto monto que exonera de responsabilidad penal. En este caso, se discute la responsabilidad de una funcionaria de una universidad en Cusco por la apropiación de 402 soles

---

(19) SALA PENAL ESPECIAL (ponente: Sr. Juez Josue PARIONA), Auto de Vista N.° 09-2015-1, Lima: 14 de marzo del 2016.

(20) Ibídem, FJ N.° 3.1.2.

(21) Ibídem, FJ N.° 3.2.3.

(22) Ibídem, FJ N.° 3.2.2.

(23) SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. Juez Javier VILLA STEIN), Recurso de Nulidad N.° 3616-03 Cusco, Lima: 16 de noviembre del 2004.

—sentencia con fundamentos discutibles—[24], señalando la Corte Suprema: «No se ha penetrado el tipo penal imputado, careciendo su conducta de contenido penal, sin perjuicio de la inexistencia de la lesividad a que se contrae el artículo cuarto del título preliminar del Código Penal»[25].

Por último resulta interesante el análisis del Recurso de Nulidad N.° 3004-2012[26], en esta se valora a título de peculado de uso, la apropiación de un teléfono por parte del alcalde de una municipalidad, quien toma el artefacto y se lo lleva a casa para realizar llamadas internacionales a título privado, lo que ocasiona un gasto a la entidad. Aquí se argumenta que el derecho penal únicamente sirve «para garantizar la pacífica convivencia de la sociedad, previa evaluación de su gravedad y, de acuerdo con las circunstancias sociales, políticas, económicas y culturales imperantes en la sociedad un momento determinado»[27], identifica que entre los medios de control social el derecho penal es uno formalizado que únicamente puede evitar los supuestos más graves, no debe actuar cuando exista la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos de control social menos severos[28], refiriéndose con ello expresamente al derecho administrativo y civil, por lo que en atención al principio de lesividad se han de excluir los daños que no sean sumamente reprochables, esto tiene relación con la teoría de la teoría de la imputación objetiva, puesto que se puede hablar de «conducta típica solo en aquellos comportamientos que expresen el significado de una relevancia social, o que produzcan una «perturbación social» en el sentido objetivo»[29], «de lo contrario la intervención del derecho penal plasmada en la imputación jurídico-penal no reflejaría las expectativas normativas de la sociedad por

---

(24) En primer lugar, parece emplearse la teoría de la ruptura del título de la imputación a efectos de una valoración respecto de dos tipos penales; peculado y apropiación ilícita. En segundo lugar, la sentencia pareciera absolver más que por el monto materia de apropiación por la devolución de dicho dinero en fase post consumativa. Ibídem, FJ N.° 4.

(25) Ibídem

(26) SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. Juez Josue PARIONA), Recurso de Nulidad N.° 3004-2012 Cajamarca, Lima: 13 de febrero del 2014.

(27) Ibídem, FJ N.° 3.

(28) Ibídem, FJ N.° 4.

(29) Ibídem, FJ N.° 6.

una genuino protección penal». Culmina la argumentación: «En el contexto social que se desarrolló lo hace pasible de sanciones administrativas, pero no penales porque el hecho en sí mismo no produce una «perturbación social» que dote de relevancia penal a la conducta»[30].

2.3. Conclusión provisional

Responder la pregunta ¿cómo se aplica el principio de insignificancia? nos obliga a revisar los criterios que se han usado a nivel jurisprudencial. Pero la Corte Suprema, lejos de dar luces, desarrolla criterios nebulosos que no son eficientes a la hora de cuantificar un monto que el delito de peculado deba tolerar. La ausencia de fundamentos dogmáticos —en la práctica— hace imposible que se pueda replicar esta institución jurídico penal. Dichos criterios imprecisos desarrollados a nivel jurisprudencial pueden resumirse en que antes del derecho penal, han de preferirse otras vías. Asimismo, la delimitación entre una y otra vía dependerá de si un hecho hace tambalear el mantenimiento del sistema político o social, pues el derecho penal protegerá únicamente ataques relevantes a bienes jurídicos importantes y ello debido a que el principio de mínima intervención está íntimamente ligado al principio de lesividad. El apoderamiento de montos ínfimos no ataca la cohesión social y, en consecuencia, es tolerable (al menos por el derecho penal).

No obstante, hasta aquí no se ha dicho cuándo se sobrepasa ese límite a efectos de que un monto ya lesione la cohesión social, cuándo un bien jurídico se ha atacado de forma relevante o cuando ya no estamos ante un apoderamiento, ante que el derecho administrativo sancionador pueda darse abasto. Hasta este punto no queda claro de cuántas hojas de papel bond tendrá que apoderarse el funcionario para que se le pueda imputar el delito de peculado.

III. DESARROLLO DOGMÁTICO DEL PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA

Como se puede percibir, la jurisprudencia alega varios argumentos respecto de cómo funciona el principio de insignificancia. En varios casos, dichas razones son contradictorias entre sí. Esto no es extraño pues la dogmática —la que ha avanzado muchísimo en la discusión en comparación

(30) Ibídem, FJ N.° 8.

a nuestra jurisprudencia— está lejos de un consenso respecto del lugar en la que se ubica dicha institución: la tipicidad, antijuricidad o la punibilidad. También, hay quienes consideran que su existencia responde a razones externas a la teoría del delito (razones constitucionales, político criminales o procesales, por ejemplo). Valoremos cada una de dichas posturas.

3.1. Posturas que ubican la insignificancia en el injusto penal

En teoría, en un primer paso, la tipicidad verifica que un suceso encuadre en un tipo delictivo, esto sirve para saber si un comportamiento está o no prohibido de acuerdo con la coordinación general de la libertad de acción. En un segundo paso, se indaga si es que existen diferentes razones que pudieran hablar a favor de una valoración diferente del hecho, razones que pueden estar constituidas por intereses del propio autor, de la víctima, o intereses de la generalidad. Este segundo paso es la antijuricidad(31). La lógica parece ser simple: La antijuricidad valora si el interés merece o no protección, es decir, lo grave del peligro para el bien afectado(32). Si se ha entendido esto, la cuestión está en dilucidar si la insignificancia es un comportamiento típico y a su vez jurídico o si, por el contrario, si ni siquiera puede considerarse un comportamiento típico —en la jurisprudencia hay pronunciamientos en ambos sentidos, lo que no ayuda mucho—, por lo que debemos revisar someramente los diferentes planteamientos de uno y otro lado.

Una referencia especial merece Roxin, quien desarrolla el tema como una causa de atipicidad. Esta relevancia se justifica porque es Roxin quien por primera vez habla expresamente de este principio en el año 1964(33). En Roxin, el injusto implica la desaprobación del hecho como socialmente dañoso en sentido penal, siendo la tipicidad un indicio que la antijuricidad puede

---

(31) KINDHÄUSER, Urs. *Reflexiones de teoría de la norma acerca del consentimiento en el Derecho penal.* En KINDHÄUSER, Urs. *Teoría de las normas y sistemática del delito.* Lima: Ara editores, 2008, p. 24.

(32) Ibídem, p. 25.

(33) ROXIN, Claus. *Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als rechtsbegründende Merkmale im Strafrecht.* En *Juristische Schulung (JuS)*, 1964, pp. 376 y ss.; un desarrollo posterior se llevaría a cabo en ROXIN, Claus. *Strafrechliche Grundlagenprobleme.* Berlin: De Gruyter, 1973, p. 193.

llegar a refutar[34]. A nivel del injusto, *la insignificancia* se ubica en la imputación objetiva, para ser más precisos en su primer criterio, en la *creación de un riesgo jurídicamente relevante*[35]. Roxin compara estos supuestos con el ejemplo del jarrón de agua y el dique, quien vierte un jarrón de agua en un dique que se está rompiendo no es responsable de la inundación que causalmente provoca, «pues los peligros que quiere proteger esta disposición penal no se ve incrementados por una cantidad minúscula de agua»[36]. En efecto, la disposición penal solo trata de evitar el resultado por una cantidad limitado de cursos causales —y no de cualquier medio causal sin excepción—. En su Parte general[37], el abordaje es mayor. Las acciones insignificantes están socialmente toleradas. La secretaria que recibe un pequeño regalo por año nuevo no comete cohecho, pese a que pareciera que hay subsunción al tipo, *la adecuación social* interrumpe dicha subsunción, de igual manera la injurias entre amigos íntimos, así como las transacciones arriesgadas no infringen el deber de salvaguarda de la empresa si forman parte de una adecuada gestión de negocios (en el sentido del delito de abuso de confianza del § 266 del StGB alemán)[38]. En este punto, Roxin reconoce que el criterio de la adecuación social para referirse a la atipicidad de estas conductas es claramente inexacto, por lo que más correcto que decir que estas conductas son socialmente adecuadas, es decir, que no hay lesión del bien jurídico[39].

El cohecho protege la confianza pública sobre la integridad de los funcionarios, y un pequeño regalo en navidad no la pone entredicho. Las injurias

---

(34) ROXIN, Claus. *Fundamentos político-criminales del Derecho penal.* Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 426.

(35) *Vid.* ROXIN, Claus. *La imputación objetiva en el Derecho penal.* Lima: Grijley, 2012, pp. 85 y ss.

(36) Ibídem, p. 87.

(37) ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general.* Tomo I. Traducción de la 1.ª ed. alemana (1994) y notas por Diego-Manuel Luzón Peña (Dir.), Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2008, p. 296, nm. 40. *Vid.*, también en el mismo sentido como criterio de atribución al tipo ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del Derecho penal.* Traducción de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 53.

(38) ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 296.

(39) *Loc. cit.*

protegen a la persona del menoscabo de la consideración que la sociedad tiene de ella, pero las expresiones confidenciales en medio de amigos y familiares en nada la hacen menos valioso a los ojos de la sociedad. El delito de abuso de confianza, según el § 266 del StGB alemán, previene de actos de corrupción en la empresa y no de acciones arriesgadas, pero ordenadas[40].

La solución parece clara, se ha de interpretar en sentido restrictivo orientándose dicha interpretación al bien jurídico protegido en cada tipo penal, esto (las interpretaciones teleológicas y restrictivas de tipo eximente) no lesiona el principio de legalidad[41] y tiene un mayor margen de seguridad que la adecuación social, con la que se corre el riesgo de dejar impunes abusos que puedan estar extendidos en la sociedad[42]. Si no fuera así, cómo se explica que en ciertos delitos no exista ese margen de tolerabilidad por encima del tipo (hurto de objetos insignificantes, en donde la propiedad efectivamente es vulnerada, o los delitos sexuales) y, en otros casos, sí. Ese trato diferenciado solo es razonable si se tiene en cuenta que en unos casos se ha lacerado el bien jurídico, mientras que en otros no. No es posible entender que en algunos casos el propio tipo penal incremente la gravedad («el grave daño al ambiente» del 304 del Código Penal peruano, el «contrarios al pudor» del 176, o el § 184 c, N.° 1 del StGB cuando determina que las acciones sexuales son aquellas «que tienen relevancia con el bien jurídico protegido»), sin la idea de bien jurídico. Por ello, la problemática solo puede ser resuelta desde la óptica de la teoría del bien jurídico, la que si bien tiene el mismo objetivo que la teoría de la adecuación social, esta última —a efectos interpretativos— resulta más limitada que la primera y, por ello, menos eficaz[43].

Bajo este planteamiento, se han construido lineamientos similares a efectos de excluir la tipicidad en aquellos casos en los que la conducta tiene una entidad mínima en relación al bien jurídico. A lo ya expuesto, Zaffaroni[44] vincula la insignificancia —como lo hace con el principio de

---

(40) *Loc. cit.*

(41) Ibídem, nota de pie 77.

(42) Ibídem, p. 297, nm. 41.

(43) Ibídem, nm. 42.

(44) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho penal. Parte general.* Tomo I. Buenos Aires: EDIAR, 1981, pp. 553 y ss.

adecuación social— con la antijuridicidad material, pero este argumento pasa a un segundo plano por uno de mayor importancia: El orden normativo tiene un claro sentido político que no puede ser obviado[45] y este no puede ser completado en circunstancias individuales —a través de simple exégesis— por parámetros de mero positivismo jurídico; quienes piensan de esta manera, al punto de llegar a una aplicación mecánica de la norma, justifican este proceder por razones de seguridad jurídica, pero precisamente evitando la inseguridad jurídica llegan a caer en incrementar la voluntad irracional del Estado[46]. El conductor de bus que avanza unos metros contra la voluntad de pasajero, o quien se apodera de un cerillo de otra persona no comete secuestro o hurto, no porque el cerillo no sea una «cosa» o se presente algún pretexto procesal —aquí las reglas del sentido común operan mejor que ciertas estructuras sustantivas—, sino porque el tipo no puede leerse de forma aleja al objeto que persigue el derecho penal[47]. Esta fundamentación tiene por objetivo final el contribuir a la función de garantía del tipo penal[48],

---

(45) Ibídem, p. 555 «todo el orden normativo persigue una finalidad, tiene un sentido, que es el aseguramiento jurídico para posibilitar una coexistencia que evite la guerra civil (la guerra de todos contra todos)».

(46) Ibídem, p. 257.

(47) Ibídem, p. 256 «Tampoco creemos que sea un planteamiento "metajurídico" ni sociológico, preguntarse cuál es el objeto que persigue todo el derecho penal, puesto que preguntarse por los preceptos en particular y omitir la pregunta por el conjunto equivale a mirar los árboles y descuidar el bosque. Tampoco nos parece "metajurídico" comprobar que el mínimo de la pena del secuestro es un año de prisión y que es regla general un mínimo de equivalencia entre el injusto y la pena».

(48) En esencia, la función político criminal de garantía del tipo penal, busca una reducción del tamaño del tipo, al punto de hacerlo lo menos restrictivo y, como consecuencia de ello, más exacto. *Vid.* ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 277. Dicha exactitud que ha de presentar el tipo penal ha sido contravenido en los últimos años por *la teoría de los tipos abiertos*, la lógica de esta teoría es que hay tipos que no pueden deducirse complemente y esta necesidad de integración se ve completada con elementos que escapan al tipo y que provienen de la antijuricidad. *Vid.* con detalle y sosteniendo una posición en contra de dicha teoría JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho penal. Parte General.* Volumen I. 5.ª ed. Instituto Pacífico, 2014, p. 364. La crítica gira en el sentido de que el tipo tendría que ser «cerrado», sino le faltaría esa cualidad del tipo. El tipo siempre ha de tener la totalidad de los elementos que lo constituyan y, una vez que esté culminado, solo podrá incorporarse elementos de la antijuricidad de forma negativa. Claramente tras este argumento reposa una preocupación porque el tipo no vaya a cumplir funciones de garantía.

la que ha sido ampliamente respaldada, aunque con diferentes fundamentos[49].

Zaffaroni crítica el extremo formalismo y extremo esquematismo[50], especialmente el de Zipf. Pero esa crítica no es del todo correcta. Zipf sostiene que ciertamente un caso «formalmente típico», perjudica materialmente, en el caso concreto, de forma insignificante al bien jurídico protegido», sin embargo estos injustos «no se subsumen en el concepto material del delito, y con ello no son objeto de penalización admisible»[51]. Aquí la inconsistencia es latente, es dudoso de sí hay o no hay (independientemente del grado de afectación al bien jurídico) lesión a la materialidad antijurídica. Un segundo medio para resolver esto es la interpretación restrictiva y un tercer camino es la remisión a instituciones procesales, según propone Zipf[52].

3.2. Posturas que ubican la insignificancia fuera del injusto penal

Un segundo grupo ubica la insignificancia —en algunos casos por razones político criminales— en el merecimiento de pena (categoría que está por demás cuestionada en cuanto a si debe existir y en qué parte de la teoría del delito ha de existir, discusión que está lejos de un consenso[53]), bajo la lógica de la desproporción entre el ataque al bien y la reacción[54]. Esa lógica apoyada por razones procesales se pueden observar en Jescheck/Weigend,

---

(49) *Cfr.* CORNEJO, Abel. *Teoría de la insignificancia.* Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997, p. 60; GARCÍA VITOR, Enrique. *La insignificancia en el Derecho penal. Los delitos de bagatela. Dogmática, política criminal y regulación del principio.* Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 38.

(50) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, p. 554.

(51) ZIPF, Heinz. *Introducción* a la política criminal. Traducción de Miguel Izquierdo. Madrid: EDERSA, 1979, p. 102. En el mismo sentido, ZIPF, Heinz. *Kriminalpolitik,* Karlsruhe, 1973, p. 70.

(52) ZIPF, Heinz. *Op. cit.*, pp. 70-73.

(53) Sobresale la investigación de CORVALÁN, Juan. *Condiciones objetivas de punibilidad.* Buenos Aires: ASTREA, 2009.

(54) WOLTER, Jürgen. Las causas constitucionales de exclusión del tipo, del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito en la actualidad. En LUZÓN PEÑA, Diego y Santiago MIR PUIG (Coordinadores). *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, p. 11.

quienes justifican la dispensa de pena en estos casos, «pierde ya importancia la ejecución de un proceso penal. De ahí que para estos casos [...] sea razonable que el § 153b del StPO permita la posibilidad de archivar el procedimiento sin procesamiento alguno si el tribunal está conforme. Por lo demás, en las hipótesis en las que concurre un escaso merecimiento o necesidad de pena se plantea también (otro) un archivo discrecional del proceso penal [...]»(55).

Este enfoque procesal se ve maximizado —como es obvio afirmando la tipicidad de la conducta— por razones vinculadas al principio de oportunidad, o motivos pragmáticos de tipo político-criminal o finalmente político-procesal(56). Por último, cabe anotar enfoques eclécticos como el Köhler(57), para quien si bien se produce un comportamiento que llega a constituir un *indicio para el injusto*, en última instancia dicha delimitación se ha valorar en lo concerniente a la punibilidad de la conducta(58) o la de Freud(59), quien refiere que la conducta no llega a completar del todo el tipo; sin embargo, en buena cuenta, dichas conductas quedarán sin sanción por las posibilidades de configuración del proceso *(prozessualen Einstellungsmöglichkeiten)*, del § 153 del StPO, lo que se resume en un argumento inicialmente sustantivo para luego ser adjetivo.

---

(55) JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND. *Op. cit.*, pp. 1294-1295.

(56) ARMENTA DEU, Teresa. *Criminalidad de bagatela y el principio de oportunidad: Alemania y España*. Barcelona: P. P. U., 1991, p. 26. En este grupo puede ubicarse también a procesalistas de la talla de MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal*. 2.ª ed. Tomo I. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996, p. 836.

(57) KÖHLER, Michael. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Berlin-Heildelberg: Springer-Verlag, 1997, p. 35.

(58) Ibídem, p. 257.

(59) FREUD, Georg. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*. Leipzig: Springer, 2009, p. 126.

EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS PÚBLICOS

Rostyver Sotomayor Tapia(*)

SUMARIO: I. Introducción. **II.** Elementos objetivos del injusto. 2.1. Bien jurídico. 2.2. Sujeto activo. 2.2.1. Función de administrar. 2.2.2. Relación funcional. 2.3. Aplicación definitiva y diferente oficial. 2.4. Afectación al servicio o función encomendada. **III.** Tipicidad subjetiva. **IV.** Causas de justificación de la responsabilidad penal. **V.** Consumación y tentativa. **VI.** Prueba pericial contable y malversación de fondos. **VII.** Principio de lesividad: ¿sanción administrativa o penal? **VIII.** Delimitación con el delito de peculado. **IX.** Conclusiones. **X.** Bibliografía.

JURISPRUDENCIA:

Recurso de Nulidad N.° 4690-2005-Lima

Recurso de Nulidad N.° 1719-2007 Puno

Recurso de Nulidad N.° 1313-2008 Ayacucho

Recurso de Nulidad N.° 2117-2013 Lambayeque

Recurso de Nulidad N.° 3157-2009 Puno

Recurso de Nulidad N.° 3641-2011 Lima

Casación N.° 544-2018 Lima Norte

RESUMEN: En este trabajo se pretende analizar el contenido del delito de malversación de fondos públicos desde los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la República, abordando las principales tesis adoptadas en el tratamiento de sus elementos problemáticos y estándares exigidos para su configuración, con base en un análisis dogmático, tanto de

(*) Abogado, socio fundador y gerente por la firma de ROSTYVER SOTOMAYOR & ASOCIADOS. Abogado por la Universidad Tecnológica de los Andes. Estudios de maestría de Derecho Constitución y Derechos Humanos en la Universidad Alas Peruanas, estudios de doctorado en Derecho por la Universidad Nacional del Altiplano, y estudios en Litigación Oral en California Western School of Law. Con labores ante la Corte Superior de Justicia de Apurímac, Ministerio Público, Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios (Apurímac), abogado de la Procuraduría Pública Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios y el Jurado Nacional de Elecciones [rostyversotomayorabogados@gmail.com].

su estructura típica, su objeto material, el bien jurídico protegido, la cualificación y relación funcional jurídica especial del funcionario o servidor público, la afectación al servicio o la función pública, en tanto se perjudiquen los plazos, o se incrementen los costos o decrezca la calidad del servicio que se presta, el cambio de destino del objeto material; pero siempre en el ámbito público y con carácter definitivo. Asimismo, se enfatiza la necesariedad del dolo, las causas de eximentes de responsabilidad penal, la importancia de la prueba pericial contable para acreditar la afectación y, además, sobre el principio de lesividad como elemento diferenciador para la sanción a nivel administrativo o penal. Finalmente, a partir de los conceptos y consideraciones establecidos por la Corte Suprema realizaremos algunas consideraciones para una correcta interpretación dogmática del delito de malversación de fondos dentro de los alcances del principio de intervención mínima o *ultima ratio*, conforme al cual la intervención del derecho penal debe limitarse a perseguir o reprimir conductas realmente graves para la comunidad y se debe recurrir a ella solo cuando una situación conflictiva en la comunidad no pueda ser resuelta más que por la pena impuesta por el sistema judicial.

Palabras clave: malversación de fondos, funcionario público, relación funcional, afectación al patrimonio funcionalmente definido, desviación definitiva, prueba pericial contable, necesariedad del dolo, responsabilidad penal, Corte Suprema.

I. INTRODUCCIÓN

El término *malversar* hace referencia, comúnmente, al acto de apropiarse o destinar los caudales públicos a un uso ajeno a su función(1), en concreto, se puede definir como el acto de desviar ilícitamente el dinero y bienes públicos a usos distintos de aquellos a que están destinados conforme a la ley presupuestal(2). En consecuencia, el tipo penal *in examine* reviste significación no solo para el resguardo de la incolumidad del erario público, sino también

(1) Definición manejada por la Real Academia Española. Asimismo, la Corte Suprema define el término *malversar* como «hacer un mal uso de los fondos públicos, de ejecutar incorrectamente el presupuesto público, disponer de forma deficitaria del erario público, contrariando las normas presupuestales en rigor». *vid.* SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA, *Recurso de Nulidad N.° 2162-2016 Puno*, de 17 de enero de 2018, FJ 5.

(2) En similar manera, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ha precisado que la descripción típica dispone la sanción punitiva cuando «el funcionario o servidor público da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquellas a las que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada [...]», agravándose cuando «el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales [...]; siendo el objeto de dicha tutela penal preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos» (Recurso de Nulidad N.° 134-2011 Moquegua, de 21 de marzo de 2012, FJ 4).

para el mantenimiento de la disciplina administrativa (alterada) —en la mayor parte de veces— por el manejo arbitrario y discrecional del dinero o bienes públicos pertenecientes a la administración estatal, autónoma, local u organismos dependientes de alguna de ellas, por parte de los funcionarios o servidores del aparato estatal que tengan la potestad de administrar dichos fondos públicos.

En nuestra normativa jurídico-penal, el delito de *malversación de fondos* se encuentra regulado en el Cap. II del Tít. XVIII (Delitos contra la Administración Pública), del Lib., II del CP. Entre los antecedentes legislativos, podemos encontrar el artículo 194 del CP de 1863, artículo 348 del CP de 1924[3] y, actualmente, tras la modificatoria ordenada por el D. Leg. N.° 1243, el delito en cuestión se encuentra regulado en el artículo 389 del texto punitivo vigente de 1991, cuyo contenido es el siguiente:

> **Artículo 389.** ***Malversación***[4]
>
> El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años; **inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36**, y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.
>
> Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la fun-

(3) La redacción del tipo ha variado —como señala SALINAS SICCHA— en cuanto al objeto del delito y a la aplicación de los dineros o bienes públicos en relación a su reversibilidad en el tiempo. Así, la regulación actual no indica como objeto del tipo a los «efectos, caudales o bienes públicos», sino a «dinero y bienes públicos», asimismo, se exige que la aplicación «destino diferente» debe ser *definitiva*, anteriormente se aceptaba para su configuración que la aplicación de los fondos públicos a destino diferente sea *temporal*. (*Delitos contra la Administración Pública*. 4.ª ed. Lima: Iustitia, 2016, p. 449).

(4) Modificado mediante el art. 2 del D. Leg. N.° 1243, de 22 de octubre de 2016, mediante el cual se incluye la pena de inhabilitación. Asimismo, ha sido modificado con anterioridad por el artículo único de la Ley N.° 30111 de 26 de noviembre de 2013; el artículo único de la Ley N.° 27151 y por el artículo único de la Ley N.° 26198.

> ción encomendada, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de ocho años; **inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36**, y trecientos sesenta y cinco **a setecientos treinta días-multa** (*resaltado nuestro*)

Del tratamiento legislativo de este delito, es común apreciar que el sujeto activo del injusto está ocupado para un funcionario o servidor del aparato estatal (*intraneus*) y, de esta manera, se excluye a los particulares (*extraneus*)(5); asimismo, nos hace inferir que en nuestro medio se ha entendido al delito de *malversación* como el acto de usar los fondos de propiedad del Estado, para fines distintos a los encomendados; constituyéndose como un delito especial(6) y de resultado(7) atendiendo exclusivamente a su estructura típica.

---

(5) El delito de *malversación de fondos* es un delito especial (propio), toda vez que la posición del destinatario de la norma cuyo quebrantamiento es delictivo solo si es reservada para determinados sujetos que exhiben el *status* de funcionario o servidor público, es decir, poseen una cualificación especial, que por razón del cargo o función son pasibles de ser imputados bajo este tipo penal. *Vid.* MAÑALICH, Juan Pablo. La malversación de caudales públicos y al fraude al fisco como delitos especiales. *Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales «Política Criminal»*, vol. 7, N.° 14, p.132, 2012, p. 362. Disponible en <bit.ly/2PqVXzy>. De igual forma, es preciso analizar la cualidad del sujeto activo conforme a los parámetros descritos en el Acuerdo Plenario N.° 3-2016/CJ-116; asimismo, *vid.* SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA, *Nulidad N.° 2497-2017 Áncash*, de 14 de junio de 2018, FJ 23. En el caso del «particular», no podrán ser autores de estos delitos, máxime partícipes conforme al artículo 25 del CP.

(6) No ahondaremos en los enfoques sobre el contenido del delito especial, sin embargo un amplio sector de la doctrina considera que los delitos especiales son aquellos que no pueden ser cometidos a título de autor por cualquier sujeto, sino solo por aquellos que tengan las cualidades y condiciones que exige el tipo penal. *Cfr.* PARIONA ARANA, Raúl. La teoría de los delitos de infracción de deber. En *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 19. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, p. 81; CARO JHON, José Antonio. Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. En *Anuario de Derecho Penal*. Lima: Asociación Peruana de Derecho Penal, 2003, p. 66; REAÑOS PESCHEIRA, José Leandro. La administración de caudales por delegación de competencias funcionariales. *Revista de Doctrina y Jurisprudencias Penales*, N.° 4. Lima: Grijley, 2003, p. 351.

(7) El delito *in examine* es un delito de resultado, pues, tal como está regulado, implica dejar al bien jurídico en una situación apreciable de perturbación o concreta lesión. Este punto se puede apreciar lo dicho por la Sala Penal Transitoria en la ejecutoria recaída en el *Recurso de Nulidad N.° 4009-2011 Junín*, FJ 3, al referir que «lo expuesto prueba [...] [el] entorpecimiento del funcionamiento de la municipalidad, pues no

Sin embargo, podemos notar que pese a su evolución en su contenido, resulta problemático, en la mayoría de casos, probar la existencia de los elementos objetivos del tipo penal, causando que muchos funcionarios queden expuestos a ser acusados indebidamente como malversadores, *v. gr.*, cuando no se precisa en virtud de qué documento o instrumento legal se confió a los encausados caudales del Estado (**Recurso de Nulidad N.° 1313-2008 Ayacucho**, FJ 4); cuando no queda acreditado si el dinero utilizado en la compra de materiales tenía una finalidad específica diferente a la que se le dio (Recurso de Nulidad N.° 1719-2007 Puno, FJ 6); cuando el autor no realiza acciones de administración de los bienes y se limita a analizar los estados financieros de fondos de la institución pública agraviada (**Recurso de Nulidad N.° 2117-2013 Lambayeque, FFJJ 4-6**); cuando no se acredita la afectación al servicio o la función encomendada para la configuración típica del delito de malversación de fondos (**Casación N.° 544-2018 Lima Norte, FFJJ 4-5**). El resultado es que en la práctica quienes administran fondos públicos se encuentran inmersos en una disyuntiva entre lo ordenado por las normas presupuestarias y lo que se aprecia en una realidad económica que muchas veces estas no han sabido reflejar, y que ante requerimientos o necesidades no programados o urgentes, atendidos por el administrador termina siendo acusado como malversador de fondos públicos[8]. En concreto, podemos apreciar que los problemas se presentan, principalmente, con relación a la cualificación, posición y relación funcional del sujeto activo, la aplicación pública diferente y la afectación del servicio prestado.

Asimismo, se infiere que nuestro legislador ha tenido en cuenta que para la configuración de la malversación se debe a la infracción del deber del cargo[9],

---

se ejecutaron los compromisos programados para inversiones y se pagaron deudas que debieron pagarse por las fuentes de financiamiento del canon» En consecuencia, se debe de verificar el perjuicio económico cuantificable que tiene que determinarse objetivamente (contablemente).

(8) *Crf.* VEREAU MONTENEGRO, Ricardo Antonio. Malversación de fondos: ¿cuándo acudir al juzgado penal? *Revista de ideas de la Asociación de Egresados y Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú «Brújula»*, año 8, N.° 15, 2007, p. 112.

(9) Al respecto, es preciso remitirnos al concepto de delitos de infracción de deber, pues resulta necesario para entender la naturaleza del delito de malversación de fondos,

es decir, la tipificación de este delito se orienta a sancionar a aquellos funcionarios o servidores públicos que vulneren el principio de legalidad presupuestal, la cual debe estar señalada expresamente en la norma correspondiente[10]. En consecuencia, la finalidad político criminal del injusto sería la de garantizar que las actuaciones de los servidores o funcionarios públicos no transgredan los mandatos de la norma presupuestal[11].

De lo mencionado y para los efectos del presente trabajo, resulta pertinente plantear algunos tópicos que los abogados en el ejercicio de la profesión constantemente nos planteamos: ¿quién puede calificar como malversador de fondos públicos en nuestro legislación penal?, ¿qué conducta es típicamente punible?, ¿es necesario que el funcionario administre o tenga bajo su control la disposición de dinero público?, ¿el funcionario o servidor público puede alegar que no conocía los efectos dispositivos de la norma?, ¿la ausencia de dolo impide la configuración del delito de malversación de fondos?, ¿toda administración irregular del dinero y bienes del Estado debe ser punible?, ¿es necesario que se especifique qué obras o servicios se afectaron al desviar los caudales públicos?, ¿puede excluirse responsabilidad penal en supuestos de necesidad o urgencia?, ¿es posible calificar el mismo hecho como peculado y malversación de fondos?, ¿resulta imprescindible acreditar la aplicación definitiva de los fondos públicos? Para intentar absolver estas preguntas se realizará una revisión de los principales pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia respecto de este tipo penal.

II. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL INJUSTO

La conducta del agente que contempla el artículo 389 del CP es haber dado al dinero o bienes públicos administrados por él, una aplicación dife-

---

en una de las tesis manejadas por la doctrina, sin embargo no es la finalidad perseguida en esta oportunidad. Para un mayor estudio sobre el tema *vid.* GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal. Parte general.* 2.ª ed. Lima: Juristas editores, 2012, pp. 470-474.

(10) Al respecto, el deber del funcionario no [debe] ser concebido como un deber general de fidelidad para con la Administración, sino con la correcta gestión del [dinero y bienes] que le ha sido encomendado [para su administración]. *Cfr.* ROCA AGAPITO, Luis. *El delito de malversación de caudales públicos.* Barcelona: Bosch, 1999, p. 65.

(11) *Cfr.* VEGA CISNEROS, Javier. El delito de malversación de fondos en la jurisprudencia. *Diálogo con la Jurisprudencia*, vol. 201. Lima: Gaceta Jurídica, 2015, p. 161.

rente de aquella a la que estuvieron previamente y legalmente destinados —con carácter de definitivo—. En consecuencia, la estructura típica del delito se presenta cuando concurren diversos elementos objetivos, entre los más característicos e indispensables encontramos: (i) el agente típico, (ii) la disposición o aplicación efectuada al dinero o bienes del Estado, y (iii) el resultado lesivo de la acción. En esa línea se ha pronunciado la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, al precisar que «el comportamiento típico en el delito de malversación de fondos [...] se sintetiza en cuatro conductas específicas de malversación: a) dar aplicación oficial diferente a aquella destinada; b) comprometer sumas superiores a las fijadas; c) invertir en forma no prevista, y d) utilizar los fondos en forma no prevista»[12].

2.1. Bien jurídico

El bien jurídico-penal general es la correcta funcionalidad de la Administración Pública[13] y, en específico, la correcta y funcional gestión [aplicación] del patrimonio público como objeto de protección de la malversación de fondos públicos[14], en concreto, tutela la legalidad presupuestal de los servicios o funciones públicas[15]. En tal sentido, es necesario precisar que no se propone que la infracción de deber que compete al funcionario público haya de dejarse de lado para explicar el significado de este delito; pero para determinar, en concreto, el objeto de tutela penal. En consecuencia, el quebrantamiento del deber, si bien no determina el núcleo del injusto afectado, constituye un presupuesto del medio comisivo que permite contrastar la relación funcional y confirmar la lesión patrimonial del patrimonio estatal[16].

---

(12) *Cfr.* SALA PENAL TRANSITORIA, Recurso de Nulidad N.° 2702-2009 Lima Norte, de 7 de abril de 2010, FJ 5. Asimismo, vid. SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA, Recurso de Nulidad N.° 100-2004 Arequipa, de 19 de enero de 2005, FJ 6.

(13) Debemos entenderla desde el punto de la integración axiológica constitucional en la definición del bien jurídico, en consecuencia el objeto de tutela debería ser entendido como los servicios públicos brindados por el aparato estatal con la finalidad de permitir a los ciudadanos el acceso a sus derechos fundamentales.

(14) Al respecto, *Cfr.* SALA PENAL TRANSITORIA, Recurso de Nulidad N.° 3630-2001 Ucayali, de 23 de enero de 2003, FJ 3;

(15) *Cfr.* ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*. Lima: Palestra, 2003, p. 18.

(16) Para una mayor explicación de esta tesis funcional del patrimonio, *Cfr.*, DE LA MATA,

El bien jurídico específico que se tutela penalmente en el delito de malversación de fondos es la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos. En otras palabras, busca proteger que la ejecución del gasto y empleo de bienes y dinero público se efectué bajo una organización racional y ordenada(17).

Por otra parte, nuestra Corte Suprema ha establecido «en la malversación de fondos el bien jurídico tutelado es preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, la racional organización en la ejecución de gasto y en la utilización y el empleo de dinero y bienes públicos, en suma, se trata de afirmar el principio de legalidad presupuestal; esto es, la disciplina y racionalidad funcional en el servicio»(18).

En posteriores pronunciamientos —asumiendo pareciera una concepción funcional del patrimonio púbico—, la Corte Suprema ha sostenido que «[...] el bien jurídico que se afecta con el delito de malversación de fondos es la regularidad buena marcha de la Administración pública, preservando la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización y/o empleo del dinero y bienes públicos»(19). En similar forma, ha precisado que la «finalidad de la norma es salvaguardar la eficacia, la buena marcha, la disciplina y organización en la ejecución del gasto y la utilización de los bienes, por parte de los servidores públicos [...]»(20).

Norberto y ETXEBARRIA, Xabier *Malversación y lesión del patrimonio público*. Barcelona: Bosch, 1995, pp. 82, 101-102. Asimismo, Morales García sostiene que la definición del objeto jurídico desde las teorías de protección funcional del patrimonio público, parece haber encontrado una vía de penetración doctrinal. *Cfr.* MORALES GARCÍA, Oscar. *Los delitos de malversación*. Navarra: Arazandi, 1999, p. 60. Por otro lado, ROCA AGAPITO propone —desde la tesis dualista— que el bien jurídico para este delito está constituido por el patrimonio público, ya sea concebido funcionalmente o no, y por los deberes específicos integrantes de la correcta gestión del patrimonio público. *Cfr.* ROCA AGAPITO, Luis. *El delito de malversación de caudales públicos*. Barcelona: Bosch, 1999, p. 77.

(17) *Cfr.* ROJAS VARGAS, Fidel. *Op. cit.*, pp. 549-550; ABANTO VASQUEZ, Manuel. *Op, cit.*, p. 381; SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley, 2011, p. 386.

(18) Corte Suprema de Justicia, Recurso de Nulidad N.° 3630-2001, del 23 de enero de 2003.

(19) *Vid.* SALA PENAL TRANSITORIA. Recurso de Nulidad N.° 2702-2009 Lima Norte, de 07 de abril de 2010, FJ 5.

(20) *Vid.* SALA PENAL PERMANENTE. Recurso de Nulidad N.° 1791-2012 Áncash, de 14 de enero de 2014, FJ 3.3.

En concreto, es preciso entender que el objeto de protección es el adecuado mantenimiento y gestión del patrimonio público, para resguardar su idoneidad y cumplir sus propios fines previstos; por ello, consideramos que lo que en esencia protege el tipo penal es el uso racional y ordenado del presupuesto público, y no así estrictamente solo el patrimonio público (que dicho sea continua en la esfera estatal); ello a razón que para la verificación del tipo, esta no se da con la simplista transferencia de fondos de un proyecto a otro.

2.2. Sujeto activo

La mera circunstancia de estar desempeñando un cargo público no constituye al funcionario o servidor público sujeto activo del delito de malversación, esto requiere —como lo veremos más adelante— una relación funcional, donde importa necesariamente una relación del autor con el dinero o bienes de propiedad pública, antes que sus títulos. Sin embargo, consideramos necesario definir qué noción maneja por nuestro ordenamiento jurídico-penal sobre el funcionario público(21). Sin necesidad de adentrarnos al debate, es preciso revisar el artículo 425 del CP vigente que introduce una noción amplia de quiénes pueden ser considerados como servidores o funcionarios públicos(22). Asimismo, la Corte Suprema, en una reciente ejecutoria recaída en una revisión de sentencia, ha señalado que para ser funcionario o servidor público, desde el derecho penal se exige: (i) un elemento referido a la participación en el ejercicio de funciones públicas, y (ii) un título de habilitación de dicha participación que puede ser triple: disposición de la ley, elección, o designación o nombramiento por autoridad competente —determinante de un vínculo con el Estado o sus entidades, incluidas empresas públicas o de economía mixta—(23).

---

(21) El concepto de funcionario para el derecho penal no es el mismo que se tiene para el derecho administrativo.

(22) No solo comprende a los que integran la carrera administrativa, a los que ocupan cargos políticos o de confianza y a los miembros de las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional, sino también incluye: (i) a los que con independencia del régimen laboral presten servicios en organismos públicos en general (incluidas empresas públicas y sociedades en economía mixta) y en su mérito ejerzan funciones en ellas, y (ii) a los designados por autoridad competente para desempeñar actividades y funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades. *Cfr.* SALA PENAL PERMANENTE. *Revisión de Sentencia N.° 503-2017 Callao*, de 5 de noviembre de 2018, FJ 5.

(23) *Vid.* SALA PENAL PERMANENTE. *Revisión de Sentencia N.° 503-2017 Callao*, de 5 de noviembre de 2018, FJ 5.

2.2.1. *Función de administrar*

El tipo penal exige que el funcionario o servidor público realice acciones de administración del dinero o bienes del Estado, es decir, tener la capacidad de decisión sobre los gastos o la forma en que se destinarían el dinero o bienes públicos. Al respecto, la Corte Suprema precisa que cuando el «agente [...] cumpla la función de administrador [del dinero público] al interior de la Administración pública. [En tanto], administrar [...] es una función que importa la facultad de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a finalidades legalmente determinadas»(24), en consecuencia, se exige que tenga capacidad de decisión sobre los gastos o la forma en que se destinarían el dinero o bienes estatales; sin embargo, —a criterio de Salinas Siccha(25)— administrar no implica que el sujeto deba detentar la posesión directa del dinero o bienes bajo su cargo, lo importante sería la disponibilidad jurídica, es decir, disponer de ellos debido en razón de ser el titular de la unidad administrativa o titular del pliego.

En consecuencia, en cuanto a la posición del funcionario el tipo penal *in examine* exige que realice actos funcionariales y referidos a la relación entre la administración y los administrados; es decir, debe estar en la actividad pública —lo cual puede suceder en distintas formas— y, además, debe ejercer la función pública(26), siendo titular del pliego o teniendo disposición o decisión directa sobre el patrimonio(27). En tal sentido, la Corte Suprema ha sostenido que «se configura el delito de malversación de fondos toda vez que los encausados en su *condición de funcionarios públicos*, dieron a recursos económicos una aplicación diferente a la que estaba prevista, perjudicando el funcionamiento regular de la entidad agraviada. En este orden de ideas por las pruebas actuadas en el presente proceso se acredita la materialidad del delito imputado así como la responsabilidad de los encausados, pues vulne-

---

(24) SALA PENAL TRANSITORIA. *Recurso de Nulidad N.° 2117-2013 Lambayeque*, de 22 de enero de 2015, FJ 5.

(25) *Vid.* SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 4.ª ed. Lima: Iustitia, 2016, p. 452.

(26) *Cfr.* ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, 2003, pp. 21-30.

(27) *Cfr.* SALA PENAL TRANSITORIA. *Recurso de Nulidad N.° 1348-2012 Áncash*, de 24 de enero de 2013, FJ 3.

raron los deberes de lealtad y probidad que por su condición de funcionarios o servidores públicos, estaban obligados a observar»[28].

2.2.2. Relación funcional

Realizado el análisis jurisprudencial del sujeto activo y el objeto material del delito de malversación de fondos, es necesario hacer referencia a un elemento imprescindible, consistente en la exigencia típica de una relación que ha de mediar entre los caudales públicos y el funcionario, es decir, debe de acreditarse una relación jurídica especial con el bien.

Nuestro ordenamiento jurídico-penal ha resaltado la relación del autor con el dinero o bienes público, antes que sus títulos, nombramientos o grados jerárquicos administrativos[29]; sin embargo, ello no quiere decir que esta relación deba acreditarse de pleno *facto*, sino se requiere que se precise en virtud de qué documento o instrumento legal se confió al funcionario o servidor público los caudales del Estado. En ese sentido, la Corte Suprema ha sostenido que «al atribuir los delitos de peculado y malversación de fondos, no ha precisado [individualmente] en virtud de qué documento o instrumento legal se confió a los encausados caudales del Estado, en buena cuenta la relación funcional que se exige desde el tipo penal, menos aún se ha determinado en qué consistió el comportamiento de cada uno de los procesados, pues la simple enunciación efectuada por el [...] fiscal [...] de los supuestos de hecho contenidos en las normas penales, no pueden ser asumidas como fundamento fáctico válido de cara a ingresar a la etapa de enjuiciamiento, pues los supuestos contenidos en la norma deben tener su correlato fáctico concreto, debidamente diferenciado y delimitado respecto de cada uno de los encausados, tanto más cuanto se trata de delitos, de infracción de deber, donde las conductas están íntimamente vinculadas al cargo que desempeñan y la función que les es confiada. Por tanto, se configuró los tipos penales para ambos procesados sin distinguir en los cargos y responsabilidades funcionales, y únicamente basado en que las adquisiciones se efectuaron bajo la gestión de los procesados, lo que es insuficiente desde la propia descripción del tipo

---

(28) SALA PENAL. *Recurso de Nulidad N.° 5022-2006 Lima*, de 2 de mayo de 2007, [sumilla].

(29) *Cfr.* VEREAU MONTENEGRO, Ricardo Antonio. Malversación de fondos: ¿cuándo acudir al juzgado penal? *Revista de ideas de la Asociación de Egresados y Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú «Brújula»*, año 8, N.° 15, 2007, p. 115.

penal, la subsunción efectuada es genérica y deficiente de cara a respetar el derecho a un debido proceso»[30].

En la doctrina especializada, Roca Agapito refiere que «[esta] especial relación entre el funcionario y los caudales es lo que dota a la malversación de fondos una naturaleza no meramente patrimonialista, y lo que también justifica que se encuentre regulada dentro del Título de los delitos contra la Administración Pública. En que el ataque patrimonial provenga del funcionario que específicamente tiene la obligación de gestionar los caudales, hace que lo que se vea comprometido en este delito sea la correcta gestión del patrimonio, y no meramente dicho patrimonio»[31].

Tal es la importancia de determinar esta relación, pues de ello dependerá en buena cuenta el ámbito del delito. Así lo entiende la Corte Suprema en un caso de un contador que analizó los estados financieros de fondos de la municipalidad agraviada, en este caso sostuvo «que es importante precisar que el delito de malversación de fondos, en su perspectiva objetiva, *requiere de la existencia de una relación funcional*; esto es, que el dinero público debe estar confiado o en posesión inmediata o mediata (disposición funcional o jurídica)»[32]. En consecuencia, concluyó que «el imputado solo era un contador externo que, en lo esencial, debía elaborar la información financiera y contable de la municipalidad. [...] Ninguna de [sus] funciones importa [una] relación funcionarial indispensable para responder penalmente por el destino indebido [de los fondos]: él no tiene poder de decisión [...]»[33]. En *stricto sensu* quien no tenga la capacidad de decisión sobre los gastos o la forma en que se destinarán los bienes o dinero de propiedad del Estado no cumple con este requisito, pues carece de disposición de los recursos públicos por razones de sus funciones al carecer de la relación funcional.

Consideramos adecuada la decisión político-criminal de exigir una relación específica entre el funcionario y el dinero o bienes.

---

(30) SALA PENAL TRANSITORIA. *Recurso de Nulidad N.° 1313 Ayacucho*, de 14 de enero de 2010, FJ 4.

(31) ROCA AGAPITO, Luis. *Op. cit.*, p. 162.

(32) SALA PENAL TRANSITORIA, *Recurso de Nulidad N.° 2117-2013 Lambayeque*, de 22 de enero de 2015, FJ 5.

(33) SALA PENAL TRANSITORIA, *Recurso de Nulidad N.° 2117-2013 Lambayeque*, de 22 de enero de 2015, FJ 6.

2.3. ¿Aplicación definitiva y diferente (oficial)?

Actualmente, el tipo penal requiere para su configuración no solamente una aplicación distinta a la establecida previamente, sino que además debe ser *definitiva*[34], es decir, no es suficiente que el dinero sea destinado para para fines distintos a los programados, sino que este desvío debe ser definitivo, además de afectar el servicio o función encomendada. Para tales efectos, es preciso resaltar que el dinero o bienes del Estado, desviados por el funcionario o servidor público a finalidad distinta, hayan tenido por la ley presupuestal una finalidad específica. Con relación a este último punto, la Corte Suprema ha sostenido que «en el delito de malversación de fondos, se debe precisar que la comisión de tal figura delictiva no se encuentra probada, toda vez que no se ha demostrado en autos si el dinero utilizado en la compra de materiales tenía una *finalidad específica diferente a la que se le dio*, pues de lo actuado se verifica más bien que dicho monto pertenece a un excedente que tenía la municipalidad agraviada y que podía ser utilizado en la realización de alguna obra, cuestionándose en el presente caso el hecho de haber sido mal utilizado, generándose perjuicio a la entidad edil, pero en modo alguno se acredita que se hayan malversado fondos»[35].

Además, se debe entender que el desvío del dinero o bienes públicos, determinados en una partida presupuestal para fines específicos, necesariamente deben encontrarse en la esfera de actividad del Estado[36]. Por ello, compartiendo con la posición sentada por la Suprema Corte, existirá el delito de malversación, sólo si el desvió definitivo y diferente es a una obra o proyecto *oficial*, en este aspecto se debe destacar que la desviación de fondos públicos no debe darse hacia un fin o beneficio privado. Ello hace distinguir al delito de malversación del de peculado es el destino para el cual se emplean los recursos públicos. Este delito exige que el dinero o bienes públicos

---

(34) *Vid.* SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA, *Recurso de Nulidad N.° 1401-2015 San Martín*, de 2 de junio de 2017, fj 5.

(35) PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA, *Recurso de Nulidad N.° 1719-2007 Puno*, de 7 de abril de 2009, FJ 6.

(36) Al respecto, *a contrario sensu*, estaremos dentro del delito de peculado. *Vid.* SALINAS SICCHA, Ramiro. *Op. cit.*, p. 453. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia ha expresado que «[...] esta aplicación diferente, empleo o inversión distinta de fondos, bienes, o efectos, tiene que realizarse, necesariamente, en alguno de los proyectos oficiales o públicos del Estado».

Recurso de Nulidad N.° 3641-2011

sean utilizados para otro destino público, ya que si se emplean para un beneficio privado, estaríamos ante la posible comisión de un delito de peculado[37]. Además, dicho destino oficial tiene que estar señalado expresamente en la norma correspondiente, siendo precisamente dicho respaldo legal el que permite luego la corroboración de la aplicación diferente de los fondos públicos asignados o administrados por el sujeto activo[38].

Sobre este tema, también se debe destacar que la desviación de fondos públicos no debe darse hacia un fin o beneficio privado. Como se explicó en un acápite anterior, un aspecto para distinguir al delito de malversación del de peculado es el destino para el cual se emplean los recursos públicos. El delito de malversación exige que el dinero o bienes públicos sean utilizados para otro destino público, ya que si se emplean para un beneficio privado, estaríamos ante la posible comisión de un delito de peculado. La jurisprudencia, como puede apreciarse a continuación, refleja, claramente, este aspecto.

En síntesis, siguiendo la línea argumentativa, la Corte Suprema ha precisado que no se configura el delito de malversación de fondos si el servicio encomendado no llega a alterarse, pues «[para que se configure] el delito de malversación de fondos [...] no solo basta que el dinero sea destinado a fines distintos a los programados, sino que ese desvío debe ser definitivo y que afecte el servicio o función encomendada [...]»[39]. Desvío que ha de realizarse en un proyecto oficial. En consecuencia, «[...] la aplicación diferente del dinero o bienes públicos debe ser definitiva, es decir, que debe verificarse la imposibilidad de que estos vuelvan o se encaminen al destino oficial que tenían fijado legalmente en un inicio; así, no serán relevantes penalmente las desviaciones de fondos que sean susceptibles de retorno o devolución, en atención al principio de lesividad»[40].

---

(37) Corte Suprema de Justicia, Ejecutoria recaída N.° 199-04 Cusco, del 24 de febrero de 2005.

(38) *Cfr.* SALA PENAL TRANSITORIA. ***Recurso de Nulidad N.° 3641-2011 Lima***, de 25 de mayo de 2012, FJ 13.

(39) SALA PENAL PERMANENTE. *Recurso de Nulidad N.° 91-2009 Apurímac*, de 4 de marzo de 2010, FJ 5.

(40) SALA PENAL TRANSITORIA. *Recurso de Nulidad N.° 3641-2011 Lima*, de 25 de mayo de

2.4. Afectación al servicio o la función encomendada

El tipo penal exige verificar si la aplicación de fondos públicos con carácter de definitiva y diferente a la establecida previamente por la ley presupuestal ocasionó perjuicio, daño o entorpecimiento a la marcha del servicio o a la función encomendada por el Estado, para el cual se designaron funcionarios o servidores públicos y se asignaron dinero o bienes de propiedad estatal.

Al respecto, la Corte Suprema ha sostenido que son «para que se configure el presente delito no solo es necesario que se haya utilizado para otros fines el dinero del Estado, sino que debe estar delimitado el perjuicio que se causó a la institución por haberse dado una aplicación diferente al dinero o bien que se administra [...]»(41). Asimismo, en una ejecutoria reciente ha sostenido que «el delito de malversación de fondos se configura cuando el agente de modo definitivo otorga al dinero o bienes del Estado que funcionalmente administra, un destino final diferente al previamente establecido, *lesionando o poniendo en peligro el servicio o la función pública encomendada* [...]»(42). En consecuencia, cuando «no se [haya] probado que tal desvío de fondos haya afectado el servicio o la función encomendada, pues no se determin[a] qué obras o servicios planificados se vieron afectados con tal decisión [...], no se cumple con un elemento objetivo del tipo»(43).

En tal sentido, la Corte Suprema ha sostenido que la acreditación de la afectación del servicio o función encomendada es un elemento típico indispensable del delito de malversación de fondos, así lo ha sostenido en sus diversos pronunciamientos, *v. gr.*, en el R. N. N.º 4690-2005-Lima se sostiene que «[...] la acreditación de una afectación del servicio encomendado —como expresamente exige el citado precepto penal— es un elemento típico indispensable —referido a la trascendencia de la conducta en términos de lesivi-

---

2012, FJ 13.

(41) SALA PENAL TRANSITORIA. *Recurso de Nulidad N.° 5391-2008 La Libertad*, de 3 de agosto de 2010, FJ 8. Asimismo, *vid.* SALA PENAL. *Recurso de Nulidad N.° 5022-2006 Lima*, de 2 de mayo de 2007, FJ 2.

(42) PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA, *Recurso de Nulidad N.° 2534-2016 Lambayeque*, de 7 de agosto de 2017, FJ 3.4.

(43) SALA PENAL TRANSITORIA. *Recurso de Nulidad N.° 2374-2013 Lima*, de 22 de enero de 2014, FJ 10.

dad— para configurar el delito de malversación de fondos [...]»[44]. Además, R. N. N.º 3641-2011 Lima sostiene que «[el delito de malversación] requiere para su configuración una afectación [...] identificada plenamente, en tanto dicha circunstancia se presenta como esencial a fin de determinar de manera concreta el perjuicio ocasionado»[45] y en el caso de que no se indique la afectación, en consecuencia no se precisa «el perjuicio, elemento objetivo, cuya ausencia incide en un juicio negativo de tipicidad respecto del delito materia de imputación [...]»[46]. Asimismo, en el R. N. N.º 3157-2009-Puno se sostiene que «el delito de malversación de fondos [...] requiere para su configuración típica que el funcionario o servidor público le dé al dinero o bienes que administra una aplicación diferente de aquella a los que estaban destinados y que ello afecte el servicio o la función encomendada [...]»[47].

Asimismo, la Corte Suprema ha sostenido que en el supuesto que no se llega afectar el servicio o función encomendada cuando se realiza cambios presupuestales, precisando que «se dispuso modificar el presupuesto para priorizar las obras materia del presente proceso; no obstante se puede apreciar que ha quedado probado con los informes periciales obrantes en autos que no existe un perjuicio económico al erario nacional representado por la Municipalidad [agraviada]; pues se concluye que solo se ha dado un destino distinto al dinero presupuestado, más no ha salido de las arcas municipales; siendo así en autos, no obran mayores pruebas que vinculen al acusado con los delitos submateria»[48].

Una posición contraria a la exigencia de afectación al servicio o función encomendada la encontramos en Bayala Basombrío, quien sostiene que supeditar la perpetración del delito a la circunstancia de que el desvío

---

(44) SALA PENAL PERMANENTE. *Recurso de Nulidad N.° 4690-2005 Lima*, de 12 de setiembre de 2007, FJ 4.

(45) *Cfr.* SALA PENAL TRANSITORIA. *Recurso de Nulidad N.° 3641-2011 Lima*, de 25 de mayo de 2012, FJ 13.

(46) SALA PENAL TRANSITORIA. *Recurso de Nulidad N.° 1348-2012 Áncash*, de 24 de enero de 2012, FJ 5.

(47) SALA PENAL PERMANENTE. *Recurso de Nulidad N.° 3157-2009 Puno*, de 22 de setiembre de 2010, FJ 3.

(48) SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA. *Recurso de Nulidad N.° 1563-2015 Áncash*, de 9 de junio de 2017, FJ 9.

de los caudales o efectos haya causado o entorpecimiento del servicio al cual esas partidas se encontraban afectadas generaría que quede a la discrecionalidad y al arbitrio del funcionario administrador impunemente la aplicación final de las partidas presupuestarias sancionadas por el Poder Legislativo(49).

En síntesis, deberá acreditarse de manera real, cierta y clara la *afectación trascendental* a la prestación de un servicio o función, la misma que de manera excluyente sólo ha de derivar del uso indebido e irracional del patrimonio público, garantizándose con ello el respeto al principio de lesividad respecto de la conducta prohibida.

III. TIPICIDAD SUBJETIVA

El delito de malversación de fondos públicos exige, tanto en su tipo base como en su modalidad agravada, para su configuración el actuar doloso del agente, es decir, el delito requiere el dolo como elemento intencional de la figura, el que se integra con el conocimiento del destino legal de los bienes y la voluntad de disponer de ellos para una finalidad distinta, admitiendo el dolo directo y la eventual(50). En consecuencia, no se castiga la comisión culposa(51).

Al respecto, la Corte Suprema ha sostenido que «la configuración de este tipo penal está condicionado al dolo, conciencia y voluntad de realización típica, debiendo abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal, esto es, el carácter público de los fondos que malversa, así como el contenido de la legalidad presupuestal»(52).

---

(49) *Vid.* BAYALA BASOMBRÍO, Manuel Alberto. Palabras preliminares. En *Malversación de caudales públicos. Aplicación indebida de fondos del Estado.* Buenos Aires: Astrea, 2008, p. 9.

(50) Así lo entiende CREUS BUOMPADRE, citados en BAYALA BASOMBRÍO, Manuel. *Malversación de caudales públicos.* Buenos Aires: Astrea, 2008, p. 68. En ese mismo sentido, SALINAS SICCHA, Ramiro. *Op. cit.*, p. 461.

(51) *Vid.*, sobre el exclusión de la comisión culposa, Segunda SALA PENAL TRANSITORIA, *Recurso de Nulidad N.° 804-2005 Ica*, de 28 de junio de 2005, FJ 9.

(52) SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA. *Recurso de Nulidad N.° 2162-2016*, FJ 5, Lima, 17 de enero de 2018.

IV. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

En algunas situaciones, el administrador, ante la necesidad de satisfacer requerimientos o necesidades no programadas o urgentes, desvía dinero o bienes del Estado para satisfacer las necesidades, siendo pasible de ser imputado bajo este tipo penal. Sin embargo, podemos encontrar supuestos en los cuales no se configura responsabilidad penal, conforme al artículo 20 del CP; *v. gr.*, la Corte Suprema ha sostenido que en los casos que se observen que los desvíos de los fondos públicos, obedecen a un estado de necesidad justificante en el delito de malversación de fondos, no se configura el tipo al estar comprendido dentro de lo previsto por el artículo 20, inciso 4 del CP, en concreto, estableció que estas situaciones encuentran su sustento «[...] en la invocación del tipo negativo o causal de justificación prevista en el artículo 20, inciso 4 del Código Penal: estado de necesidad justificante»(53).

Por otro lado, la Corte Suprema también ha sostenido que en los casos que se realicen desvíos debido a una situación de obediencia jerárquica se configura una causal de justificación(54), toda vez que no se advierte conducta dolosa, en concreto, sostuvo que el «[...]cuestionado desembolso se [...] desprende del Memorando [...] suscrito por el director general [...] y dirigido el acusado, [...] en el que le ordena el pago por el concepto de «compensación por trabajo extraordinario»; por tanto, se colige que los encausados [...], en su condición de director de administración y director de economía [...], respectivamente, dispusieron el pago en comento, previa coordinación, comunicación y aprobación de la dirección general, [...] lo que configura una causal de justificación de dichos desembolsos, debido a una situación de obediencia jerárquica y, por ende, no se advierte una conducta dolosa tipificada como de malversación de fondos; además, dichos pagos provenientes de la caja chica de la institución guardan correlación con la directiva [...]. Procedimiento para el Otorgamiento de Asignación de Concepto de Movilidad Local, que [...] prescribe el pago de dichos conceptos. *Quinto.* [Por lo tanto], no emerge actividad probatoria alguna que corrobore que el direccionamiento de los fondos, desde la caja chica de la institución para el pago en cuestión, haya

(53) SALA PENAL TRANSITORIA. *Recurso de Nulidad N.° 4009-2011 Junín*, FJ 5, Lima, 23 de enero de 2013.

(54) *Cfr.* Artículo 20, inc. 9. «El que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en el orden de sus funciones».

causado un perjuicio definitivo a un servicio o prestación para el que inicialmente estaba previsto»[55].

En otro pronunciamiento relevante, la Corte Suprema ha precisado que en el supuesto en que los funcionarios realicen modificaciones administrativas a efectos de regularizar la situación de caos presupuestal que advirtieron en la entidad pública, no se advierte el delito de malversación de fondos, pues «en estos casos se acredita que los actos de desviación, no se llevaron a cabo de manera discrecional e informal por parte de dichos encausados, sino respondió a la necesidad que existía a efectos de regularizar la situación la situación de caos presupuestal que estos advirtieron cuando asumieron sus cargos [...]; es más, dicha modificación presupuestal se hizo de acuerdo con [...] la Ley de Presupuesto del Sector Público [...]»[56].

Además, se ha sostenido que es posible alegar el estado de necesidad justificante, sin embargo, este debe de evaluarse restrictivamente y probado en todos sus presupuestos (taxatividad). En tal sentido, ha sostenido que «[es] cierto que es posible alegar en delitos contra la Administración Pública el estado de necesidad justificante para proteger bienes jurídicos de mayor valor, pero la interpretación de sus alcances —por su excepcionalidad, más aun tratándose de agentes públicos— debe ser, en esta materia, restrictivamente contemplado; y, sus presupuestos, probados acabadamente. La simple alegación de falencia de liquidez de la municipalidad no es suficiente, debe comprobarse con medios de prueba idóneos. [...] Empero, debe acreditarse la inevitabilidad del mal causado; esto es, que no quede otro recurso a la Administración Municipal [...] que acudir a la comisión de un delito de malversación y no a otro medio lícito o ilícito —pero penalmente atípico— a su alcance para salvar el bien jurídico en peligro [...]»[57].

En síntesis, la Corte Suprema reconoce la posibilidad de configurar supuestos de causas que eximan de responsabilidad penal en los delitos de

---

(55) SALA PENAL PERMANENTE. *Recurso de Nulidad N.° 2194-2013 Lima*, de 26 de febrero de 2014, FFJJ 4 y 5.

(56) SALA PENAL TRANSITORIA. *Recurso de Nulidad N.° 2702-2009 Lima Norte*, de 7 de abril de 2010, FJ 6.

(57) SALA PENAL TRANSITORIA. *Recurso de Nulidad N.° 4009-2011 Junín*, de 23 de enero de 2013, FJ 5.

malversación de fondos, cuando existan causas de justificación razonable y en ponderación de los bienes jurídicos a resguardar.

V. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

La Corte Suprema ha sostenido que para la realización del tipo penal de malversación de fondos no entra en consideración los fines en los cuales se haya invertido el dinero del Estado, bastando para su consumación el hecho que le haya dado destino diferente al primigenio[58]; en consecuencia, podemos notar que considera al delito de comisión instantánea[59] y de resultado.

Por otro lado, con respecto de la tentativa, la aplicación indebida de fondos es, sin duda, un resultado material, en cuya consecución se puede ofrecer distintas etapas ejecutivas, lo cual hace posible la tentativa[60].

VI. PRUEBA PERICIAL CONTABLE Y MALVERSACIÓN DE FONDOS

Para la configuración del delito *in examine* es necesario no solamente desobedecer lo dispuesto anteriormente en las normas y reglamentos relacionados con el uso de los presupuestos signados; sino, además, que tal conducta ocasione una apreciable perturbación al objetivo específico de la Administración[61]; para acreditar dicha afectación se requieren de la pericia contable —como prueba necesaria—, pues los hechos necesitan de precisión en la naturaleza y finalidad de los fondos públicos empleados ilícitamente a efectos de determinar si realmente se configura el delito de malversación de fondos[62].

---

(58) *Cfr.* SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA. Recurso de Nulidad N.° 804-2005 Ica, de 28 de junio de 2005, FJ 9.

(59) Al respecto, *vid.* ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 3.ª ed. Lima: Grijley, 2002, p. 394.

(60) *Cfr.* CREUS BUOMPADRE. *Derecho penal. Parte Especial*. Tomo 2, p. 315. Citado por BAYALA BASOMBRÍO, Manuel. *Malversación de caudales públicos*. Buenos Aires: Astrea, p. 72.

(61) *Crf.* VEREAU MONTENEGRO, Ricardo Antonio. Malversación de fondos: ¿cuándo acudir al juzgado penal?, artículo cit., p. 118.

(62) En igual sentido se pronuncia la Corte Suprema al sostener que «[el] efecto que la nueva prueba —pericia contable de parte— puede llegar a alterar la verdad e, incluso, puede tener incidencia respecto de la subsunción de los hechos al delito de

En ese sentido, se ha pronunciado la Corte Suprema, al sostener que «la prueba pericial es de carácter complejo que consta, entre otros elementos, de operaciones técnicas, esto es, actividades especializadas que realizan los peritos sobre el objeto peritado, y que en los delitos que suponen una evidente trascendencia patrimonial contra el Estado, como es el delito de peculado y malversación de fondos *resultan pertinentes y relevantes* para dilucidar el *thema probandum*; máxime, si en los supuestos típicos implican desmedro patrimonial de los fondos o caudales estatales [...]»(63).

Por otro lado, en el caso de presentarse discrepancias entre dos informes periciales, esta debe resolverse y aclararse en un nuevo juicio oral con la presencia de los peritos que intervinieron en la elaboración de dichos informes. Así, lo ha establecido la Corte Suprema, al sostener que «[...] en algunos supuestos, las discrepancias existentes entre el Informe [de auditora privada] [...] y el Informe Pericial Contable ordenado mediante ejecutoria suprema [...] [en los] que no se pudo determinar el hecho incriminado, específicamente, [y se] refirió que se trataba de una infracción administrativa [...]. Todo ello debió ser resuelto y aclarado en juicio oral con la presencia de los peritos que intervinieron en la elaboración de dichos informes. [...]»(64) Asimismo, se sostuvo que «es necesario llevar a cabo un nuevo juicio oral por otro Colegiado, en el que deberán comparecer los [peritos referidos en el acápite anterior] [...]. Por lo demás, el Superior Colegiado deberá llevar a cabo un debate pericial sobre los puntos contradictorios para tener una mayor certeza y claridad de los cargos formulados en la acusación fiscal [...]»(65).

En un pronunciamiento reciente la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema declaró concedido el recurso de casación interpuesto por el Minis-

---

malversación de fondos, porque este delito exige que los fondos estatales empleados hubieran tenido un destino específico anterior diferente al que finalmente fueron destinados», *vid.*, SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA. *Revisión de Sentencia N.° 132-2017 Piura*, de 21 de diciembre de 2017 [sumilla].

(63) SALA PENAL TRANSITORIA. *Recurso de Nulidad N.° 5391-2008 La Libertad*, de 3 de agosto de 2010, FJ 4.

(64) SALA PENAL PERMANENTE. *Recurso de Nulidad N.° 5425-2008 Moquegua*, de 10 de febrero de 2010, FJ 6.

(65) SALA PENAL PERMANENTE. *Recurso de Nulidad N.° 5425-2008 Moquegua*, de 10 de febrero de 2010, FJ 7.

terio Público, por errónea interpretación del artículo 389 del CP, cometido por la Sala Superior, quien fundamentó la absolución de los imputados, con base en la falta de la ampliación de una pericia para acreditar la responsabilidad penal del encausado, que finalmente fue absuelto, por dicha Sala Superior, por carecer de dicha información pericial para su condena, pese a haber verificado el desvío de fondos; en concreto el Colegiado Supremo sostuvo que «[...] en la sentencia se indicó que existió desvío de fondos de un programa y plan municipal, pero que precisamente se requería una ampliación de la pericia para determinar si se afectó el servicio primigeniamente determinado y, en ese caso, en qué consistió dicha afectación, lo que resultaba necesario para establecer que la conducta imputada a los procesados configuraba el delito de malversación de fondos; ya que no se contaba con dicha información, pues —a criterio de la Sala Superior— el Ministerio Público no presentó un pronunciamiento técnico especializado; decidieron por la absolución de los procesados»(66).

VII. PRINCIPIO DE LESIVIDAD: ¿SANCIÓN ADMINISTRATIVA O PENAL?

Consideramos acertada la regulación del delito de malversación de fondos públicos como delito especial (propio) y de resultado en nuestro ordenamiento jurídico-penal. La evolución normativa ha exigido mayores estándares para su configuración, siendo el perjuicio, daño o entorpecimiento al servicio o función encomendada el elemento imprescindible para considerar a un servidor o funcionario público pasible de ser acusado como autor del delito de malversación de fondos. La Corte Suprema ha referido al respecto que «[...] prescindir de la verificación de dicho elemento [perjuicio a la marcha del servicio, a la función encomendada o al objeto de la gestión] originaría la persecución de ilícitos penales carentes de *lesividad* e incompatibles con una concepción del derecho penal como *ultima ratio*»(67), continua su fundamento jurídico sosteniendo que el principio diferenciador para aplicar una sanción administrativa y una sanción penal es la lesividad al bien jurídico protegido, en concreto sostiene que «[la] acreditación de la afectación del servicio encomendado —como expresamente establece el tipo penal— es un elemento

(66) SALA PENAL PERMANENTE. *Casación N.° 544-2018 Lima Norte*, de 27 de junio de 2018, FJ 4.

(67) SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA. *Recurso de Nulidad N.° 1589-2015 Junín*, de 8 de junio de 2017, FJ 8.

típico indispensable —referido a la trascendencia de la conducta en términos de lesividad— para configurar [el] delito de malversación de fondos o bienes y diferenciarlo de meras infracciones administrativas [...]»(68).

En esa misma línea, la Corte Suprema ha resuelto que no constituye malversación el desviar cantidades ínfimas de fondos estatales, pues no constituyen una grave lesión al aparato estatal. Esto se condice «con los principios de *subsidiaridad* y *ultima ratio* que informa el derecho penal, pues deben priorizarse otras vías distintas a la penal la solución de conflictos de relevancia jurídica, donde solo determinados son jurídicos, importantes, necesarios e indispensables para la viabilidad de las interrelaciones y la cohesión del sistema social»(69).

Teniendo en cuenta lo sostenido por la Corte Suprema y que la potestad sancionadora del Estado no termina en una sanción a nivel judicial, sino que existe además de este el procedimiento administrativo sancionador que permite mediante sus normas administrativas(70) imponer una sanción a este nivel, sostenemos que es claro que el legislador al regular este delito ha tenido en cuenta el principio de lesividad como elemento diferenciador para la aplicación de las sanciones. Con relación al delito *in examine* se ha optado por establecer mayores exigencias, requisitos o condiciones para determinar objetivamente la configuración típica del delito.

VIII. DELIMITACIÓN ENTRE EL DELITO DE PECULADO Y LA MALVERSACIÓN DE FONDOS

El delito de malversación de fondos y el peculado son delitos totalmente distintos, pese a que ambos protegen el correcto funcionamiento de la Administración pública (genéricamente). La Corte Suprema ha emitido un pronunciamiento sobre los alcances del delito de peculado y su diferencia con el delito de malversación de fondos, y ha sostenido que «[cabe] precisar

(68) SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA. *Recurso de Nulidad N.° 1589-2015 Junín*, de 8 de junio de 2017, FJ 8.

(69) *Cfr.* SALA PENAL TRANSITORIA. *Recurso de Nulidad N.° 1336-2012 Apurímac*, de 10 de enero de 2013, FJ 4.

(70) El *ius puniendi* estatal tiene, también, su correlato a nivel administrativo, se puede verificar ello de la lectura de normas de régimen disciplinario incluidos en la Ley de Bases de la Carrera Administrativa.

[...] que los delitos de malversación de fondos y peculado son conductas típicas diferentes, pues [...] se diferencian porque la malversación consiste en una aplicación diferente y definitiva a los bienes públicos, mientras que el peculado consiste en una apropiación en provecho de terceros ajenos al Estado, y su característica más relevante es que los bienes o caudales del Estado, en el primer delito no sale de la esfera patrimonial del Estado, como sí sucede en el caso del peculado»[71].

IX. CONCLUSIONES

Primero. El injusto de *malversación de fondos* implica una aplicación ilegal de forma definitiva, diferente de los fondos públicos, a un ámbito de un proyecto u obra también de carácter oficial.

Segundo. El injusto no se puede reducir solo a la mera verificación de infracciones normativas, en tanto que vaciaría al contenido material al bien jurídico protegido. Con ello debemos diferenciar cuando estamos frente a infracciones administrativas o de carácter penal.

Tercero. En el delito de malversación se debe de tener en cuenta el principio de eficacia (en su vertiente jurídica) en la actuación de la administración para satisfacer intereses generales de la comunidad, a través de su actuar prestacional en la marcha del servicio, en la función prestada o en la consecución del objetivo de la gestión, toda vez que esta cumple —a nuestro criterio— es un rol importante en la determinación del bien jurídico-penal objeto de tutela, ya que el delito de malversación gira en torno a los recursos que se destinan para una determinada obra o servicio, esto es, una adecuada gestión del patrimonio estatal.

Cuarto. Para la realización del delito debe verificarse (i) que el funcionario posea la función administrativa del dinero o bienes del Estado (relación funcional) y que constituya su deber el dar el destino fijado previamente por la norma y reglamentos relacionados con los presupuestos signados; (ii) que se acredite la aplicación definitiva distinta a la dispuesta por Ley Presupuestal, consistente en la no irreversibilidad del gasto con carácter efectivo, y que el desvío sea aún un proyecto oficial; (iii) que la aplicación distinta a la

(71) SALA PENAL TRANSITORIA. *Recurso de Nulidad N.° 1336-2012 Apurímac*, de 10 de enero de 2013, FJ 5.

dispuesta genere un daño al servicio o la función encomendada. La ausencia de este último elemento determinará si la sanción ameritada es mediante la vía penal o administrativa.

Quinto. Consideramos importante que, además de medir contablemente el perjuicio causado, se requiere, que la valoración de los fines públicos se vea frustrada (afectada) con la actuación antijurídica; ello conforme con una integración de la axiología constitucional en la definición del bien jurídico.

X. BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, 2003.

BAYALA BASOMBRÍO, Manuel Alberto. *Malversación de caudales públicos aplicación indebida de fondos del Estado*. Buenos Aires: Astrea, 2008.

CARO JHON, José Antonio. Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. En *Anuario de Derecho Penal*, Lima: Asociación Peruana de Derecho Penal, 2003.

DE LA MATA, Norberto J. y Xavier ETXEBARRIA ZARABEITIA. *Malversación y lesión del patrimonio público: apropiación, distracción y desviación, por funcionario, de caudales públicos*. 1.ª ed. Barcelona: Bosch, 1995.

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Fecat, 2011.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. Algunas reflexiones sobre la lucha contra la corrupción. En SANZ DELGADO, Enrique (Dir.). *Derecho penal y penitenciario. Nuevos desafíos del sistema penal en el siglo XXI*. Lima: Ideas solución editorial, 2015.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho pena. Parte general*. 2.ª ed. Lima: Jurista editores, 2012.

MAÑALICH, Juan Pablo. La malversación de caudales públicos y al fraude al fisco como delitos especiales. *Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales «Política Criminal»*, vol. 7, N.º 14, 2012, Santiago de Chile: Universidad de Talca. Disponible en <bit.ly/2PqVXzy>.

MORALES GARCÍA, Oscar. *Los delitos de malversación. Apropiación, utilización*

temporal y administración desleal de caudales públicos. Navarra: Aranzadi, 1999.

PARIONA ARANA, Raúl. La teoría de los delitos de infracción de deber. En *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 19. Lima: Gaceta Jurídica, 2011.

REAÑOS PESCHEIRA, José Leandro. La administración de caudales por delegación de competencias funcionariales. *Revista de Doctrina y Jurisprudencias Penales*, N.º 4. Lima: Grijley, 2003.

ROCA AGAPITO, Luis. *El delito de malversación de caudales públicos*. Barcelona: Bosch, 1999.

RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio. Caso Municipalidad Distrital de Chilca - Malversación de fondos y estado de necesidad». *Boletín Proyecto Anticorrupción*, N.º 30, 2013. Disponible <bit.ly/2Pt25an>

ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 3.ª ed. Lima: Grijley, 2002.

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 4.ª ed. Lima: Iustitia, 2016.

VEGA CISNEROS, Javier. El delito de malversación de fondos en la jurisprudencia. En *Diálogo con la Jurisprudencia*, vol. 201. Lima: Gaceta Jurídica, 2015.

VEREAU MONTENEGRO, Ricardo Antonio. Malversación de fondos: ¿cuándo acudir al juzgado penal? *Brújula*, año 8, N.º 15 2007, pp. 112-121.

COHECHO PASIVO PROPIO:
ANÁLISIS DEL ELEMENTO «ACEPTAR»
Comentarios al Acuerdo Plenario N.° 01-2005/ESV-22 (Recurso de Nulidad N.° 1091-2004-Lima)(*)

Raúl Ernesto Martínez Huamán(**)

SUMARIO: I. Introducción. **II.** Hechos materia de pronunciamiento. **III.** Análisis del delito de cohecho pasivo propio. **IV.** Bien jurídico protegido. **V.** Sujeto activo y pasivo. **VI.** Conducta típica. **VII.** Aspecto subjetivo. **VIII.** Autoría y participación. **IX.** Formas de ejecución. **X.** Pena. **XI.** Concurso. **XII.** Conclusión. **XIII.** Bibliografía.

JURISPRUDENCIA:

Acuerdo Plenario N.° 01-2005/ESV-22

Recurso de Nulidad N.° 1091-2004-Lima

I. INTRODUCCIÓN

Con fecha 23 de setiembre de 2005, las Salas Penal Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú emitieron el **Acuerdo**

(*) Artículo publicado en el libro *Comentarios de los Acuerdos Plenarios I. Derecho penal. Parte general y especial*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, pp. 547-570.

(**) Profesor de Derecho Penal en la Universidad de San Martín de Porres y en la maestría de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann (Tacna). Ha sido profesor en la Academia de la Magistratura, Universidad Inca Garcilaso de la Vega y la maestría en Ciencias Penales de la Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo (Chiclayo). Máster en Derecho Penal y Política Criminal por la Universidad de Málaga, España (Beca AUIP). Magíster por la Universidad de San Martín de Porres. Estancia de investigación científica en el Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Alemania (Beca Max-Planck-Institut). Fiscal adjunto provincial penal titular del Sexto Despacho de la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delito de Corrupción de Funcionarios de Lima.

Plenario N.° 01-2005/ESV-22, constituyendo precedente vinculante el cuarto fundamento jurídico del Recurso de Nulidad N.° 1091-2004, vinculado al delito de cohecho pasivo propio (art. 393 del CP), donde se desarrolló el elemento «aceptar». En tal sentido, teniendo que el delito de cohecho es el delito representativo de los delitos contra la Administración pública, el presente trabajo tiene como finalidad establecer los alcances del señalado acuerdo.

II. HECHOS MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO

Conforme al párrafo anterior, el precedente vinculante se encuentra relacionado al cuarto fundamento, que a la letra señala:

> **Cuarto**: Que, previo al análisis de la conducta de los procesados, resulta pertinente precisar conceptos relativos al tipo penal imputado; que, en efecto, el delito de corrupción de funcionarios previsto en el artículo trescientos noventaitrés del Código Penal tiene **como verbo rector entre otros el término «aceptar»**, el mismo que se entiende como la acción de admitir voluntariamente lo que se le ofrece por parte del funcionario o servidor público a iniciativa del particular que ofrece o entrega un donativo, promesa o cualquier ventaja, y el funcionario o servidor público que acepta lo ofrecido para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones; de tal manera que la aceptación constituye la conducta típica de la corrupción pasiva o cohecho pasivo que es propio del funcionario o servidor público, por el comportamiento del quien se deja corromper, en tanto que la activa, corresponde al extraneus que corrompe a aquel funcionario.

III. ANÁLISIS DEL DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO

El delito de Cohecho Pasivo Propio, regulado en el artículo 393 del CP, ha tenido hasta la fecha tres modificaciones, precisando la última regulación en su primer párrafo, que es el pertinente para nuestra investigación, lo siguiente: «El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa».

Previo al desarrollo de los principales componentes del delito de Cohecho Pasivo Propio, consideramos pertinente explicar sus distintas clasificaciones. En ese sentido, aludimos al cohecho pasivo cuando el acto ilícito es realizado por el funcionario o servidor público; en tanto nos referimos al cohecho activo cuando quien realiza la conducta prohibida es el particular, quien ofrece, entrega o promete una dádiva el funcionario, indicando el Recurso de Nulidad N.° 1091-2004 sobre el particular que: «corresponde al extraneus [cohecho activo] que corrompe a aquel funcionario». Otra la clasificación es la de cohecho propio, conforme al cual la conducta a realizada o realizar por el funcionario es contrario al ordenamiento jurídico, y cohecho impropio, de acuerdo con ello el funcionario realiza o promete un acto propio de su cargo, es decir, conforme a lo establecido normativamente. Finalmente, tenemos dentro de las clasificaciones al cohecho antecedente, que se configura cuando la recepción o aceptación del beneficio tiene lugar antes de la realización del hecho ilícito por parte del funcionario, y de otro el cohecho subsiguiente, en el cual la dádiva o beneficio se entrega con posterioridad a la ejecución del acto ilícito del funcionario (que puede ser propio o impropio)[1].

IV. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Actualmente existen distintas posiciones sobre el bien jurídico penalmente protegido en el delito de cohecho, así autores como Polaino Navarrete consideran que el bien jurídico se encuentra integrado por: «el correcto ejercicio de la función pública y por la incorruptibilidad de los titulares de la misma, sin exigencias de cualidades funcionariales plausibles como la imparcialidad o el buen funcionamiento de la Administración pública»[2].

Por otro lado, cierto sector de la doctrina estima que lo protegido es la confianza de la sociedad en el correcto funcionamiento de la Administración pública[3], debido a que lo primordial es la repercusión que en la opinión pú-

---

(1) Sobre esta clasificación véase a ZÁRATE CONDE (2017: 759). Asimismo, CUGAT MAURI (2016: 414).

(2) POLAINO NAVARRETE (2011: 324). En un sentido similar, ORTS BERENGUER (2016: 658).

(3) Señala, sobre el particular, OLAIZOLA NOGALES que esta posición es la defendida por SCHÖDER y MAURACH en la doctrina alemana (1999:96). En igual sentido, DE LA MATA BARRANCO (2006: 122).

blica pueda tener la conducta del funcionario y del particular en la promesa y aceptación de la ventaja[4]. En tanto, que otro sector considera que el bien jurídico está vinculado a la honradez e integridad de la condición de funcionario público, específicamente en las actividades enmarcadas en sus funciones[5].

Por su parte, nuestra jurisprudencia ha establecido como bien jurídico penalmente protegido a la imparcialidad en la actividad de la Administración pública. Así, por ejemplo, indica la Corte Suprema de Justicia que «[...] el bien jurídico protegido, en esta clase de delitos, es preservar la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccionales o administrativos»[6]. Sobre el particular debemos indicar que el bien jurídico como imparcialidad en la actuación administrativa es el predominante el día de hoy[7].

Al respecto, y a efectos de continuar con el desarrollo del presente trabajo, consideramos que lo protegido penalmente se encuentra vinculado a la

---

(4) OLAIZOLA NOGALES (1999: 97). Posición compartida por BACIGALUPO (2009: 1353), quien indica que el bien jurídico protegido es la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo o judicial.

(5) Así, tenemos a VIZUETA FERNÁNDEZ (2016: 698). Comparte esta posición ZÁRATE CONDE al indicar que «[...] se trata de la honradez e integridad del funcionario público en el ejercicio de sus funciones públicas que no debe conseguir ningún provecho por el mismo» (2017: 758). Posición asumida por la Corte Suprema de Colombia, en su sentencia de fecha 24 de enero de 2001, que señala «[...] lo que la norma busca es proteger la inmaculación del bien jurídico de la Administración pública a través de la insospechabilidad de la conducta de los servidores vinculados a ella, de manera que las actividades o los negocios particulares de los funcionarios no pongan en duda la integridad y moralidad que debe gobernar el ejercicio de la función», citada por TIRADO ÁLVAREZ (2011: 272).

(6) Ejecutoria Suprema, de fecha 7 de marzo de 2008, Recurso de Nulidad N.° 1406-2007, citado en MONTOYA VIVANCO (2015: 97). Igualmente, en la Ejecutoría Suprema, del 2 de julio de 1998, Recurso de Nulidad N.° 521-1998, donde se señala: «La conducta dolosa del encausado al solicitar prebenda económica con el fin de parcializar su decisión jurisdiccional ha vulnerado los principios de una correcta administración de justicia y los deberes de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe que todo magistrado debe observar», citado por ROJAS VARGAS (1999: 343).

(7) Así, también lo considera BLANCO CORDERO (2015: 283). Igualmente, ALONSO PÉREZ (2000: 237), ORTIZ DE URBINA GIMENO (2015: 365), SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO (2011: 831). Posición seguida en Chile por OSSANDÓN WIDOW y RODRÍGUEZ COLLAO (2008:330).

expectativa que la sociedad tiene sobre el adecuado desarrollo de la Administración pública[8], específicamente, en el delito de cohecho pasivo propio, la expectativa que el funcionario no direccione (motive) su actuación pública con base en un incentivo externo, es decir, no privatice su actuar. Así, el funcionario que acepta una dádiva está actuando fuera de todo procedimiento regular (acorde o no a sus funciones), pues únicamente se debe a la Administración pública que representa.

Finalmente, debemos indicar que existía cierta discrepancia de si el bien jurídico es único o plural[9], debido a que tanto el funcionario como el particular lesionaban bienes jurídicos distintos, por ejemplo, en el caso del funcionario sería el quebrantamiento del deber y la confianza depositada, en tanto que en el particular el respeto debido al normal y correcto funcionamiento de los órganos del Estado; sin embargo, dicho problema ha quedado desplazado, conforme al bien jurídico establecido en el anterior párrafo, donde se trata de un único bien jurídico común[10], es decir que esa expectativa que se tiene sobre el funcionario, que su actuación no se motive por un agente externo o de mutuo propio, puede ser cometida por el particular y el funcionario.

V. SUJETO ACTIVO Y PASIVO

Conforme a la regulación, es sujeto activo del delito cualquier funcionario o servidor público que cuente con una competencia genérica en razón de su cargo, debiendo remitirnos al artículo 425 de nuestro CP sobre quienes son funcionarios y servidores públicos. En tal sentido, nos encontramos ante un delito especial propio[11], donde el funcionario debe actuar dentro del ámbito de sus funciones. Por ende, carece de relevancia penal para el delito materia de análisis, los actos que no guarden relación con la función o cargo que desempeña el funcionario o servidor público. Así, por ejemplo, en España tenemos la sentencia del Tribunal Supremo que estableció que: «El compor-

---

(8) Dicha comprensión parte de nuestra metodología en cuanto al desarrollo de las instituciones penales que expusimos en MARTÍNEZ HUAMÁN (2016: 90).

(9) Señala esta discusión PRECIADO DOMÈNECH (2015: 121).

(10) Posición seguida por OLAIZOLA NOGALES (1999: 111). Igualmente en Chile OSSANDÓN WIDOW y RODRÍGUEZ COLLAO (2008: 330).

(11) Conforme lo señala ABANTO VÁSQUEZ (2003: 427). Igualmente, ROJAS VARGAS (1999: 346).

tamiento del funcionario ha de hacer referencia a actos relativos al ejercicio del cargo del funcionario, han de constituir actos determinados y propios de las atribuciones o de la competencia que desempeña. Los supuestos típicos de cohecho pasivo propio están referidos a la realización de una conducta contraria a los deberes del cargo que desempeña el funcionario»[12].

Por lo que el funcionario o servidor público ha de tener entre sus competencias generales la realización de la acción u omisión que se solicite u ofrezca a realizar[13]; lo cual se desprende de los elementos del tipo de cohecho pasivo propio, donde se indica que la realización u omisión debe ser en violación de sus obligaciones; es decir, de los deberes que le son inherentes a su cargo, no encajando en el mismo aquellos actos que puedan ejecutarse debido a la facilidad con la que cuenta por su condición o posición. Nuestra jurisprudencia comparte la posición mayoritaria, al establecer que «puede ser cualquier funcionario o servidor público que actúe proveyendo competencia genérica en razón del cargo o función»[14]. En tal sentido, esta es la razón por la que el particular se dirige al funcionario, al entender que le es posible la realización de un acto requerido, lo que a su vez comprende que la aceptación del funcionario se encuentre enmarcada en sus funciones, por ejemplo, no comete el delito de cohecho pasivo propio, el miembro de seguridad o limpieza de una institución pública que acepta una promesa de dádiva a fin de alterar o destruir unos expedientes que se encuentran en un determinado despacho judicial, al no encontrarse dentro de sus funciones el resguardo o cuidado de los expedientes judiciales[15].

Situación similar se aprecia en España, donde el elemento exigido es la actuación «en el ejercicio del cargo», lo cual ha sido interpretado de forma amplia, por lo que el funcionario puede cometer el delito de cohecho pasivo propio si su actuar ilícito tiene conexión con las actividades que desarrolla, de tal forma que le permita actuar con facilidad, pero sin que sea

---

(12) Sentencia del Tribunal Supremo español N.° 1096/2006, del 16 de noviembre de 2006 (RJ 2007,495), citada por PRECIADO DOMÈNECH (2015: 129).

(13) En el mismo sentido, BLANCO CORDERO (2015: 286).

(14) Corte Superior de Justicia de Lima, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora, de fecha 5 de julio de 2011, en el Expediente N.° 038-2006, citada por IDEHPUCP (2014: 48).

(15) *Vid.* OSSANDÓN WIDOW y RODRÍGUEZ COLLAO (2008: 338).

un acto que le corresponde ejecutar en el uso de sus específicas competencias, así indicia Ortiz de Urbina Gimeno que «En la STS 293/2007 (ponente Ramos Gancedo), sin embargo, se afirma que existe cohecho cuando se ofrece dinero a dos agentes de la Guardia Civil para que ayuden a introducir ilegalmente en España importantes cantidades de tabaco ya que, aunque no tenían encomendada la vigilancia de aduanas, su condición les facilitaba la ayuda genérica que les era requerida»[16]. En la mencionada sentencia, el efectivo policial se vale de su condición para trasladar el tabaco; sin embargo, no se encuentra dentro de sus deberes específicos la supervisión del ingreso de mercaderías en aduanas, pero sí dentro de sus deberes generales combatir la delincuencia (art. 166 de la Constitución[17]), por lo que el efectivo policial infringe su deber.

En caso el acto prometido u ofrecido a través de la aceptación no se encuentre dentro del marco de competencia, genérica o específica, del funcionario, no se configuraría el delito de cohecho pasivo, sino un delito de abuso de autoridad o usurpación de funciones[18]. Cierto sector de la doctrina considera que nos encontraríamos ante un delito de estafa[19], lo cual no compartimos, pues el marco de la aceptación del funcionario, en el cohecho pasivo propio, es ilícito, por lo que el ordenamiento jurídico no podría resguardar los acuerdos ilícitos a través del delito de estafa, el perjuicio patrimonial entraría en el ámbito de la competencia de la víctima.

De otro lado, debemos indicar que en el delito de cohecho pasivo propio, específicamente en el supuesto de «aceptar», se requiere de dos elementos personales; por un lado, el funcionario o servidor público que acepta la promesa de dádiva y, del otro lado, el particular que propone el soborno[20].

---

(16) Sentencia del Tribunal Supremo español, citada por Ortiz De Urbina Gimeno (2015: 367).

(17) En el Perú por ejemplo, tenemos que el artículo 166 de la Constitución establece la finalidad de la Policía Nacional: «La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras».

(18) Sobre el caso de la usurpación de funciones, Montoya Vivanco (2015: 101).

(19) Blanco Cordero (2015: 286). Igualmente, Abanto Vásquez (2003: 427).

(20) Señala la precisión de estos dos elementos Mestre Delgado (2015: 745).

En el Recurso de Nulidad N.° 1091-2004-Lima, materia de estudio, se puede apreciar que comparte dicha posición, al señalar que para la realización del acto de «aceptar», se parte del ofrecimiento realizado a iniciativa del particular, de tal forma que se pueda comprender el delito de cohecho pasivo propio, en la modalidad citada: «[...] el mismo que se entiende [...] lo que se ofrece [...] a iniciativa del particular que ofrece o entrega un donativo, promesa o cualquier ventaja». Cabe precisar que, conforme se ha indicado respecto al bien jurídico y de acuerdo con la configuración del delito, el mismo tiene un sentido unilateral(21) al consumarse con la aceptación del funcionario público, es decir, se valora la conducta del funcionario y del particular de forma independiente, castigándolos de forma distinta y autónoma, posición doctrinaria que es mayoritaria(22).

En lo que respecta al sujeto pasivo del delito, como señala Díez Ripollés(23), *es el portador del bien jurídico afectado* por la comisión del hecho delictivo. En ese sentido, sujeto pasivo es el Estado de forma general y, en concreto, las entidades y organismos del Estado donde se circunscribe el compromiso del acto público parcializado, por ejemplo, los ministerios, el poder judicial, etc. Es válido acotar la diferencia entre sujeto pasivo del delito y agraviado o perjudicado, este último es la persona natural o jurídica que ha sufrido un daño patrimonial o extrapatrimonial (moral) producido por la comisión del hecho ilícito(24), que no necesariamente tiene que ser penal, pero sí civil(25); por lo que hablamos de sujeto pasivo en el ámbito penal-material y de perjudicado (agraviado) en el ámbito civil, deducido en el proceso penal a través de la constitución en actor o parte civil. Sin embargo, en muchos casos sucede que sujeto pasivo y perjudicado confluyen en una

---

(21) Considera la figura de aceptar como un acuerdo bilateral CARDONA TORRES (2010: 502).

(22) Así lo indican OSSANDÓN WIDOW y RODRÍGUEZ COLLAO (2008: 327). Señala también este sentido mayoritario de la doctrina ZÁRATE CONDE (2017:760). Por todos, MUÑOZ CONDE (2013: 931). PRECIADO DOMÈNECH (2015: 128).

(23) Véase a DÍEZ RIPOLLÉS (2009: 129).

(24) Ibídem, p. 132. Da como ejemplo, para la diferenciación entre sujeto pasivo y perjudicado, el supuesto de homicidio, donde el sujeto pasivo es el muerto y los perjudicados sus familiares.

(25) Así, IBERICO CASTAÑEDA (2011: 190).

solo persona[26] (p. ej. en lo ilícitos de robo, hurto, etc.). Tal diferenciación tiene efectos relevantes en la fase del proceso penal y, con ello, las posibles reparaciones civiles pertinentes.

VI. CONDUCTA TÍPICA

En lo que respecta a la conducta típica, referente al análisis del elemento central del acuerdo plenario, tenemos que el mismo se centra en la aceptación del funcionario o servidor público de la promesa de ventaja o beneficio. Sobre el particular, la aceptación consiste en la aprobación de una oferta futura de la dádiva o beneficio[27], sin que se plasme en la efectiva percepción de la ventaja, postergando la entrega y consiguiente recepción. Debemos diferenciar la aceptación del elemento recibir, pues en este último caso sí se tiene que efectivizar la admisión de la dádiva[28], teniendo el beneficio un carácter actual. Cabe señalar que, el acuerdo plenario materia de análisis enmarca la aceptación a la entrega de ventaja, diferenciándola del ofrecimiento, así se aprecia: «[...] el artículo trescientos noventitrés del Código Penal tiene como verbo rector entre otros el término "aceptar", el mismo que se entiende como la acción de admitir voluntariamente lo que se ofrece, por parte del funcionario o servidor público a iniciativa del particular que ofrece o entrega un donativo, promesa o cualquier ventaja». Sobre el particular, debemos aclarar que dicha extensión del elemento «aceptar» se debió a que la redacción del artículo 393 del CP en ese momento no contemplaba el elemento «recibir»[29];

---

(26) Por ello, SAN MARTÍN CASTRO define al actor civil como aquella persona que puede ser el agraviado o sujeto pasivo del delito (2003: 259).

(27) Señala este carácter ulterior ABANTO VÁSQUEZ (2003: 431). De la misma manera, ZÁRATE CONDE (2017: 763), POLAINO NAVARRETE (2011: 323), ORTS BERENGUER (2016: 660), PRECIADO DOMÈNECH (2015: 130) y BLANCO CORDERO (2015:286). *Cfr.* CUGAT MAURI, quien considera que puede haber una aceptación de ofrecimiento y promesa (2016: 416).

(28) Indican dicha diferencia ZÁRATE CONDE (2017: 763) y DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO (1997: 162)

(29) El texto original del CP señalaba: «El funcionario o servidor público que solicita o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a sus deberes, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años».

sin embargo, ese mismo año fue modificado a través del artículo 1 de la Ley N.° 28355, incorporando el elemento «recibir», para diferenciarlo de los otros dos elementos «aceptar» y «solicitar»; por tal razón, actualmente el componente aceptar engloba un entrega futura de un beneficio.

El elemento «aceptar» debe revestir idoneidad y estar vinculado a un donativo, ventaja o beneficio que sea considerado como tal de forma objetiva (capacidad objetiva para corromper). Por ello, si el funcionario acepta un beneficio irrealizable, no podría configurarse el delito de cohecho pasivo propio. Asimismo, la aceptación no requiere de actos formales (p. ej. la firma de un contrato), sino que se satisface con la conformidad de la promesa, que puede ser en forma expresa o tácita, es decir, una conducta que denote indubitablemente la voluntad de aceptar (p. ej. asentir con la cabeza o un guiño)[30].

En lo que respecta a los elementos donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, debemos precisar por donativo a cualquier presente a título gratuito, el mismo que debe tener un contenido patrimonial[31], conforme lo ha indicado el Tribunal Supremo español: «algo económicamente evaluable»[32]. En tanto que promesa es el compromiso a una entrega de un bien o la realización de un acto, por lo que no requiere efectivizarse para su configuración[33], si la misma se realiza, configuraría un acto de agotamiento del delito de cohecho pasivo propio. Finalmente, en lo que respecta a cualquier otra ventaja o beneficio, engloba cualquier provecho para el funcionario, sin que necesariamente deban tener un carácter económico, pudiendo abarcar los títulos honoríficos, entrega de joyas, vacaciones pagadas, el ofrecimiento de un ascenso, los actos sexuales, entre otros[34]. Del mismo modo, la venta-

---

(30) Apunta que la aceptación puede ser expresa o tácita. OSSANDÓN WIDOW y RODRÍGUEZ COLLAO (2008: 332).

(31) Así lo indica ABANTO VÁSQUEZ (2003: 433).

(32) Sentencia del Tribunal Supremo español N.° 990/2013, del 30 de diciembre (RJ 2013, 7715), citada por PRECIADO DOMÈNECH (2015: 132).

(33) En el mismo sentido, ABANTO VÁSQUEZ (2003: 433).

(34) También lo menciona CUGAT MAURI (2016: 415). Igualmente, ORTS BERENGUER (2016: 659). Comparte esta posición VIZUETA FERNÁNDEZ (2016: 699) y BACIGALUPO (2009: 1355). *Cfr.* Con POLAINO NAVARRETE, para quien el beneficio solo puede tener un carácter patrimonial (2011: 324). En Chile, el beneficio solo puede ser económico: «El cohecho, previsto en el artículo 248 bis del CP, consiste en que un empleado público solicite o acepte recibir un beneficio económico para sí o para tercero, ya sea para omi-

ja o beneficio tienen que tener posibilidad de ser transferidos, pues sin ello resultaría inidóneo la aceptación del funcionario al quedar viciada su voluntad, pues un bien intransferible no puede ser disfrutado, no podría hablarse propiamente de una contraprestación. En virtud de ello, para que la dádiva o ventaja sea idónea tiene que ser real, concreta, objetiva y precisa(35).

Concatenado a lo señalado, la dádiva o beneficio no requiere de un quantum o monto mínimo(36), se cumple el delito de cohecho pasivo propio si el funcionario acepta una dádiva para direccionar su actuar, lo cual está relacionado al bien jurídico protegido, la expectativa sobre el actuar imparcial en la Administración Pública, pues lo primordial es el adecuado desarrollo de la institución pública vital para la sociedad. Por ello, no compartimos aquellas posiciones doctrinales que establecen que en caso de mínimo beneficio o ventaja no se configuraría el delito de cohecho (una invitación a comer). El funcionario público al asumir de forma libre la actividad estatal, no debe impulsar su quehacer a través de un beneficio externo, por más que el beneficio sea mínimo. Situación problemática la encontramos en los actos de cortesía o de costumbre (socialmente permitidos), en dicho contexto, como

---

tir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo. Este ilícito se estructura sobre la solicitud o aceptación de un ventaja económica, se encuentre o no el empleado facultado para cobrar dinero al público por el ejercicio de sus funciones. A su vez, es necesario que el sujeto activo haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones, o ejecute o haya realizado un acto en contravención a los deberes de su investidura (CS, 26/01/2009, ROL 5898-2008)», resolución citada por BALMACEDA HOYOS (2014:634). Igualmente, indica el contenido patrimonial del beneficio en el cohecho del CP chileno OSSANDÓN WIDOW y RODRÍGUEZ COLLAO (2008: 333).

(35) Así lo ha señalado la sentencia de la Segunda Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Lima, en el expediente N.° 06-2008, del 18 de setiembre de 2012, sentencia citada por REÁTEGUI SÁNCHEZ (2017: 734).

(36) Comparte esta posición ALONSO PÉREZ: «Es indiferente la cuantía de la dádiva o presente, siempre que sea relevante en orden a motivar al funcionario en su actuación» (2000: 239). También, comparte este punto de vista el Tribunal Supremo español, en su sentencia del 28 de febrero de 2014, al indicar que no es necesario conocer el importe de la dádiva, sentencia citada por ORTS BERENGUER (2016: 660). En Chile, OSSANDÓN WIDOW y RODRÍGUEZ COLLAO indican: «Creemos que no pueden tomarse en cuenta las consideraciones que giran en torno a la idea de insignificancia de los beneficios económicos solicitados o aceptados por los empleados públicos [...] debe estimarse típica —supuesta la concurrencia de los demás elementos del tipo—, a pesar del exiguo valor que pueda tener» (2008: 336).

se ha señalado, es la capacidad objetiva de corromper lo que determinará la configuración del ilícito, por lo que si no sobrepasa dicho estándar no nos encontraríamos en el delito, al no haber una afectación objetiva (creación de un riesgo jurídico penalmente relevante) al bien jurídico penalmente protegido. Así, por ejemplo, una botella de champán en periodo de navidad, cuyo consumo se reparte entre una unidad administrativa tendrá un carácter atípico, distinto es el caso si se recibe para su uso exclusivo un reloj de lujo, lo cual será constitutivo de delito(37).

Continuando con las exigencias del tipo objetivo, se requiere que la aceptación tenga como finalidad un acto del funcionario consistente en realizar u omitir una conducta en violación de sus obligaciones, por lo que debe existir una relación entre la aceptación y la infracción de sus obligaciones(38). Sobre ello, conforme ya se refirió en el análisis del sujeto activo, consiste en la infracción por parte del funcionario de sus deberes que pueden ser generales o específicas, por lo que nos encontramos ante un delito sustentado materialmente como infracción de deber especial (infracción de los deberes en virtud de competencia institucional). Por ende, el centro de imputación se sustenta en el objetivo de la aceptación de la promesa dádiva o beneficio, cual es la de quebrantar los deberes institucionales que pesan sobre el funcionario público, quien de forma libre asumió dicha posición institucional, estos deberes no deben circunscribirse solamente a los establecido en regla-

(37) Ejemplo tomado de ZÁRATE CONDE (2017:762). El Tribunal Supremo español asume esta posición, indicando que será el caso concreto el que establecerá la pertinencia o no del ofrecimiento o aceptación de la dádiva, en la Sentencia del Tribunal Supremo en lo Penal N.° 3976/2008-Madrid, N.° de Resolución 362/2008, del 13 de junio de 2008: «No es tarea fácil la delimitación del alcance de este precepto a la hora de decidir la relevancia típica de determinadas acciones. La existencia de módulos sociales generalmente admitidos en los que la aceptación de regalos o actos de cortesía forma parte de la normalidad de las relaciones personales, obliga a un esfuerzo para discernir cuándo determinados obsequios adquieren carácter típico y cuando, por el contrario, pueden inscribirse en el marco de la adecuación social. Está fuera de dudas que este análisis sugiere el empleo de fórmulas concretas, adaptadas a cada supuesto de hecho, huyendo de la rigidez de fórmulas generales». También asume esta posición en Chile OSSANDÓN WIDOW y RODRÍGUEZ COLLAO (2008: 335).

(38) Así, la Ejecutoria Suprema emitida el 16 de mayo de 2003, en el Recurso de Nulidad N.° 88-2011, señala: «[...] debiendo existir una relación de finalidad entre la aceptación del dinero y el acto que se espera que ejecute, omita o retarde el funcionario público», IDEHPUCP (2014: 48).

mentos, circulares, etc., sino que al encontrarnos ante delitos de infracción de competencias institucionales, también pueden quebrantar deberes genéricos, como los que se encuentran en la Constitución Política (p. ej. para el caso de los efectivos policiales, jueces, etc.). Como nos encontramos en el delito de cohecho pasivo propio, la conducta comprometida consistirá en una infracción con carácter administrativo(39) o un acto propiamente delictivo(40), en caso no haber realizado la misma nos encontraríamos bajo la figura del cohecho pasivo impropio. Igualmente, el acto infringido puede enmarcarse en un actividad judicial, administrativa, civil(41) o política(42), así en el caso que un funcionario emite su voto a favor del adversario político, debido a que el mismo le habría prometido beneficios políticos en caso direccionar su voto (un mejor despacho, elegirlo como director de un área, etc.), sería constitutivo del delito de cohecho pasivo propio, lo mismo en el caso del transfuguismo político por aceptación de un beneficio futuro. Dicha posibilidad ha sido asumida por el Tribunal Supremo español que condenó: «[...] a un concejal electo, adscrito a un determinado partido político, que aceptó la promesa —hechas desde el otro grupo político— de obtener una importante suma de dinero y un cargo concejal con un determinado sueldo si se abstenía de votar a favor de un determinado candidato propuesto para alcalde de su partido»(43). En tal sentido, la actuación del funcionario se direcciona por ventajas externas a su actividad.

El párrafo del artículo 393 del CP, materia de análisis, no indica que la ventaja o beneficio deba ser para el propio funcionario o particular (cohecho *altruista*), por lo que el radio del beneficio se amplía a toda situación; así, por ejemplo, se configura el delito si la dádiva está dirigida a una donación para personas de extrema enfermedad o para su misma institución(44). Así, si un funcionario acepta una promesa de ventaja a fin de faltar a sus obligaciones, ventaja que se encuentra dirigida a la mejora del local donde trabaja el fun-

---

(39) ALONSO PÉREZ (2000: 238).

(40) Así, ORTS BERENGUER (2016: 661).

(41) Indica la posibilidad de una infracción civil, BLANCO CORDERO (2015: 287).

(42) CUGAT MAURI (2016: 416) y SUÁREZ GONZÁLEZ (2001: 155).

(43) Véase a MESTRE DELGADO aludiendo a la Sentencia del Tribunal Supremo español, de fecha 19 de diciembre de 2000 (2015: 747). Comparte esta posición BLANCO CORDERO (2015: 287).

(44) Es de la misma opinión ALONSO PÉREZ (2000: 239).

cionario, consideramos que igualmente se configura el delito de cohecho, aunque el beneficio no haya sido para el propio funcionario, ni para un particular, sino para la Administración pública. Ello, como se señaló va en sintonía con el bien jurídico penalmente protegido, lo primordial es la direccionalidad de la actuación del funcionario motivado por un beneficio, el mismo que puede ser para tercero, incluyendo en ello al Estado (familiar, amical, laboral, etc.)[45].

VII. ASPECTO SUBJETIVO

Nos encontramos ante un delito eminentemente doloso, donde lo primordial reside en los deberes de conocimiento, debido a que la participación en determinados ámbitos sociales acarrea deberes de conocimiento de las personas que participan en dicha parcela social. Así, por ejemplo, uno se rige por la expectativa de que las personas que circulan en el tránsito vehicular conocen el reglamento. Para sociedades tan complejas como la nuestra, en cada parcela social los sujetos que actúan tienen la obligación de conocer unos mínimos para poder actuar de forma eficiente, y más aún las personas que cumplen roles específicos dentro de la sociedad (médico, taxista, abogado, policía, funcionario, etc.), a quiénes solo se les puede exigir conocimientos que están dentro de su rol, y no más allá de ello.

De lo antes señalado, concluimos que se debe partir de un grado de atribución de conocimiento a los sujetos en los ámbitos sociales donde participan, pues sin el mismo no se podría dinamizar la sociedad (es el ámbito social el que nos dará el significado de la conducta), la misma fracasaría al tener que darle sentido a las conductas con base en lo que cada uno quiere (así cortar un camisa con una espada filuda será para unos -según su voluntad final- un delito de daños y para otros una tentativa de lesiones). Partir

---

(45) De esta posición MUÑOZ CONDE, quien cita una sentencia del Tribunal Supremo español (STS 61/1998, del 16 de marzo de 1998) donde un médico fue condenado por cohecho al invertir la dádiva en mejoras al equipamiento del departamento donde trabajaba (2013: 932-933). *Cfr.* ABANTO VÁSQUEZ que considera que debe ser un beneficio que directa o indirectamente favorezca al funcionario (2003: 444). Igualmente, MESTRE DELGADO considera que si el beneficio es a favor del erario público no se configura el cohecho pasivo propio (2015: 746). Comparte esta posición VIZUETA FERNÁNDEZ (2016: 701) y BLANCO CORDERO (2015: 288).

por lo que quiso un sujeto con su conducta (peculiaridades psicofísicas) es algo que nadie va a poder conocer ni probar. Por ello, consideramos que en el aspecto subjetivo (dolo) solo deben entrar a tallar —más allá de lo que quiso el agente o la voluntad final que tuvo el mismo con su conducta— los deberes de conocimiento del agente (lo que debía saber) sobre la relevancia de su conducta —en el contexto social en el cual se enmarcaba— para la afectación de la expectativa social penalmente protegido[46]. Esta posición ha sido seguida por la jurisprudencia peruana: «En cuanto al tipo subjetivo, esto es, se requiere que el sujeto activo del delito actúe con "dolo". En el presente caso, el tipo penal exige que la conducta sea dolosa y una de las características de la imputación subjetiva, es la atribución de sentido normativo del conocimiento, por lo que el único conocimiento válido que interesa al derecho penal, no es otra cosa, que el actuante "debía saber", "debía conocer", en el contexto social de su acción, no lo que "sabía" o lo que "conocía"; cuando este es el criterio determinante, la imputación subjetiva completa su contenido como atribución de un sentido normativo al conocimiento configurador del tipo penal»[47].

Como se señaló en lo referente al delito de cohecho pasivo propio, se requiere para la configuración de la parte subjetiva el conocimiento de que con la aceptación de la dádiva se direccionará el actuar del funcionario. Aquí, el conocimiento llega determinado por los deberes que le son atribuidos al sujeto activo en el campo social en el cual actúa; así, se configuraría el dolo por más que el déficit cognitivo tenga su origen en un defecto volitivo[48] (dolo por indiferencia). Por ejemplo, el funcionario al asumir, por razón de su cargo, la actividad pública tiene el deber de conocer cuál es la normativa que regula dicha parcela administrativa, y en caso el funcionario no quiere saber (le es indiferente) la normativa pertinente, no puede aludir que no le es atribuible delito de cohecho pasivo propio, pues ignoraba que su actuar estaba infringiendo sus obligaciones.

---

(46) Sobre el dolo desde una teoría normativista, véase a CARO JOHN (2010: 181 y ss.).

(47) Sentencia emitida por el Primer Juzgado Unipersonal de Lima, en el expediente N.° 0007-2011, citada por HUAMÁN CASTELLARES (2014: 134).

(48) Al respecto, JAKOBS (2008: 93), quien señala que no existe ninguna razón para la indulgencia en caso el autor no quiso saber lo que tenía —por su competencia— que saber.

Por ende, el delito analizado está configurado como un delito doloso (directo, indirecto o eventual[49]), no permitiendo —por el principio de legalidad— la posibilidad de una sanción en grado de imprudencia. La actuación imprudente por parte de los funcionarios en el ámbito de sus funciones podría ser pasible de una sanción administrativa, siempre que se encontrase regulada. Además, tampoco se requiere de un elemento trascendental, como por ejemplo el ánimo de lucro[50], pues el hecho de aceptar ya conlleva a la afectación al bien jurídico[51].

VIII. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Solo será autor el funcionario o servidor público en el ámbito de sus funciones (*intraneus*), los terceros (*extraneus*) podrán ser cómplices o instigadores, ello con base en la teoría de la unidad del título de imputación, por más que el particular sea un funcionario o tenga el dominio del hecho en la comisión del delito de cohecho pasivo propio, puesto que no pesa sobre él el deber especial que emana de la posición social que ocupa el funcionario a cargo del acto civil, administrativo, judicial o político, sino que la colaboración del particular está dirigida al quebrantamiento del deber del funcionario, que determina la comisión del delito de cohecho pasivo propio (una adhesión inequívoca al injusto típico del funcionario público), que a la larga es la defraudación de expectativas normativas básicas para el desarrollo social.

---

(49) Acepta la posibilidad de un dolo eventual BLANCO CORDERO (2015: 289). En el Perú, comparte esta posición ROJAS VARGAS, al señalar que: «Es suficiente el dolo eventual en las conductas estrictamente pasivas (modalidad de recibir o aceptar)» (1999: 352). En sentido contrario, ABANTO VÁSQUEZ (2003: 445), quien considera que solo es factible su configuración en dolo directo. En el mismo sentido, ALONSO PÉREZ (2000: 239). Excluye el dolo eventual, MESTRE DELGADO (2015: 748).

(50) POLAINO NAVARRETE considera que sí se requiere del ánimo de lucro, encasillando el delito de cohecho pasivo propio como un delito intencional (2011: 324). Comparte esta idea SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO (2011: 832).

(51) Señala BACIGALUPO, que el delito de cohecho no requiere de algún elemento subjetivo adicional, a diferencia del hurto, señalando que: «En el delito de hurto, por ejemplo, el apoderamiento voluntario de la cosa mueble ajena todavía no releva el carácter criminal de la acción porque el autor puede haber perseguido una finalidad que elimine el merecimiento de pena (p. ej., el hurto de uso). En el cohecho, por el contrario, la acción voluntaria ya es merecedora de pena y el tipo subjetivo no tiene, por lo tanto, que exigir ninguna finalidad adicional» (2009: 1356).

Por lo tanto, solo pueden ser autores del delito en estudio los funcionarios que posean tal status y que además tenga, por razón de su cargo, que participar en el acto funcional[52]. Por ello, por más que un tercero posea el «domino del hecho» (p. ej. un ministro o alcalde), pero carezca de los elementos exigidos por el tipo penal, es decir no sea considerado propiamente funcionario que tenga dentro de su ámbito de competencia el acto administrativo, tendrá que ser sancionado a lo más como partícipe del delito, lo cual no impide que pueda ser sancionado con la misma pena (*quantum*) que el autor, conforme a los artículos 24 y 25 del CP, ello con base en la unidad del título de imputación (comunicabilidad de los elementos del tipo), perspectiva que es unánime doctrinariamente a nivel nacional e internacional[53]. Cabe resaltar que para nuestro caso, el particular que ofrezca un beneficio al funcionario, producto del cual el funcionario acepta, será sancionado por el delito de cohecho activo en calidad de autor. En tanto cómplice, el sujeto que intermedia entre el funcionario y el particular[54], así por ejemplo, cuando el funcionario encomienda a un tercero a recibir la dádiva ofrecida por el particular, quien efectivamente lo recepciona.

En los supuestos del cohecho para beneficio de tercero, este sujeto en tanto no haya participado de la configuración del injusto, y se haya limitado a recibir el beneficio, no podría ser cómplice del delito de cohecho pasivo

---

(52) Así, lo decisivo no es solo la calidad de funcionario, sino el deber —por razón de su cargo— que se deriva de la posición especial que ocupa en la Administración Pública. En este sentido, SUÁREZ GONZÁLEZ (2001: 151), al señalar: «[...] lo determinante para la autoría no es «la condición formal de funcionario», ya que si así fuera, cualquier delito cometido por quien ostenta dicha condición habría que considerarlo delito de funcionarios. Lo relevante es el deber específico de tener encomendado un cometido concreto».

(53) De la posibilidad de sancionar a terceros como partícipes en delitos de infracción de deber a través de la teoría de la unidad del título de imputación, tenemos en el Perú al Fiscal Supremo GÁLVEZ VILLEGAS (2017: 150 y ss.). Igualmente, en España a ALONSO PÉREZ (2000: 239). Admite la posibilidad de participación (cómplice o instigador) en el delito de cohecho ORTS BERENGUER (2016: 662). MESTRE DELGADO (2015: 749). Hace referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo español 474/2012, del 6 de junio de 2012, VIZUETA FERNÁNDEZ (2016: 699). MUÑOZ CONDE (2013: 935). En Chile, señala que esta posición es mayoritaria OSSANDÓN WIDOW y RODRÍGUEZ COLLAO (2008: 129), aunque no comparte dicha postura. Asume esta posición en Colombia, CASTRO CUENCA (2017: 164).

(54) Así también lo considera CUGAT MAURI (2016: 416). POLAINO NAVARRETE (2011: 323). De la misma opinión es BLANCO CORDERO (2015: 290).

propio; en su caso podríamos hablar del delito de lavado de activos cuando tenga conocimiento del origen ilícito[55].

Blanco Cordero admite la posibilidad de la coautoría, cuando son varios funcionarios los que conjuntamente solicitan o reciben las dádivas, así señala el siguiente ejemplo: «Puede ocurrir ello, por ejemplo, en el marco de un órgano colegiado, siendo responsables exclusivamente quienes votan a favor del acto contrario a los deberes del cargo, habiendo recibido o aceptado promesa o dádiva»[56]. Al respecto, consideramos que a nivel de los órganos colegiados, el sentido de la comisión de un hecho ilícito debe partir de la comprensión de la decisión como significado único que toma el colegiado, donde la responsabilidad sobre la decisión se comparte entre todos sus integrantes, por lo que sus obligaciones (ámbitos de competencia) se encuentran conectados. Por ende, si uno de los funcionarios del órgano colegiado puede apreciar que el marco de la decisión que viene tomando se encuentra direccionado, producto de la aceptación de una promesa de dádiva de los otros funcionarios con el particular, y a pesar de ello vota a favor o en blanco, de tal forma que permite el direccionamiento de la actividad, será responsable del delito de cohecho pasivo propio, debido a que su conducta se encuentra enmarcada a favorecer la aceptación[57].

IX. FORMAS DE EJECUCIÓN

En el delito materia de análisis, específicamente en el acto de «aceptar» una promesa de entrega de bienes futuros, nos encontramos ante un delito de mera actividad[58], por lo que se consumará con el simple hecho de asentir, considerando algunos autores la imposibilidad de la tentativa[59]. No obs-

---

(55) De la misma posición CUGAT MAURI (2016: 415). Igualmente, BLANCO CORDERO (2015: 289). ORTIZ DE URBINA GIMENO (2015: 367).

(56) BLANCO CORDERO (2015: 289).

(57) Comparte la coautoría en órganos colegiados, pero relacionado a las decisiones de un Tribunal conformada por magistrados, al señalar que la vulneración en común de un deber especial nacido de la posición de garante que conjuntamente los miembros de un Tribunal, *vid.* RAMOS TAPIA (2000: 445).

(58) En igual sentido ABANTO VÁSQUEZ (2003: 463). POLAINO NAVARRETE (2011: 323).

(59) Vid. ALONSO PÉREZ (2000: 239). MESTRE DELGADO (2015: 749). De igual modo, MUÑOZ CONDE (2013:935). Posición asumida en Colombia por TIRADO ÁLVAREZ (2011: 272).

tante, el Tribunal Supremo español ha sostenido que en determinados casos del delito de cohecho, específicamente en el elemento *solicitud*, es factible la tentativa en el delito de cohecho: «[...] que aunque la formas imperfectas del delito de cohecho no se suelen dar, la tentativa es posible que se de en un caso como el presente en el que la solicitud de la dádiva se canaliza a través de un intermediario y que finalmente no se la hace llegar a los destinatarios de la solicitud»[60]. En lo particular, consideramos que sí es factible la tentativa en determinados supuestos del verbo «aceptar»; verbigracia, cuando el funcionario y el particular se encuentran en tratativas, a propuesta de este último, y son descubiertos, en dicho momento el funcionario no comete el delito de cohecho pasivo propio en grado de consumación, pero sí de tentativa, pues no hubo una aceptación final en sentido estricto, en virtud de que estaba a la espera de una mejor oferta; pudiendo apreciar el sentido lesivo para el bien jurídico penalmente protegido. Para los casos de intermediarios en el supuesto «aceptar», desde el mismo momento que el mensaje de promesa de dádiva del particular es transmitido al funcionario, y este acepta, ya se configuraría el ilícito, sin requerir que dicha aceptación sea recepcionada por el particular. En tanto que por más que el mensaje es transmitido al funcionario, y este no emite una respuesta (tácita o directa), no podríamos hablar de tentativa.

De otro lado, no se requiere que el funcionario realice la infracción del deber (acción u omisión) que se comprometió con el particular, ni el cumplimento del pago, si dichos actos se realizan, nos encontraríamos en la fase de agotamiento del delito de cohecho pasivo propio[61]. En tal sentido, nos encontramos ante un *delito mutilado en dos actos*, pues no se requiere de la infracción del deber del funcionario, es decir que el funcionario omita o realice la conducta contraria a sus deberes[62]. Algunos autores, a su vez, consideran que también nos encontramos en un *delito de resultado cortado*, pues no se re-

---

(60) Sentencia del Tribunal Supremo en lo Penal N.° 978/2006-Madrid, de fecha 20 de febrero de 2006, N.° de Resolución 208/2006. Comparte este parecer DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO (1997: 163).

(61) Así, la Corte Suprema de Justicia del Perú ha señalado en su Ejecutoría Suprema, Recurso de Nulidad N.° 14-2001-Lima, que no es necesario el cumplimiento del pago, la promesa, ni el acto indebido. Ejecutoria citada por URQUIZO OLAECHEA (2010: 1090).

(62) Menciona esta característica CUGAT MAURI (2016: 414). También BLANCO CORDERO (2015: 286).

quiere de la aceptación de la otra parte, *pactum sceleris*[63]; sin embargo, para nuestro caso, el elemento *aceptación*, la aprobación del funcionario —ante el ofrecimiento del particular— resulta necesaria para la consumación del hecho delictivo, lo que si no se requiere es la recepción de la aceptación por parte del particular, conforme a lo indicado en el párrafo precedente.

X. PENA

La consecuencia jurídica para este delito es la pena privativa de la libertad de no menor de cinco ni mayor de ocho años, además de la inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del CP, es decir: 1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular, y 2. Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público. Igualmente, se le impondrá una pena de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

XI. CONCURSO

Como se indicó, algunos autores consideran que en caso el funcionario, desde el inicio, haya estado determinado a no cometer el acto requerido (la infracción de su deber), nos encontraríamos en una estafa[64], lo cual como se señaló *ut supra* no lo compartimos pues el acto requerido (el incumplimiento de sus obligaciones) no se encuentra amparada por el ordenamiento jurídico (un contrato ilícito), por lo que no podríamos hablar de estafa, sino de una responsabilidad que queda en el ámbito de competencia de la víctima. Lo que posiblemente podría darse es el delito de usurpación de funciones[65] o abuso de autoridad, no olvidemos que el delito de abuso de autoridad es un delito residual, pues en caso no se configuren los delitos específicos contra la Administración pública (peculado, colusión, cohecho, etc.), podremos recurrir al mismo. Asimismo, podría existir un concurso con el delito de prevaricato, en caso el funcionario recibiera una dádiva para emitir una resolución judicial arbitraria[66].

---

(63) *Vid.* CUGAT MAURI (2016:414). También, CARDONA TORRES (2010: 502).

(64) Así, ABANTO VÁSQUEZ (2003: 465). Igualmente, CUGAT MAURI (2016: 417). También, BLANCO CORDERO (2015: 286).

(65) *Vid.* ORTS BERENGUER (2016:660).

(66) De este parecer SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO (2011: 833).

XII. CONCLUSIÓN

Como se ha podido apreciar del desarrollo del presente trabajo, el acuerdo plenario aporta una serie de pautas que colaboran a una adecuada interpretación de los elementos del delito de cohecho pasivo propio. Empero, la comprensión del elemento «aceptar» como recepción de una ventaja inmediata, no corresponde con la actual interpretación del citado elemento, debido a que ya el legislador ha incorporado la recepción de la ventaja, para diferenciarla de la aceptación, que consiste en la aprobación de una promesa de dádiva o beneficio. Por otra parte, hemos asumido la posición de que el valor del beneficio no es determinante para la comisión del delito de cohecho pasivo propio, sino la capacidad objetiva para corromper. Igualmente, es posible la complicidad en el delito de cohecho, lo cual es asumido mayoritariamente en nuestro país, como a nivel comparado. De igual forma, cabe la tentativa en el delito de cohecho pasivo propio para determinados supuestos. Finalmente, consideramos conveniente la emisión de acuerdos plenarios como el analizado, pues permiten a los órganos de justicia contar con mayores herramientas para una adecuado desarrollo de sus labores jurisdiccionales, más aún cuando a la fecha los delitos contra la Administración pública resultan de notorio interés para la ciudadanía.

XIII. BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2.ª ed. Lima: Ed. Palestra Ed., 2003.

ALONSO PÉREZ, F. *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código penal*. Madrid: Dykinson, 2000.

BACIGALUPO, E. *Teoría y práctica del Derecho penal*. T. II. Madrid: Marcial Pons, 2009.

BALMACEDA HOYOS, G. *Manual de Derecho penal parte especial*. Santiago: Librotecnia, 2014.

BLANCO CORDEO, I. Del Cohecho. En *Comentarios prácticos al Código penal*. GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.). Navarra: Aranzadi, 2015.

CARDONA TORRES, J. *Derecho penal parte especial*. Barcelona: Bosch, 2010.

CARO JOHN, J. A. Imputación subjetiva y conocimientos especiales. En *Normativismo e imputación jurídico-penal*. Lima: Ara ed, 2010.

CASTRO CUENCA, C. G. *La corrupción pública y privada: causas, efectos y mecanismos para combatirla*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2017.

CUGAT MAURI, M. Delito contra la Administración Pública. En *Compendio de la parte especial del Derecho penal*. QUINTO OLIVARES, G. y AA. VV. Navarra: Aranzadi, 2016.

DE LA MATA BARRANCO, N. J. El bien jurídico protegido en el delito de cohecho. La necesidad de definir el interés merecedor y necesitado de tutela en cada una de las conductas típicas encuadradas en lo que se conoce, demasiado genéricamente, como ámbito de la corrupción. *Revista de Derecho penal y criminología*, 2.ª Época, N.° 17, 2006.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. El delito de cohecho. En *Delitos contra la Administración Pública*. ASUA BATARRITA, A. y AA. VV. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1997.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Derecho penal español. Parte general en esquemas*. 2.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

HUAMÁN CASTELLARES, D. O. *Los delitos de corrupción de funcionarios en la jurisprudencia nacional y en los acuerdos plenarios*. Lima: Ara Editores, 2014.

IBERICO CASTAÑEDA, F. (2011). La constitución en actor civil como parte en el código procesal penal del 2004: requisitos, forma y oportunidad. *Revista Gaceta penal y procesal penal*. Lima: Gaceta Jurídica, 2011.

INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ (IDEHPUCP). *Compendio jurisprudencial sistematizado: Prevención de la corrupción y justicia penal*. Lima: PUCP, 2014.

JAKOBS, G. *El derecho penal como disciplina científica*. Navarra: Thomson-Civitas, 2008.

MARTÍNEZ HUAMÁN, R. E. El bien jurídico penalmente protegido en el delito de colusión. *Revista de Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.° 79. Lima: Gaceta Jurídica, 2016.

MESTRE DELGADO, E. Delitos contra la Administración Pública. *En Delitos. La parte especial del Derecho penal*. LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.). Madrid: Colex, 2015.

MONTOYA VIVANCO, Y. *Manual sobre los delitos contra la Administración Pública*. Lima: IDEHPUCP, 2015.

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal parte especial*. 19.ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

OLAIZOLA NOGALES, I. *El delito de cohecho*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. Delitos contra la Administración Pública. En *Lecciones de Derecho penal parte especial*. SILVA SÁNCHEZ, J. (Dir.). Barcelona: Atelier, 2015.

ORTS BERENGUER, E. Delitos contra la Administración Pública II. En *Derecho penal parte especial*. 5.ª ed. GONZÁLES CUSSAC, J. L. (Coord.). Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.

OSSANDÓN WIDOW, M. M. y RODRÍGUEZ COLLAO, L. *Delitos contra la función pública*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2008.

POLAINO NAVARRETE, M. Cohecho, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos. En Lecciones de Derecho penal parte especial. POLAINO NAVARRETE, M. (Dir.). Madrid: Ed. Tecnos, 2011.

PRECIADO DOMÈNECH, C. H. *La corrupción pública en la reforma del Código penal de 2015*. Navarra: Civitas & Thomson Reuters, 2015.

RAMOS TAPIA, M. I. *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. *Delitos contra la Administración Pública en el Código penal*. Lima: Jurista editores, 2017.

ROJAS VARGAS, F. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley, 1999.

SAN MARTÍN CASTRO, C. *Derecho Procesal Penal*. 2.ª ed. Lima: Editorial Grijley, 2003.

SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A. *Derecho penal parte especial*. 16.ª ed. Madrid: Dykinson, 2011.

SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J. *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal*. SILVA SÁNCHEZ, J. & SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J. Lima: Grijley, 2001.

TIRADO ÁLVAREZ, M. Cohecho. En *Manual de Derecho penal parte especial*. T. II. CASTRO CUENCA, C. (Coord.). Bogotá: Temis, 2011.

URQUIZO OLAECHEA, J. *Código penal*. Tomo I. Lima: Idemsa, 2010.

VIZUETA FERNÁNDEZ, J. Delitos contra la Administración Pública II. En *Derecho penal parte especial*. ROMEO CASABONA, C. M., SOLA RECHE, E. y BOLDOVA PASAMAR, M. A. (Coords.). Granada: Ed. Comares, 2016.

ZÁRATE CONDE, A. Cohecho, tráfico de influencias y malversación. En *Derecho penal parte especial*. ZÁRATE CONDE, A. (Coord.). Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2017.

EL ELEMENTO NORMATIVO «INTERÉS INDEBIDO» Y LA «FINALIDAD INDEBIDA» EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

Comentarios a la Cas. N.° 231-2017/Puno(*)

Aldo Calcina Hancco(**)

SUMARIO: I. Preliminar. **II.** Hechos que motivaron la Cas. N.° 231-2017/Puno. **III.** Generalidades del delito de aprovechamiento indebido de cargo. **IV.** Análisis de la ley especial en el caso en concreto LCE (D. Leg. N.° 1017) y RLCE (D. S. N.° 184-2008-EF) 4.1. Competencia y límites del Comité Especial. 4.2. La cuantía en el Proceso de Exoneración. 4.3. Requisitos adicionales en el Proceso de Selección. **V.** Distinción del injusto administrativo y el injusto penal en el delito de aprovechamiento indebido de cargo. 5.1. Teoría cuantitativa. 5.2. Teoría cualitativa. 5.3. Toma de postura de la Cas. N.° 231-2017/Puno. 5.4. Postura personal. **VI.** El objeto de protección del delito aprovechamiento indebido de cargo. VII. Naturaleza del delito de aprovechamiento indebido de cargo. 7.1. ¿El delito de aprovechamiento indebido de cargo es de peligro concreto? 7.2. ¿El delito de aprovechamiento indebido de cargo es de peligro abstracto? 7.3. ¿Es necesario acreditar la magnitud del daño eminente para la Administración pública? **VIII.** El «interés indebido» como elemento normativo del tipo. **IX.** La «finalidad indebida» como elemento subjetivo de trascendencia interna adicional al dolo. **X.** Conclusiones. **XI.** Bibliografía.

JURISPRUDENCIA:

Casación N.° 231-2017/Puno

(*) Estoy en particular deuda con el Prof. Dr. José Antonio Caro John. Fue a partir de una conversación con él en Puno que comenzó mi interés de comentar el presente artículo, el mismo que formó parte del escrito del recurso de casación extraordinario (Cas. N.° 231-2017/Puno), y que fue sustentado por el Prof. Dr. José Antonio Caro John. Todos los errores son, por cierto, exclusivamente míos.

(**) Investigador de derecho penal. Correo electrónico: aldocalcinahancco@gmail.com. Número de celular 953488671.

RESUMEN

En el presente trabajo, analizaremos al delito de aprovechamiento indebido de cargo previsto en el artículo 399 del CP, a partir de una interpretación normativa valorativa sobre la teoría de la infracción del deber como fundamento del injusto penal. El análisis parte de los hechos que generaron la Cas. N.° 231-2017/Puno, a efectos de determinar la distinción de un injusto administrativo y un injusto penal. Además, asumimos la postura que este ilícito tiene la naturaleza de un delito de peligro concreto y, como tal, exige al principio de lesividad, y su configuración está condicionada a la creación de un riesgo real. Por lo tanto, el «interés indebido» es el elemento normativo que debe valorarse a partir de la redacción fáctica del objeto de proceso; además, este elemento debe entenderse normativamente, así como la «finalidad indebida», siendo el elemento subjetivo de trascendencia interna adicional al dolo (atribución del conocimiento normativo). Ambos elementos sintetizan la tipicidad de este ilícito, motivo por el cual su probanza está obligado más allá de toda duda razonable.

PALABRAS CLAVE

Aprovechamiento indebido de cargo; elementos normativos; interés indebido; finalidad indebida; injusto penal; injusto administrativo; peligro concreto; peligro abstracto; daño eminente; principio de lesividad.

I. PRELIMINAR

Con fecha 14 de setiembre del 2017, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia emitió la Sentencia Casatoria N.° 231-2017/Puno, mediante la cual se estableció un criterio de vital importancia en la *distinción* y el *límite* entre el injusto administrativo y el injusto penal en el delito aprovechamiento indebido de cargo previsto en el artículo 399 del Código Penal (en delante CP). El caso que motivó el origen de esta casación en análisis tuvo sustento fáctico en el Exp. N.° 00229-2016-11-2111-SP-PE-01 de la Corte Superior de Justicia Puno, en la tesis del Ministerio Público, asumida por el Juzgado Mixto Unipersonal de Ayaviri y confirmada por la Sala Penal de Apelaciones de San Román-Juliaca. A mi criterio, el *A quo* y el *Ad quem*, distorsionaron al interpretar al delito de negociación incompatible al razonar de la siguiente forma «solo basta que el funcionario público se interese indebidamente en los actos de administración, pese a que no logre ser parte del contrato u operación para que este se entienda consumado. Interesarse indebidamente conlleva a la gestión de actos que no corresponden con el rol de un funcionario público», [argumento extraído de la Sentencia del A quo en su sentencia de fecha 11 de julio del 2016 (Res. N.° 08-2016) y confirmado por el *Ad quem*, sentencia de vista de fecha 26 de octubre del 2016 (Res. N.° 15-2016)].

El presente trabajo materia de análisis de la presente sentencia casatoria en comento abordara cinco temas centrales como **a)** ¿Cuál es el límite y distinción de un injusto administrativo y un injusto penal?; **b)** ¿El delito de negociación incompatibles es un delito de peligro concreto o abstracto?; **c)** ¿Es necesario acreditar la magnitud del daño eminente para la Administración pública (exige "resultado")?; **d)** ¿El «interés indebido» es un elemento normativo?; **e)** ¿La «finalidad indebida» es un elemento subjetivo de trascendencia interna adicional al dolo? Pues, estas interrogantes a modo de premisas se han vuelto todo un problema constante de interpretación y aplicación respecto al delito de aprovechamiento indebido de cargo, en gran parte de los casos que se vienen ventilando en los Juzgados Especializados de Corrupción de Funcionarios.

En el presente trabajo, analizaremos estos tópicos antes indicados partiendo desde una interpretación normativa valorativa sobre la teoría de la infracción del deber como fundamento del injusto penal. También, adelantamos que asumiremos la postura que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro concreto y no de peligro abstracto. En consecuencia, de acuerdo con el principio de lesividad, su configuración está condicionada a la creación de un riesgo (resultado), y que dicho resultado debe de estar probado más allá de toda duda razonable. Por lo tanto, el interés «indebido» es un elemento normativo que debe valorarse a partir de la redacción fáctica del objeto del proceso, la que, además, debe entenderse normativamente en el derecho penal. Además, la «finalidad indebida» como elemento subjetivo de trascendencia interna adicional al dolo constituye como un elemento subjetivo que también debe de estar probado en la *imputación subjetiva* (como criterio de atribución de conocimiento normativo), la misma que implica después de haber verificado metodológicamente[1] la imputación objetiva cabe valorar la imputación subjetiva.

En consecuencia, el solo quebrantamiento del «deber institucional» o el incumplimiento o desobediencia a una normativa que regula las contrataciones con el Estado no constituiría delito, por lo que este ilícito debe ser interpretado *restrictivamente*, conforme a los principios de lesividad, *ultima ratio* (subsidiariedad y fragmentariedad) y, respectivamente, probando el dolo y el elemento trascendental adicional para tener por acreditada la conducta

---

(1) CARO JOHN, José Antonio. *La normativización del tipo subjetivo como imputación de conocimiento a título de dolo*. En Derecho penal & procesal penal. *Delitos de crimen organizado y cuestiones actuales*. En CALCINA HANCCO, Aldo/YANQUI MACHACA, Rubén (Coords.). Lima: Editorial Grijley, 2014, pp. 170-171.

típica. En concreto, el resultado se debe materializar y debe existir para ser probado y tener por consumada la infracción. Por ello, la Cas. N.° 231-2017/ Puno indica que «no corresponde sancionar cualquier tipo de acciones que signifiquen el incumplimiento de alguna normativa de carácter administrativo, sino que serán típicas aquellas conductas que por su magnitud supongan un daño inminente para la Administración pública».

II. HECHOS QUE MOTIVARON LA CAS. N.° 231-2017/PUNO

El Ministerio Público atribuyó en su requerimiento de acusación el delito de *aprovechamiento indebido de cargo*, el mismo que —terminada la etapa de actividad probatoria en juicio oral— el juez del Juzgado Mixto Unipersonal de Ayaviri sentenció condenando al exalcalde la provincia Melgar a 5 años, 4 meses y 1 día de pena privativa de libertad y a los 3 procesados miembros del Comité Especial del Proceso Exonerado N.° 001-2010-MPMP-A a 4 años, 4 meses y un día de pena privativa de libertad efectiva y, mediante Sentencia de Vista la Sala Penal de Apelaciones de la Sede San Román (Juliaca), confirmó dicha condena en todos sus extremos. El objeto del proceso radicó en la siguiente imputación fáctica, la misma que resume los hechos materia de análisis:

> Se atribuye a Bernardo Natividad Meza Álvarez haberse interesado directa e indebidamente en violación del principio de imparcialidad, en el proceso de exoneración N.° 001-2010 MPA, en su condición de alcalde y presidente del Concejo Municipal de la provincia de Melgar que presidía del 2007 al 2010 por haber emitido la Resolución de alcaldía de 6 de diciembre de 2010, aprobando el proceso exonerado y autorizar a la unidad de abastecimiento la preparación del expediente de contratación mediante un comité especial, para la adquisición de la semilla de alfalfa, dactylis e inoculante para los proyectos de fortalecimiento de la asistencia técnica de productores agropecuarios del distrito de Ayaviri, provincia de Melgar e instalación de pastos cultivados y forrajes en las comunidades, pese a que no procedía la exoneración por desabastecimiento.
>
> Se imputó a los investigados Helard Huamán Mamani, José Haytara Carreón y José Domingo Choquehuanca Soto, exmiembros del comité especial, haberse interesado directa e indebidamente, en violación al principio de imparcialidad en el proceso exonerado

N.° 001-2010-MPM-A en provecho de la Empresa Alabama S.A. al haber suscrito el acta de apertura de sobre-proceso de exoneración N.° 001-2010-MPM-A (primera convocatoria) de 14 de diciembre de 2010, otorgándole la buena pro para la adquisición de semillas de alfalfa, dáctilys e inoculante para los proyectos antes referidos, vía proceso de exoneración, pese a que de acuerdo con el informe técnico 185-2010-DDAE-MPM, anteriormente, se convocó el proceso de adquisición hasta en cuatro oportunidades; hecho que desvanece la ocurrencia de una situación extraordinaria e imprevisible que exige el primer párrafo del artículo 22 de la Ley de Contrataciones del Estado para considerar desabastecimiento y el primer párrafo del artículo 129 del Reglamento del D. Leg. N.° 1017[2].

III. GENERALIDADES DEL DELITO DE APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE CARGO

El tipo penal de negociación incompatible, tipificado en el artículo 399 del CP (mal llamado *negociación incompatible*), denominado de mejor manera como «interés indebido en el marco de las contrataciones públicas o aprovechamiento indebido de cargo», se encuentra situado en la sección IV del CP dentro de la familia de los «delitos de corrupción de funcionarios»; por lo que se constituye en una modalidad de corrupción[3], a efectos de interpretar la norma de manera teleológica, sanciona este ilícito en el supuesto según el cual un determinado funcionario o servidor público de forma directa, indirecta o simulada se *interesa*, en provecho propio o de tercero, ya sea por contrato u operación, en él que interviene en razón de su cargo.

Este tipo penal, a diferencia del delito de colusión (art. 384 del CP), no exige concertación; es decir, no se requiere *bilateralidad*, por lo que este ilícito no es un *delito de encuentro* o *participación necesaria*, ni es necesario la existencia de un perjuicio[4]. El delito de aprovechamiento indebido de cargo es un delito de corrupción pública aplicable subsidiariamente, que sanciona el hecho

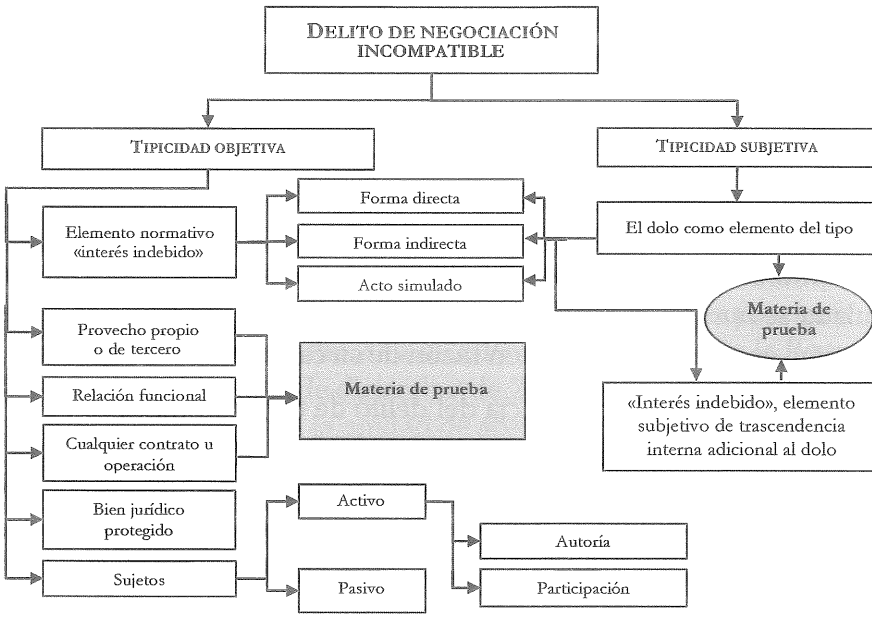
---

(2) Conforme se desprende de la Casación N.° 231-2017/Puno. En su considerando segundo de los aspectos generales, punto de la imputación fáctica.

(3) Cas. N.° 231-2017/Puno, fundamento décimo.

(4) Cas. N.° 23-2016/Ica, de fecha 16 de mayo del 2017, fundamento 4. 35. Sala Penal Permanente.

de que un funcionario o servidor público priorice intereses infuncionales[5]. Este delito es aplicable cuando no se pueda probar el elemento normativo *concertación* en el delito de colusión, con este argumento no se está negando su cárter autónomo de este delito, ya que cada ilícito es autónomo en el CP y tiene sus propias características y elementos normativos. Entonces, este ilícito solo sanciona la infracción del deber especial positivo que tiene el deber de cumplir todo funcionario o servidor público en el marco de las contrataciones o las operaciones con el Estado en las que participa; dichos deberes funcionales se encuentran previstos en normas extrapenales (leyes, reglamentos, estatutos, manuales de organización, directivas). Solo se valorará como un injusto el accionar del funcionario o servidor cuando se *interese indebidamente*, el mismo que responde a criterios distintos a los que inspiran la correcta Administración pública, porque se desvalora un injusto funcionarial. El elemento normativo de *interés indebido* no necesariamente tiene que estar enmarcado a un interés económico[6], como ya veremos más adelante.



(5) ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. 4.ª ed. Lima: Grijley, 2007, p. 824.

(6) SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley, 2009, p. 532. Él indica: «que el interés siempre es económico».

IV. ANÁLISIS DE LA LEY ESPECIAL EN EL CASO EN CONCRETO LCE (D. LEG. N.° 1017)[7] Y RLCE (D. S. N.° 184-2008-EF)[8]

4.1. Competencia y límites del Comité Especial

La sentencia de vista del *Ad quem,* siguiendo la Sentencia de primera instancia del *A quo,* del punto quinto, hechos imputados y cargos atribuidos, indica: «[...] como consecuencia de que el Comité Especial, al margen y sin consentimiento del área usuaria, incluyeron requisitos técnicos adicionales de los insumos, no siendo facultad ni competencia del comité especial». Pese a que el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en su artículo 31 (en adelante, RLCE), estableció que el Comité Especial es responsable de elaborar las bases, así como modificar las bases al absolver las consultas y observaciones de los postores en el proceso de selección. Del mismo modo, las bases estándar u originales pueden ser objeto de observaciones y/o consultas por parte de los postores que se presentan a un proceso de selección, y el Comité Especial es el responsable de absolverlas[9]. Posterior a esta fase, se tiene las bases integradas (como se ha desarrollado en el presente caso), reguladas en el numeral 2 del RLCE del Anexo de definiciones[10].

---

(7) Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N.° 1017, vigente desde el 1 de febrero de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2015.

(8) Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N.° 184-2008-EF, vigente desde el 1 de febrero de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2015.

(9) «[...] El Comité Especial es competente para: 1. Consultar los alcances de la información proporcionada en el Expediente de Contratación y sugerir, de ser el caso, las modificaciones que considere pertinentes. Cualquier modificación requerirá contar previamente con la conformidad del área usuaria y/o del órgano encargado de las contrataciones, según corresponda. La modificación requerirá una nueva aprobación del expediente de Contratación; 2. Elaborar las bases; 3. Convocar el proceso; 4. Absolver las consultas y observaciones; 5. Integrar las bases; 6. Evaluar las propuestas; 7. Adjudicar la Buena Pro; 8. Declarar desierto, y 9. Todo acto necesario para el desarrollo del proceso de selección hasta el consentimiento de la Buena Pro».

(10) «Son las reglas definitivas del proceso de selección cuyo texto contempla todas las aclaraciones y/o precisiones producto de la absolución de consultas, así como todas las modificaciones y/o correcciones derivadas de la absolución de observaciones y/o del pronunciamiento del Titular de la Entidad o del OSCE, o cuyo texto coincide con el de las bases originales en caso de no haberse presentado consultas y/u observaciones».

A modo de conclusión entonces, las bases originales pueden ser aclaradas, corregidas y/o modificadas, —siendo las bases integradas las reglas finales y definitivas—, imposibilitando cualquier cuestionamiento (art. 59 del RLCE)[11]. La actuación del Comité Especial estuvo ceñida conforme al RLCE con base en sus atribuciones, y la conclusión que arribó el *A quo* fue errónea por haber malinterpretando la norma extrapenal (normas complementarias), pese a ello el *Ad quem* confirmó.

4.2. La cuantía en el proceso de exoneración

El *A quo* en su Sentencia arribó en el punto 21, en los hechos imputados y cargos atribuidos, lo siguiente: «[...] Se imputa a los investigados [...], ex miembros del Comité Especial del Proceso Exonerado N.° 001-2010-MPMP-A, de haber conducido el referido proceso con irregularidades concretas, al haber llevado adelante el proceso de manera ilegal; pues por su cuantía al referido proceso no le correspondía exoneración y de esta manera beneficio a la empresa Alabama S. A.». La misma que fue confirmada por el *Ad quem*, en su considerando tercero, punto 3.3. «[...] el Proceso Exonerado superaba la cuantía máxima establecida por el Decreto de Urgencia N.° 078-2009, [...] su valor referencial no sea mayor a S/. 550 000 [...]; sin embargo, en el caso de la materia de autos [...] se efectuó el Proceso Exonerado, otorgándose la buena pro a la Empresa Alabama S. A. por un monto de [...] (1 507 551.00), contraviniéndose con ello la Ley de Contrataciones [...]».

La Ley de Contrataciones con el Estado (en adelante, LCE), en su artículo 20, indica que están exonerados los procesos de selección de contrataciones ante una situación de *desabastecimiento*[12], y es definido por artículo 129 del RLCE, la situación del *desabastecimiento* y su configuración cuando exista ausencia inminente de un determinado bien o servicio para

---

(11) «Una vez absueltas todas las consultas y/u observaciones, o si las mismas no se han presentado, las bases quedarán integradas como reglas definitivas y no podrán ser cuestionadas en ninguna otra vía ni modificadas por autoridad administrativa alguna, bajo responsabilidad del titular de la entidad».

(12) «Están exoneradas de los procesos de selección las contrataciones que se realicen: [...]; c) Ante una situación de desabastecimiento debidamente comprobada que afecte o impida a la entidad cumplir con sus actividades u operaciones, debiendo determinarse, de ser el caso, las responsabilidades de los funcionarios o servidores cuya conducta hubiera originado la configuración de esta causal [...]».

atender los requerimientos inmediatos por la entidad[13]. El *proceso de exoneración* se ha realizado conforme a la normatividad vigente al artículo 21 de la LCE, donde se establece su aprobación previa Res. del Titular de la Entidad y Acuerdo del Consejo Municipal[14].

En el presente caso, en mérito a las formalidades del artículo 21 de la LCE y en mérito **a)** Informe Técnico N.° 185-2010-DDAE-MPM[15]; **b)** Opinión Legal N.° 017-2010-MPM-A[16]; **c)** Acuerdo en Sesión Extraordinaria del Consejo Municipal N.° 035-2010[17] y **d)** Res. de Alcaldía N.° 766-2010-MPM-A[18], aprobaron el Proceso de Exoneración por la causal de «desabastecimiento». Esta causal está sustentada con base en los siguientes documentos: **a)** Informe N.° 12-2010/MPM/DDAE-PFA-TPADA/MPFMIPCIDA[19]; **b)** Informe Técnico N.° 185-2010-DDAE-

---

(13) «La situación de desabastecimiento se configura ante la ausencia inminente de determinado bien o servicio, debido a la ocurrencia de una situación extraordinaria e imprevisible, que compromete la continuidad de las funciones, servicios, actividades u operaciones que la entidad tiene a su cargo. La necesidad de los bienes o servicios debe ser actual e imprescindible para atender los requerimientos inmediatos».

(14) «Las contrataciones derivadas de exoneraciones de procesos de selección, se realizarán de manera directa, previa aprobación de:

- Resolución del Titular de la Entidad.
- Acuerdo del directorio del Consejo Regional o del Consejo Municipal, según corresponda en función de los informes técnico y legal, previos que obligatoriamente deberán emitirse».

(15) De fecha 1 de diciembre de 2010.

(16) De fecha 2 de diciembre de 2010.

(17) De fecha 3 de diciembre de 2010.

(18) De fecha 6 de diciembre de 2010.

(19) De fecha 30 noviembre de 2010, informa el Ing. Juan Manuel Luna Figueroa, coordinador técnico del Proyecto Piso Forrajero, informa al director de Desarrollo Agropecuario y Económico, lo siguiente:

- Según el cronograma se debe iniciar la distribución de semillas e insumos a partir del 15 de octubre hasta el 30 de noviembre del 2010.
- La instalación del 15 de noviembre del 2010 al 15 de enero del 2011.
- Sin embargo, no se ha cumplido con el cronograma de actividades programado.

MPM[20]; c) Opinión Legal N.° 017-2010-MPM-A/ALE[21]. Por todo lo relatado, en el «proceso de exoneración» por «desabastecimiento» se ha actuado conforme a la normatividad de la LCE y su RLCE. También, es importante resaltar que el Comité Especial no aprobó el proceso de exoneración por causal de desabastecimiento, siendo más bien los funcionarios de la Municipalidad Provincial de Melgar en Acuerdo en Sesión Extraordinaria del Consejo Municipal.

El proceso de exoneración no tiene un tope económico, como sí los tienen los procesos de selección normales (Licitación Pública, Adjudicación de Menor Cuantía, Concurso Público, Adjudicación Directa, entre otros). En ese sentido, no existe dentro de la normatividad del LCE y ni en su RLCE un tope

---

- Como responsable del componente comunico a usted los constantes reclamos de los beneficiarios seleccionados, quienes incurrieron en gastos como la preparación de terreno y pago de autoevaluó.
- Por lo expuesto, se sugiere que se debe adquirir las semillas a la brevedad posible.

(20) De fecha 1 diciembre del 2010, informa el MVZ, José Haytara Carreón, director de Desarrollo Agropecuario y Económico, informa al Dr. Bernardo Natividad Meza Álvarez, alcalde de la Municipalidad Provincial de Melgar, en sus conclusiones, manifiesta lo siguiente:

- Con base en el análisis de la situación presentada, se observa que pone en riesgo a la ganadería de todas las comunidades y pequeños parceleros del distrito de Ayaviri y provincia por falta de alimentación para la ganadería.
- El gobierno local y la población deberán tomar acciones inmediatas a través de acciones efectivas para disminuir los riesgos sociales que pudiera ocasionar a futuro. Con la finalidad de exonerar el proceso de selección, elevar a sesión de Consejo para la determinación correspondiente.

(21) De fecha 2 diciembre del 2010, opina el abogado César A. Paredes Barriga, asesor legal externo de la municipalidad quien, en la parte final de su escrito, emite la opinión legal siguiente:

- De los antecedentes expuestos y el análisis que antecede, en mi condición de asesor legal externo de la MPM-A. Es mi opinión, primero: Que conforme a los antecedentes descritos y disposiciones contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado D. Leg. N.° 1017, en sus artículos 20 y 22, así como en el artículo 129 del Reglamento D. S. N.° 184-2008-EF.
- Es procedente la exoneración del plazo de convocatoria del proceso de selección.

económico para el proceso de exoneración, siendo así una norma abierta al no haber una descripción con un rango mínimo y rango máximo en la parte económica (ver cuadro comparativo)[22].

Aspectos	Decreto de Urgencia N.° 078-2009	Decreto Legislativo N.° 1017 y su Reglamento
Ámbito de Aplicación Según Ley de Presupuesto 2009 Licitación Pública para Contratación de Bienes >= S/. 369,200 concurso público para contratación de Servicios >= S/. 213,000	**DU 078-2009** se aplica: Contratación de Bienes que corresponden a una Licitación Pública, >= S/. 369 200 <= S/. 550 000. Contratación de Servicios distintos a la consultoría de obras para la elaboración de expediente técnico, que corresponden a un **Concurso Público**, >= S/. 213 000 <= S/. 550 000. Contratación de Servicios de Consultoría de Obras para la elaboración de expediente técnico que corresponden a un Concurso Público >= S/. 213 000. La relación de bienes y servicios debe aprobarse mediante Resolución del Titular de la Entidad o Acuerdo de Directorio, del Consejo Regional o Municipal, según corresponda.	La Ley y su Reglamento se aplican: Contratación de Bienes que corresponden a una Licitación Pública, >= S/. 369 200. Contratación de Servicios que corresponden a un Concurso Público >= S/. 213 000, incluyendo contratación de servicios de consultoría de Obras para la elaboración de expediente técnico.
Vigencia	Hasta el 31 de diciembre de 2010.	Indefinida.
Normativa Aplicable	Las disposiciones de los Decretos de Urgencia N.° 041-2009 y 078-2009 y en todo lo no regulado por estos, se aplicará supletoriamente la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.	La Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.
Plan Anual de Contrataciones	La contratación de bienes y servicios debe incluirse en el Plan Anual.	La contratación de bienes y servicios debe incluirse en el Plan Anual.
Designación del Comité Especial	Dentro de los 2 días hábiles de aprobado el Expediente de Contratación.	No se señala plazo.
Elaboración de bases y elevación para aprobación	Plazo máximo de 8 días hábiles, de acuerdo con el modelo de bases publicadas en los Portales del Estado peruano, del MEF y del OSCE.	No se señala plazo.

Entonces, no existe dentro de la normatividad un tope económico para el proceso de exoneración. Y, por el contrario, se menciona al D. de Urg. N.° 041-2009 equívocamente; el mismo que corresponde a «medidas para agilizar la ejecución de obras públicas y otras acciones». En cambio, para el caso del D. de Urg. N.° 078-2009 y para los procesos de selección normales de la LCE y su RLCE sí se contemplan montos, como lo podemos observar en el cuadro siguiente:

(22) Disponible en http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/2008/com2008precuegenrep.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/BAA47155B342A79E052575FC0061A090/$FILE/CuadroComparativoDU078-2009CONDL1017.pdf.

Tipos de procesos de selección según D. Leg. N.° 1017 y su Reglamento (D. S. N.° 184-2008-EF).	**A)** Licitación Pública **B)** Concurso Público **C)** Adjudicación directa **D)** Adjudicación de menor cuantía.	Sí, se establece monto.
Exoneración de procesos de selección	**No hay normatividad vigente donde se establezca un tope económico.**	
Decreto de Urgencia N.° 078-2009	Sí, se establece monto (S. 550 000 NS).	

4.3. Requisitos adicionales en el proceso de selección

El *A quo* señala en el párrafo último del punto 4.6, de su sentencia «[...] Pero el Comité Especial impuso requisitos técnicos adicionales en las bases, sin consentimiento del área usuaria». Para aclarar el contexto a efectos de valorar los hechos es importante mencionar antes del proceso de exoneración N.° 001-2010-MPM-A. Se realizaron cinco (5) convocatorias a procesos de selección normales; de los cuales tres (3) fueron válidas y dos (2) se declararon nulas. Las mismas que se detallan a continuación:

1. Licitación Pública N.° 002-2010-MPM-A[23]. Declarado DESIERTO, porque ninguno de los postores cumplía con presentar los documentos mínimos exigidos en las bases.
2. AMC N.° 028-2010-MPM-A (Primera Convocatoria)[24]. Declarado NULO por error en la publicación. Porque en el requerimiento de la pureza varietal de la semilla de alfalfa, se publicó 99,98 % en lugar de 99,95 %.
3. AMC N.° 028-2010-MPM-A (Primera Convocatoria)[25]. Declarado NULO DE OFICIO, porque los sobres de propuestas fueron presentados en forma directa al Comité Especial del Proceso de Selección en lugar de presentar por mesa de partes de la municipalidad.
4. AMC N.° 028-2010-MPM-A (Primera Convocatoria)[26]. Declarado DESIERTO, porque ninguno de los postores cumplía con presentar los documentos mínimos exigidos en las bases.

(23) Fecha de convocatoria 28 de mayo de 2010.

(24) Fecha de convocatoria el 9 de julio de 2010.

(25) Fecha de convocatoria el 7 de setiembre de 2010.

(26) Fecha de convocatoria el 28 de setiembre de 2010.

5. AMC N.° 028-2010-MPM-A (Segunda Convocatoria)[27]. Declarado DESIERTO, porque ninguno de los postores cumplía con presentar los documentos mínimos exigidos en las bases. La declaración de DESIERTO, fue en aplicación del artículo 32 de la LCE[28].

Los requisitos y especificaciones técnicas de los bienes (semillas de alfalfa, semillas de dáctilo e inoculante para alfalfa) que se indican en las bases del proceso de exoneración; los mismos que son iguales o similares a las Bases Integradas del Proceso de Licitación Pública N.° 002-2010-MPM-A (proceso de selección inicial de fecha 28 de mayo del 2010). Ver cuadro comparativo de los procesos de selección desarrollados durante el 2010.

CUADRO COMPARATIVO DE REQUISITOS TÉCNICOS DE BIENES EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN 2010(*)

PARA SEMILLA ALFALFA							
Licitación Pública N.° 02-2010-MPM-A BASES INTEGRADAS(**) (28-05-10)		AMC N.° 28-2010-MPM-A (Primera Convocatoria) (28-09-10)		AMC N.° 28-2010-MPM-A (Segunda Convocatoria) (03-11-10)		Exoneración N.° 01-2010-MPM-A (10-12-10)	
Germinación	Pureza	Germinación	Pureza	Germinación	Pureza	Germinación	Pureza
No menor a 95 %	No menor a 99,5 %	No menor a 95 %	No menor a 99,5 %	No menor a 95 %	No menor a 99,5 %	No menor a 95 %	No menor a 99,5 %
PARA SEMILLA DATYLIS (DÁCTILO)							
Germinación	Pureza	Germinación	Pureza	Germinación	Pureza	Germinación	Pureza
no menor a 85 %	no menor a 98 %	no menor a 85 %	no menor a 98 %	no menor a 85 %	no menor a 98 %	no menor a 85 %	no menor a 98 %

(*) Aclaramos que en el presente comparativo solo se consideran los procesos de selección válidos y no los que se declararon nulos de oficio.

(**) Sin embargo, para efectos de clarificar el panorama, puntualizamos que la integración de bases ocurre y se concreta en el proceso de selección de licitación pública N.° 002-2010-MPM-A (proceso de selección inicial de fecha 28 de mayo del 2010).

De lo apreciado, el Comité Especial no incluyó requisitos adicionales durante los procesos de selección desarrollados durante el año 2010 hasta llegar al *proceso de exoneración* N.° 001-2010-MPMP-A[29]. El primer Comité Es-

(27) Fecha de convocatoria el 3 de noviembre de 2010.

(28) «El proceso de selección será declarado desierto cuando no quede válida ninguna oferta». Lo que demuestra, que el procedimiento seguido por el Comité Especial fue en aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

(29) De fecha 10 de diciembre del 2010.

pecial del proceso de selección de Licitación Pública N.° 002-2010-MPM-A[30] estaba conformado por otros profesionales de la Municipalidad Provincial de Melgar (Ayaviri)[31]. El Comité Especial del proceso de exoneración N.° 001-2010-MPMP-A estaba integrado por 3 miembros; de los cuales uno pertenecía al área usuaria de los bienes y servicios u obras materia de la convocatoria; otro, al órgano encargado de las contrataciones de la Entidad. El *A quo* también ha indicado que se ha trasgredido el artículo 41 del RLCE, indicando «cualquier modificación requerirá contar previamente con la conformidad del área usuaria». Sin embrago, sí analizamos el artículo 41 del RLCE señalado por el *A quo*[32]. Ninguno de los incisos del artículo 41 del RLCE tiene que ver con lo señalado por el *A quo*. Precisando en este punto el artículo 41 del RLCE, corresponde a las «modalidades de ejecución contractual».

V. DISTINCIÓN DEL INJUSTO ADMINISTRATIVO Y EL INJUSTO PENAL EN EL DELITO DE APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE CARGO

El injusto penal está reservado para aquellas conductas que tienen relevancia penal, las mismas que obedecen a varios intereses que constituye la infracción de un deber ya sea general negativo tratándose de los delitos de

---

(30) De fecha 28 de mayo del 2010.

(31) Es más, en la integración de bases, participa como responsable del Área Usuaria del Comité Especial el MVZ. Walter Colque Agramonte, como primer miembro titular

(32) «Cuando se trate de bienes u obras, las bases indicarán la modalidad en que se realizará la ejecución del contrato, pudiendo esta ser:

1. Llave en mano: Si el postor debe ofertar en conjunto la construcción, equipamiento y montaje hasta la puesta en servicio de determinada obra, y de ser el caso la elaboración del expediente técnico. En el caso de contratación de bienes el postor oferta, además de estos, su instalación y puesta en funcionamiento.
2. Concurso oferta: Si el postor debe ofertar la elaboración del Expediente Técnico, ejecución de la obra y, de ser el caso, el terreno. Esta modalidad solo podrá aplicarse en la ejecución de obras que se convoquen bajo el sistema a suma alzada y siempre que el valor referencial corresponda a una licitación pública. Para la ejecución de la obra es requisito previo la presentación y aprobación del Expediente Técnico por el íntegro de la obra.

En el caso de obras convocadas bajo las modalidades anteriores, en que deba elaborarse el Expediente Técnico y efectuarse la ejecución de la obra, el postor deberá acreditar su inscripción en el RNP como ejecutor de obras y consultor de obras. En caso de que el postor sea un consorcio, la acreditación de la inscripción en el RNP se efectuará de acuerdo con lo dispuesto en la directiva que el OSCE apruebe para tal efecto».

organización o la infracción de un deber especial positivo para los delitos especiales que constituyen el objeto de protección de la norma. Mientras el injusto administrativo solo obedece a aquellos intereses administrativos, la misma que constituye la mera infracción de una norma administrativa. El injusto administrativo de modo paralelo es un sistema de normas que imponen sanciones no graves a quienes han infringido las normas administrativas. Para distinguir entre un injusto administrativo con un injusto penal existen dos teorías (cuantitativa y cualitativa).

5.1. Teoría cuantitativa

Para la teoría cuantitativa no existe una distinción material de un injusto administrativo y un injusto penal; de ahí que se le conoce como teoría formal, pues la distinción entre estos ilícitos radica en la proposición de la gravedad de la conducta. Es decir, aquellas conductas menos graves serán consideradas como un injusto administrativo, y las conductas más gravosas serán consideradas como injusto penal; ambas sanciones provienen de un mismo *ius puniedi*.

5.2. Teoría cualitativa

Para la teoría cualitativa, es posible distinguir un injusto administrativo de un injusto penal, esa diferencia radica en el bien jurídico que protege cada ámbito ya sea penal o administrativo. La diferencia radica en la tutela de cada ámbito; de ahí que se conoce como la teoría material o sustantiva, por lo que busca ahondar en la raíz del objeto de protección ya sea administrativo o penal.

5.3. Toma de postura de la Cas. N.° 231-2017/Puno

Los integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Suprema indicaron que el Proceso de Exoneración N.° 001-2010-MPA no generó un peligro para el patrimonio del Estado; pues se llegó a satisfacer una necesidad para los pobladores, cuestión que de no haberse dado hubiera ocasionado un perjuicio para el Estado (Cas. N.° 231-2017/Puno: 22-23, FJ 28). Aunque, en la Cas. N.° 231-2017 no indica qué postura han adoptado; sin embargo, implícitamente han asumido la postura de la «tesis cualitativa», por lo que la sola infracción de una norma de carácter administrativa puede importar a la Administración pública en general de *per se*. Ello no es suficiente para ser considerado a la vez una infracción penal. Para que una infracción administrativa tenga carácter penal se necesitará poner en peligro concreto al patrimonio estatal.

La sola infracción de una norma de carácter administrativo por parte de los funcionarios públicos no basta para ser considerados como autores de un injusto penal, sino que esta infracción debe de estar acompañada de un peligro concreto para la Administración pública. El elemento definidor para considerar un hecho que haya infringido una norma administrativa es la gravedad para ser considerado como un injusto penal.

5.4. Postura personal

Mi consideración personal parte desde una postura metodológica y epistemológica(33) que en el *sistema jurídico* —ordenamiento jurídico— solo está representado por un conjunto de derecho y deberes; ergo, en el *sistema jurídico* solo se encuentran deberes y derechos. Entonces, el injusto penal y el injusto administrativo forman parte de un solo sistema jurídico. En ambos injustos, ya sea penal o administrativo, radica en la «infracción de deber» (*general, especial, positivo o negativo*) o de una norma de comportamiento. La diferencia entre un injusto penal y administrativo radica en la fundamentación de la infracción del deber o una norma de comportamiento. Así, se genera un injusto penal cuando se ha quebrantado un deber que cualitativamente el legislador lo ha establecido en el CP mediante un reproche de pena (sancionado con una pena). El deber infringido en el injusto penal es cualitativamente distinto al deber que se encuentra en una norma administrativa (ambos injustos tienen cualidades diferentes a efectos de ser comparado).

El derecho penal se legitima en la protección de derechos y deberes; y, no en los bienes jurídicos ontológicos propiamente definidos en postulados clásicos, de ahí la distinción entre un injusto penal y un injusto administrativo radica en los deberes y derechos infringidos en cada ámbito. Mientras que en el injusto administrativas no importa que actúen de manera imprudente o de manera dolosa; en el injusto penal solo importa las actividades dolosas de manera general y excepcionalmente algunas conductas imprudentes. Otra distinción entre el injusto penal y el injusto administrativo radica en la diferencia cualitativa de que en el injusto administrativo solamente se requiere de la figura denominada imputación objetiva; sin embargo, en el injusto penal se requiere de la configuración de la imputación objetiva y la imputación subjetiva. Sin imputación subjetiva es imposible la configuración un injusto penal y menos la categoría de la culpabilidad.

---

(33) HEGEL. *Principios de la filosofía del derecho*, 1998, § 218.

En el caso concreto en comento, la normativa administrativa (LCE y su RLCE) establece los deberes administrativos y cuál es su proceder, sus funciones y su comportamiento del Comité Especial del proceso de exoneración por desabastecimiento N.° 001-2010-MPMP-A. Se sentenció condenando al alcalde y a los miembros del Comité Especial, porque supuestamente habrían incurrido en tres defectos administrativos (injustos administrativos) i) «*competencia y límites del Comité Especial*», sin consentimiento del área usuaria, hubieran incluido requisitos técnicos adicionales; ii) «*cuantía en el proceso de exoneración*», supuestamente hubieran superado la cuantía máxima S/. 550 000 (*Dec. de Urg. N.° 078-2009*); sin embargo, se efectuó por un monto de 1 507 551 iii) «*requisitos adicionales en el proceso de selección*», el Comité Especial impuso requisitos técnicos adicionales en las bases, sin consentimiento del área usuaria. Sin embargo, como ya se determinó en el punto cuarto del trabajo del análisis de la ley especial en el caso en concreto —LCE (D. Leg. N.° 1017) y RLCE (D. S. N.° 184-2008-EF)— se determinó que en los tres puntos no hubo ninguna infracción administrativa. Entonces, considerar infracciones administrativas a estos tres puntos sería ilógico. Pero a modo de conclusión dejáramos claro la distinción entre un injusto administrativo y un injusto penal, la norma administrativa no exige el comportamiento del Comité Especial con dolo o imprudencia a efectos de que se le imponga una sanción administrativa; en cambio, en el ámbito penal si se exige el comportamiento doloso. He ahí la diferencia cualitativa, si se quiere configurar una conducta como un injusto penal entonces se exige a los funcionarios públicos que conozcan normativamente que están infringiendo sus deberes y, a la vez, favorezcan indebidamente a un tercer.

VI. EL OBJETO DE PROTECCIÓN DEL DELITO APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE CARGO

El delito de aprovechamiento indebido de cargo es un delito de «infracción de deber especial positivo»; en consecuencia, la infracción del deber especial positivo es el fundamento del injusto penal. Entonces, el quebrantamiento del deber especial positivo que tiene todo funcionario o servidor público en función de sus atribuciones que actúa en el marco de las contrataciones u operaciones con el Estado; pues basta quebrantar el deber positivo especial que le compete a este funcionario o servidor lo que implica el correcto funcionamiento de la Administración pública, como la transparencia e imparcialidad de los funcionarios y servidores en la toma de sus decisiones, con

la finalidad de preservar la Administración pública del interés privado de quienes la representan, preservando la integridad y rectitud del funcionario, porque el funcionario tiene el deber de procurar un óptimo beneficio para la Administración pública. Sin embargo, el sujeto activo de este delito antepone en la negociación, la obtención de un ilícito beneficioso para sí o un tercero. En ese mismo sentido, se pronunció la Corte Suprema reiterando desde las jurisprudencias más antiguas R. N. N.° 2641-2011/Lambayeque; R. N. N.° 2068-2012/Lima y R. N. N.° 1021-2014-Pasco, hasta las más recientes Cas. N.° 628-2015/Lima[34], Cas. N.° 231-2017/Puno[35], Cas. N.° 18-2017/Junín[36]. También, se pronunció la Corte Suprema, mediante R. N. N.° 661-2009/Lima[37], indicando que este ilícito no protege ni tutela el perjuicio efectivo al patrimonio del Estado, el sustento de la prohibición no está en la generación de un perjuicio patrimonial al Estado[38]; sino, en el irregular desempeño del funcionario, este ilícito solo busca evitar cualquier tipo de intromisión ajena al interés de la Administración pública que pueda significar un riesgo eminente para el Estado (Administración pública).

VII. NATURALEZA DEL DELITO DE APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE CARGO

7.1. ¿El delito de aprovechamiento indebido de cargo es de peligro concreto?

En efecto, el delito de aprovechamiento indebido de cargo no exige el perjuicio patrimonial del Estado o el perjuicio para la Administración pública. La razón de este delito es el adelantamiento de las barreras de protección del derecho penal[39] para prevenir que el funcionario o servidor público incurra en delito o que atente contra el patrimonio del Estado aprovechándose

(34) Cas. N.°. 628-2015/Lima, fundamento jurídico segundo y tercero.

(35) Cas. N.° 231-2017/Puno, fundamento décimo segundo.

(36) Cas. N.° 18-2017/Junín, de fecha 24 de julio del 2019, considerando quinto, análisis del caso. Sala Penal Transitoria.

(37) R. N. N.° 661-2009/Lima, de fecha 10 de marzo del 2010, considerando tercero. Sala Penal Permanente.

(38) Cas. N.° 18-2017/Junín, considerando quinto, análisis del caso.

(39) ABANTO VÁSQUEZ, Manual. *Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano*. Lima: Grijley, 2003, p. 506.

de la función pública. En ese mismo sentido, la Corte Suprema pronunció en el R. N. N.° 2068-2012 que este ilícito solo castiga el riesgo o peligro eminente que produce una situación real y efectiva para la Administración pública y para el objeto de protección; de ahí que este ilícito es un delito de peligro concreto o potencial(40).

En el delito de peligro concreto es necesario acreditar el *principio de lesividad* como el fundamento del injusto, de ahí que se exige respetar el *principio de lesividad* exigiendo la creación de un riesgo (resultado) cuya existencia debe ser probada para considerar consumada la infracción penal. Este ilícito debe ser interpretado conforme al principio de lesividad, *ultima ratio* (subsidiariedad y fragmentariedad) y la proporcionalidad de la represión penal. En ese mismo sentido se pronunció la Cas. N.° 231-2017/Puno, por lo que el delito de *aprovechamiento indebido de cargo* no contempla una simple irregularidad o anomalía administrativa en el marco de las contrataciones u operaciones con el Estado. Es por eso que este tipo penal no está orientado a sancionar aquellas conductas que impliquen el incumplimiento de alguna norma administrativa como la LCE y su RLCE o alguna cláusula de carácter administrativo de la cual se deduzca la orientación de un «interés indebido»; sino solo serán sancionadas aquellas conductas que por su magnitud supongan un daño, peligro inminente para el patrimonio del Estado o la Administración pública.

Este ilícito —como ya se dijo— es una modalidad de corrupción, por lo mismo, la conducta del agente debe poseer esa orientación y no una simple irregularidad o anomalía administrativa(41). Entonces, la sola infracción de una norma administrativa —injusto administrativo— de *per se* no implica la consumación de este delito. Entiéndase que el solo incumplimiento o desobediencia a la normativa de la LCE o su RLCE, como suele ocurrir casi en todas las imputaciones realizadas por el órgano persecutor por la presunta comisión de este ilícito, no configuran el delito de aprovechamiento indebido de cargo, pudiendo ser solo un indicio de este ilícito. De ahí que, si se produce una infracción a la norma administrativa que a la vez no produzca nin-

(40) Pleno Jurisdiccional de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 20 de diciembre del 2011. Tema 1 «criterios para distinguir entre los delitos de colusión ilegal y negociación incompatible», ganando la segunda ponencia.

(41) R. N. N.° 677-2016/Lima, de fecha 17 de mayo del 2017. VI posición del Supremo Tribunal. 6.50. Sala Penal Permanente.

gún riesgo para el Estado o el correcto funcionamiento de la Administración Pública, por ningún motivo esta conducta puede ser considerada como un injusto penal de aprovechamiento indebido de cargo a efectos de ser sancionado penalmente; no todas las conductas de incumplimiento administrativo constituyen infracción penal[42]. Entonces, si interpretaríamos de distinta manera este ilícito penal, caeríamos en reprimir solo un injusto administrativo, o sea, solo el quebrantamiento de la norma administrativa castigando una conducta que tenga la apariencia de interés; por lo que no sería correcto porque conduciríamos a que los jueces incurran en una mera valoración subjetiva de los hechos materia de imputación, lo que viene a ser contrario al sistema de sana crítica, al cual estamos adscritos con nuestro modelo procesal penal acusatorio de nuestro Código Procesal Penal del 2004.

7.2. ¿El delito de aprovechamiento indebido de cargo es de peligro abstracto?

Un sector de la doctrina como Castillo Alva[43] y Peña-Cabrera Freyre[44] han considerado respecto de la naturaleza jurídica al delito de aprovechamiento indebido de cargo como delito de peligro abstracto y negando su naturaleza de peligro concreto. Citando a Soler[45] concluyen que es posible la comisión de este delito aun si la propia administración haya obtenido un determinado beneficio y el servicio brindado haya cumplido holgadamente sus metas; pero aun así subsiste el delito de negociación incompatible[46]. Bajo esta lógica, el delito de aprovechamiento indebido de cargo no exigiría un beneficio para el funcionario o para el tercero, y su fundamento de injusto sería en la sola infracción los deberes especiales positivos, bastando que el

---

(42) Exp. N.° 00525-2014-4-1826-JR-PE-03, Sentencia de Vista. Res. N.° 04, Lima, 15 de mayo de 2019, Segunda Sala Penal de Apelaciones, considerando VIII. Fundamentos del Colegiado. 8. 11.

(43) CASTILLO ALVA, José. *El delito de negociación incompatible*. Lima: Editorial Pacifico, 2015. pp. 30-31.

(44) PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho penal parte especial*. 2.ª ed. Tomo V. Lima: Idemsa, 2014, p. 655.

(45) SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. 3.ª ed. 7.ª reimpr. Tomo V. Buenos Aires: Tea, 1976, p. 189.

(46) CASTILLO ALVA, José. *Op. cit.*, p. 31. Citando a SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la administración pública*. 3.ª ed. Lima: Editorial Grijley, 2014, p. 561.

funcionario encause su conducta más allá de lo debido, poniendo en riesgo su imparcialidad. Bajo esta lógica, una simple infracción administrativa *per se* ya sería merecedora de reproche penal. Si bien podrían constituir una conducta ilegal, no siempre será delito porque el tipo penal de aprovechamiento indebido de cargo está compuesto por elementos normativos en el tipo objetivo y subjetivo. En ese mismo sentido, la Sala Penal de Apelaciones de Puno fundamentó su argumento para confirmar la sentencia donde condenaron a los funcionarios de la Municipalidad de Melgar (Ayaviri)(47).

Esta manera de interpretar es muy cuestionable porque el delito de aprovechamiento indebido de cargo tiene un elemento normativo (interés indebido), guste o no les guste a los destacados penalistas que defienden la postura esgrimida. El dispositivo legal reconoce de manera literal el elemento —interés indebido— que debe ser interpretado de manera normativa, como ya veremos más adelante. También, el tipo penal bajo principio de legalidad exige la «finalidad indebida» como elemento subjetivo de trascendencia interna adicional al dolo, estos dos elementos sintetizan al tipo penal. Además, la interpretación debe darse en el contexto de los delitos de corrupción de funcionarios donde el derecho penal se adelanta a las barreras de protección de los delitos de corrupción, por lo que solo sanciona aquellas conductas que conlleven a determinar de manera real el riesgo para la Administración pública; de ahí que es exigible el principio de lesividad interpretándose restrictivamente, y se niegue la posibilidad de considerar un delito de peligro abstracto, siendo entonces un delito de peligro concreto, por lo cual el actuar de los sujetos activos debe ser de tal entidad que signifique un riesgo inminente para el Estado.

Si bien es cierto los autores se amparan a lo establecido por la Corte Suprema, mediante el R. N. N.° 3281-2011 y el R. N. N.° 2068-2012, donde reconocen al delito de aprovechamiento indebido de cargo como un delito de peligro en el sentido que este tipo penal no es de resultado, por lo que no se exige un perjuicio patrimonial (el mismo que comparto en plenitud y no en sentido de que sea de peligro abstracto); pues de acuerdo con la clásica dis-

(47) «El tipo no solo exige que el beneficio sea a título personal o tercero, sino lo relevante es que su actuación haya infringido los deberes especiales positivos que favorecen los intereses de la administración pública [...] basta que el funcionario encause su conducta más allá de lo debido, poniendo en riesgo su imparcialidad». «Es suficiente que el funcionario se interese indebidamente en los actos de la administración, pese a que no logre ser parte del contrato u operación para que el delito se entienda consumado».

tinción de dos clases de delitos de peligro: los delitos de peligro concreto y los de peligro abstracto, en el primero el tipo requiere la concreta puesta en peligro al bien jurídico, de ahí que el peligro concreto es el resultado típico. En los delitos de peligro abstracto, por el contrario, se castiga una acción «típicamente peligrosa» o peligrosa «en abstracto» en su peligrosidad típica, sin exigir que en el caso en concreto se haya puesto efectivamente en peligro el bien jurídico protegido. La clave para diferenciar es, pues, la perspectiva *ex ante* (peligrosidad de la acción) o *ex post* (resultado de peligro) adoptada para evaluar el peligro, de lo explicado de la interpretación restrictiva de la norma y en el contexto de los delitos de corrupción de funcionarios conlleva a que se interprete respecto de su naturaleza jurídica como un delito de peligro concreto, por lo que no basta un injusto administrativo, sino que es necesario que el interés constituya un peligro concreto para el correcto funcionamiento de la Administración pública y no como uno de peligro abstracto, que solo implicaría configurarse con el solo «interés», sin tomar en cuenta el elemento normativo que exige el tipo penal.

7.3. ¿Es necesario acreditar la magnitud del daño eminente para la administración pública?

El delito de aprovechamiento indebido de cargo, al ser considerado por la doctrina[48] y la jurisprudencia como un delito de peligro concreto, la que exige el principio de lesividad a la misma que nos adherimos, por lo que debe ser interpretado de manera restrictiva. Es necesario probar de manera directa o mediante el método de prueba indiciaria más allá de toda duda razonable la creación de un riesgo, o aquellas conductas que por su magnitud supongan un daño inminente para la Administración pública, la misma que se explicó líneas más arriba. Para acreditar el peligro concreto al Estado en este delito necesariamente debe estar probado sobre la base la de la redacción fáctica realizada por el Ministerio Público, la misma que no es posible probar sobre percepciones difusas, apreciaciones, subjetividades o conjeturas o presunciones, sino sobre hechos de la realidad.

---

(48) SANCINETTI, Marcelo. *Negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas*. Disponible en <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-198630087700891_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Negociaciones_incompatibles_con_el_ejercicio_de_funciones_p%FAblicas>.

VIII. EL «INTERÉS INDEBIDO» COMO ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO

Antes de determinar o definir el elemento normativo de carácter valorativo del delito de aprovechamiento indebido de cargo, vamos a desarrollar de manera conceptual respecto de la teoría del delito y nos centraremos en la categoría dogmática del tipo y la tipicidad el elemento valorativo (normativo)(49). El elemento normativo de un tipo penal puede determinarse a partir de una base fáctica, pero requiere de un elemento valorativo normativo para determinar su presencia en un determinado caso; por ende, el elemento normativo «han de ser constatados por el juez no mediante un proceder cognitivo, sino a través de un especial valoración que precisa de **criterios jurídicos**, no facticos»(50), «premisas que solo pueden ser imaginadas y pensadas bajo los presupuestos lógicos de una norma»(51). En efecto, presuponen una valoración; piénsese, por ejemplo, en lo siguiente.

Para la determinación de la consumación del delito de hurto, específicamente de una laptop, hay que utilizar criterios jurídicos de valoración normativa. Ahora bien, el elemento típico normativo del tipo es que el bien sea un mueble total o parcialmente «ajeno» para valorar normativamente en el delito de hurto el elemento de la «ajenidad». Nos permite determinar que el bien mueble es un objeto de apropiación que pertenece a una persona distinta de la que lo sustrajo; el objeto debe ser «ajeno» respecto de aquel que lo sustrajo. El solo hecho de utilizar la concepción sensorial como el elemento descriptivo no podría resolver la ajenidad; sin embargo, si valoraríamos un conjunto de aspectos de valoración como el archivo, fotos, videos que contengan en la laptop y que lo vinculen con la persona que lo sustrajo, entonces, la idea valorativa de la pertenencia es de aquella persona al que lo sustrajeron, ideas como del que se prosee se presume la titularidad. Es decir, la valoración normativa es un conjunto de criterios a partir de los

---

(49) *Vid.* HEINRICH JESCHECK, Hans/WEIGEND, Thomas. *Tratado del derecho penal parte general.* Volumen I. Traducción de Olmedo Cardenete, Miguel. Lima: Pacifico Editores S. A. C., 2014, p. 398.

(50) *Vid.* POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal parte general.* Lima: Ara Editores, 2015, p. 425.

(51) *Vid.* HEINRICH JESCHECK, Hans/WEIGEND, Thomas. *Tratado del derecho penal parte general. Op. cit.*, p. 398. Citando a ENGISCH, Mezger-Festschrift, p. 147. *Vid.*, además, SCHLÜCHTER, Trrtum, pp. 7 y ss.

cuales se puede determinar una base fáctica y un sustrato material factico que cumple con el elemento normativo del tipo penal.

Al ser un término normativo, los conceptos deben entenderse desde una categoría valorativa y deben ser entendidos bajo el principio de legalidad y, específicamente, en el mandato de certeza; de ahí que se considera que el componente-elemento normativo valorativo del delito de aprovechamiento indebido de cargo es el «interés indebido», lo que requiere una definición normativa y no literal o gramatical, como se ha venido confundiendo en la doctrina como un verbo rector(52). Este término normativo del tipo penal de aprovechamiento indebido de cargo debe ser de común comprensión para el funcionario o servidor público y de forma previa a que realice el hecho materia de atribución. Es por ello que solo a través de una previa definición normativa podría serle exigible al funcionario el cumplimiento de un deber concreto al que no debe infringir; en consecuencia, el interés indebido normativamente debe valorarse como un interés ilegal, ilícito o antijurídico en el marco de un injusto penal de corrupción de funcionarios, pero solo como un mero interés de mutuo propio, donde el agente se interesa en recibir un provecho para él o para un tercero. Entonces, la conducta de funcionario está orientada a corromperse ya sea por un interés económico, familiar, compadrazgo, relación sentimental o algún otro beneficio que esté enmarcado dentro de los delitos de corrupción de funcionarios, por ello, se descarta *prima facie* que el tipo penal de *aprovechamiento indebido de cargo* contemple una simple irregularidad o anomalía administrativa (injusto administrativo).

El elemento normativo «interés indebido» se valora sobre la base de la conducta del funcionario servidor público; además, este elemento normativo del delito de aprovechamiento indebido de cargo sintetiza la tipicidad objetiva, por lo que debe entenderse y valorarse en el marco y contexto de los delitos de corrupción de funcionarios. En ese entender, el funcionario debe tener un interés que no será procurar un beneficio para la Administración pública, institución donde pertenece; por el contrario, este deber es dejado de lado para su propio interés o de tercero, aprovechándose de su cargo. Entonces,

---

(52) CASTILLO ALVA, José. *La negociación incompatible en los delitos contra la administración pública*. Lima: Jurista Editores, 2009, p. 583. «Por "interés" debe entenderse cualquier acto material que, en el contexto de un contrato u otra operación realizada por el Estado, exprese un interés privado supuesto sobre el interés público que le demanda el ejercicio del cargo».

¿qué se debe entender por interés indebido como elemento normativo? Como ya se había adelantado, el elemento normativo tiene un núcleo fundamental, las proposiciones fácticas y la redacción de los hechos con base en la realidad, siendo ello su límite; por lo que se tiene que alejar el criterio de conjetura, creencias o apariencias del Ministerio Público. Solo con base en la redacción de los hechos sin conjeturas, apreciaciones y perspectivas difusas se puede valorar el elemento normativo en el contexto de los delitos de corrupción de funcionarios. El elemento normativo debe estar claramente identificado en el contrato u operación en el que interviene el funcionario, el cual deberá ser entendido como aquella situación de interés por parte del funcionario o servidor público en no procurar un beneficio para la Administración pública, por lo que maximiza y antepone su interés a favor propio o de un tercero a los que se patrocinan en nombre del Estado en un contrato o negocio promoviendo así un beneficio irregular para sí mismo o para un tercero(53) a través de la vía en forma directa, indirecta o a través de un acto simulado. Siendo el objeto sobre el cual ha de recaer el *interés indebido* es el contrato u operación en el que interviene el funcionario público(54). El elemento normativo del tipo «interés indebido» y la «finalidad indebida» como elemento subjetivo de trascendencia interna adicional al dolo deben ser materia de prueba ya sea de manera directa o con el método de la prueba por indicios(55) en el proceso penal más allá de toda razonable(56). No es posible derivar la existencia de los mismos, o presumirla, porque se trata de elementos que configuran el delito de aprovechamiento indebido de cargo(57). En ese mismo sentido se pronunció la Corte Suprema, en la Cas. N.° 841-2015/Ayacucho.

---

(53) Cas. N.° 18-2017/Junín, considerando séptimo, análisis del caso.

(54) R. N. N.° 5038-2008/Cusco, de fecha 20 de enero del 2010, considerando décimo segundo. Sala Penal Permanente. En ese mismo sentido: «Requiere para su configuración que el funcionario público se interese de manera directa o indirecta, en provecho propio o de tercero, en cualquier contrato u operación en que interviene. **Estos elementos del tipo**» (las negritas son mías).

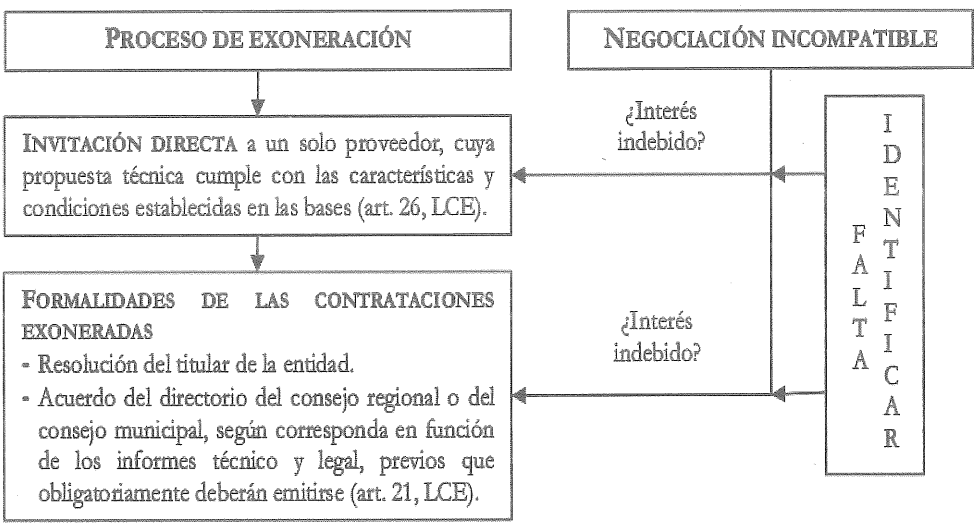
(55) R. N. N.° 3281-2011, de fecha 24 de enero de 2013.

(56) Cas. N.° 23-2016/Ica, fundamento 4. 42.

(57) R. N. N.° 2835-2004/Junín, del 9 de mayo del 2005, considerando sexto. Sala Penal Transitoria. «De la conducta desarrollada por el procesado y de los elementos probatorios obrantes en autos no aprecia que este **se haya interesado** especialmente por la contratación [...], ni que haya obviado exprofesamente el procedimiento de control cotidiano con el único fin de favorecerlo; razón por la cual la conducta desarrollada es **atípica**» (las negritas son mías).

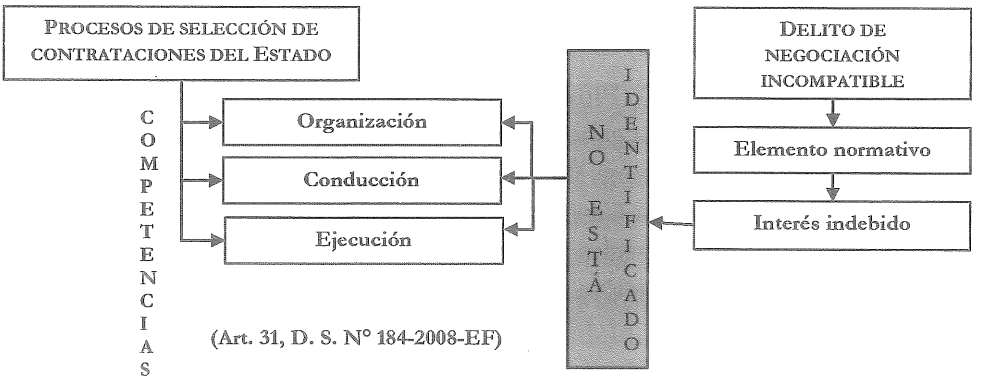
> [...] **Todos los elementos antes mencionados deben ser materia de prueba en el proceso penal.** No es posible derivar la existencia de los mismos, o presumirla, sino que al tratarse de elementos que configuran la conducta incriminada constituye un deber del magistrado determinar si existen o no las pruebas que acrediten los elementos antes mencionados(58) (las negritas son nuestras).

El hecho que generó el proceso penal y las advertencias de una errónea interpretación a la norma sustantiva en las sentencias del *A quo* y el *Ad quem* no se ha identificado, esto es, el elemento normativo del interés indebido que recae en el contrato u operación donde han intervenido los miembros del Comité Especial. El «interés indebido» no se identificó en el Proceso de Selección de Contrataciones del Estado. Así, dentro de sus competencias, de acuerdo con el artículo 31 del D. S. N.°. 184-2008-EF, es claro al señalar que dentro de las competencias el Comité Especial conducirá el proceso de encargándose de su organización, conducción y ejecución(59).



(58) Cas. N.° 841-2015/Ayacucho, fundamentos 34, 35, 36, 37.

(59) Artículo 31 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado (D. S. N.°. 184-2008-EF.), p. 83.



IX. LA «FINALIDAD INDEBIDA» COMO ELEMENTO SUBJETIVO DE TRASCENDENCIA INTERNA ADICIONAL AL DOLO

El delito de aprovechamiento indebido de cargo, además del elemento normativo de «interés indebido», exige un elemento subjetivo de trascendencia interna adicional al dolo; este elemento subjetivo tiene que ser materia de prueba, porque si el mismo no se acredita, la conducta sería atípica. El dispositivo legal exige al elemento subjetivo de trascendencia interna, el mismo que solo puede derivarse a partir de exigencias típicas que exige el tipo —su existencia se debe al principio de legalidad—. La misma Corte Suprema se pronunció en ese mismo sentido mediante Cas. N.° 23-2016/Ica, donde establece que queda proscrita la presunción de configuración[60], por lo que debe estar probado. Entonces, para tener por acreditada la conducta típica, debe presentarse este segundo elemento que sintetiza la tipicidad en el delito de aprovechamiento indebido de cargo, la misma que está en el elemento subjetivo, la que requiere, además del dolo (de la atribución del conocimiento normativo), adicionar la existencia de una «finalidad indebida», indebida en el sentido de obtener un provecho propio o para un tercero. Como consecuencia del quebrantamiento del deber institucional que tiene el funcionario público —la motivación por el cual el funcionario se interesa en el contrato u operación—, pues este elemento típico pertenece a la tipicidad subjetiva y se constituye como un elemento subjetivo de trascendencia interna.

(60) Cas. N.° 23-2016/Ica, fundamento 4.42. «queda proscrita la presunción de su configuración, estableciéndose el deber del Ministerio Publico de demostrar la existencia de este tipo penal y del juzgador de señalar que, a su juicio, el mismo se presenta o no en el caso concreto».

En ese mismo extremo, la Corte Suprema desde hace muchos años atrás ha venido desarrollando doctrina jurisprudencial en los R. N. N.° 1328-2011/Puno y R. N. N.° 253-2012/Piura, ambos en el mismo sentido «[...] con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o a favor de terceros [...]»(61)-(62). También, la Corte Suprema actualmente ha desarrollado en el mismo sentido en la Cas. N.° 841-2015/Ayacucho «B. Debe existir un interés de obtener un provecho propio o para un tercero. Este elemento típico establece la tipicidad subjetiva y se constituye como un elemento subjetivo de trascendencia interna. [...] Es la búsqueda de un provecho propio o de un tercero como consecuencia del quebrantamiento del deber institucional, además del dolo, para tener por acreditada la conducta típica, de presentar este elemento subjetivo»(63).

Incluso un sector de la doctrina entiende que la conducta típica se consuma con el dolo y, además(64), guiado y motivado con la finalidad de obtener o con el objetivo obtener un provecho(65) o, mejor, sacar ventaja patrimonial(66), debiendo acreditar el móvil de lucro del agente en la realización de la conducta típica(67)

---

(61) R. N. N.° 253-2012/Piura, de fecha 13 de febrero de 2013. Considerando segundo. La Sala Penal Permanente.

(62) R. N. N.° 1328-2011/Puno, de fecha 9 de mayo de 2012. Considerando sexto. La Sala Penal Permanente.

(63) Cas. N.° 841-2015/Ayacucho, de fecha 28 de junio de 2016, fundamentos 34, 35, 36, 37. Sala Penal Permanente.

(64) NAKAZAKI SERVIGÓN, Cesar. Problemas procesales y penales en la aplicación del tipo penal de aprovechamiento indebido del cargo del artículo 399 del Código Penal. En *delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p. 64.

(65) SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 2.ª ed. Lima: Grijley, 2011, p. 559. «El delito de aprovechamiento indebido del cargo exige que el autor realice la conducta típica, además de dolosamente, motivado o guiado especialmente por el fin de obtener un provecho o sacar una ventaja patrimonial del contrato u operación en la cual indebidamente interviene».

(66) SALINAS SICCHA, Ramiro. El delito de negociación incompatible en nuestro sistema jurídico. *Actualidad Penal*, N.° 17, 2015, p. 247.

(67) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la administración pública en el Código* Penal. Lima: Jurista Editores, 2015, pp. 736 y ss. «[...] El delito de aprovechamiento indebido

por expresa mención normativa[68]. Considero que la finalidad indebida por el cual especialmente se motiva el funcionario o servidor es revestido de naturaleza económica[69].

En ese mismo sentido, la Corte Suprema se ha pronunciado «[...] pero a la vez, representa intereses particulares, con el cual pretende sacar un provecho personal o a favor de tercero, y es precisamente este último lo que denota el carácter económico de su accionar y que implica una probable afectación del patrimonio de la Administración pública; por lo tanto, es dentro de estos márgenes que debe ser entendido el interés indebido»[70].

La finalidad indebida es la finalidad de sacar un provecho que el funcionario o servidor va a recibir implicando tener la finalidad de un beneficio para sí mismo o para un tercero como consecuencia de la celebración del contrato o de la operación a cargo del funcionario. La finalidad de beneficiar a un tercero incluso se extiende hasta el tercero que no participó en la contratación porque el mismo tipo penal lo permite en este extremo por ser un tipo penal en blanco. No cabe discusión de que la doctrina y jurisprudencia nacional reconocen como elemento subjetivo del tipo penal de aprovechamiento indebido de cargo con la finalidad de obtener un provecho económico indebido para el autor o el tercero. La *motivación* del accionar la conducta del funcionario o servidor público es el elemento de trascendencia interna, la cual es distinta al dolo; de ahí que ambos elementos subjetivos están relacionados directamente con el elemento normativo del delito de aprovechamiento indebido de cargo. Entonces, esa motivación que tiene el funcionario no forma parte del tipo objetivo.

---

del cargo exige que se acrediten elementos subjetivos adicionales al dolo. [...] El sujeto activo no solo tendrá que conocer y querer efectivamente todos los elementos objetivos del tipo penal, sino que también se deberá acreditar el móvil de lucro del agente en la realización de la conducta típica».

(68) ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos&thesis, 2016, p. 354.

(69) R. N. N.° 677-2016/Lima, de fecha 17 de mayo del 2017. VI posición del Supremo Tribunal. 6.50. Sala Penal Permanente.

(70) R. N. N.° 373-2007/Lima, de 4 de julio del 2007.

X. CONCLUSIONES

1. Del presente trabajo se concluye que el delito de aprovechamiento indebido de cargo debe ser interpretado en el contexto de los delitos de corrupción de funcionarios por su ubicación; de ahí que su naturaleza es un delito de peligro concreto y no de peligro abstracto. Y, de acuerdo con el principio de lesividad, su configuración está condicionada a la creación de un riesgo (resultado) real y que dicho resultado debe de estar probado.

2. El delito de aprovechamiento indebido de cargo está compuesto en la parte objetiva por el elemento normativo «interés indebido», la que debe valorarse a partir de la redacción fáctica del objeto del proceso, entendiéndose normativamente el interés indebido como un interés ilegal, ilícito o antijurídico en el marco de un injusto penal de corrupción de funcionarios, pero solo como un mero interés de mutuo propio, donde el agente se interesa en recibir un provecho para él o para un tercero.

3. El delito de aprovechamiento indebido de cargo, además del elemento normativo de «interés indebido», exige un elemento subjetivo de trascendencia interna adicional al dolo, la existencia de una «finalidad indebida», indebida en el sentido de obtener un provecho propio o para un tercero como consecuencia del quebrantamiento del deber institucional que tiene el funcionario público. Este elemento subjetivo tiene que ser materia de prueba porque si no se acredita, la conducta es atípica.

4. La distinción entre un injusto administrativo y un injusto penal parte de un mismo sistema jurídico representado por un conjunto de derecho y deberes; ambos radican en la infracción de un deber. La diferencia entre un injusto penal y administrativo radica en la distinción cualitativa de cada tipo de injusto, siendo así que en el injusto administrativo no importa la actuación de manera imprudente o de manera dolosa, requiriendo solo la imputación objetiva; mientras que en el injusto penal sí importa la actuación dolosa de manera general y excepcionalmente alguna conducta imprudente, requiriendo, además, la configuración de la imputación objetiva y la imputación subjetiva para su configuración como un injusto penal.

XI. BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manual. *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. Lima: Grijley, 2003.

CARO JOHN, José Antonio. *La normativización del tipo subjetivo como imputación de conocimiento a título de dolo*. En Derecho penal & procesal penal. *Delitos de crimen organizado y cuestiones actuales*. En CALCINA HANCCO, Aldo/YANQUI MACHACA, Rubén (Coords.). Lima: Editorial Grijley. 2014.

CASTILLO ALVA, José. *El delito de negociación incompatible*. Lima: Editorial Pacifico, 2015.

CASTILLO ALVA, José. *La negociación incompatible en los delitos contra la administración pública*. Lima: Jurista Editores, 2009.

HEGEL. *Principios de la filosofía del derecho*, 1998, § 218.

HEINRICH JESCHECK, Hans/WEIGEND, Thomas. *Tratado del derecho penal parte general*. Volumen I. Traducción de Olmedo Cardenete, Miguel. Lima: Pacífico Editores S. A. C., 2014.

NAKAZAKI SERVIGÓN, Cesar. Problemas procesales y penales en la aplicación del tipo Penal de aprovechamiento indebido del cargo del artículo 399 del Código Penal. En *Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Gaceta Jurídica, 2016.

PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho penal parte especial*. 2.ª ed. Tomo V. Lima: Idemsa, 2014.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal parte general*. Lima: Ara Editores, 2015.

ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. 4.ª ed. Lima: Grijley, 2007.

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos&thesis, 2016.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la administración pública en el Código Penal*. Lima: Jurista Editores, 2015.

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley, 2009.

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 2.ª ed. Lima: Grijley, 2011.

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la administración pública*. 3.ª ed. Lima: Editorial Grijley, 2014.

SALINAS SICCHA, Ramiro. El delito de negociación incompatible en nuestro sistema jurídico. *Actualidad Penal*, N.° 17, 2015.

SANCINETTI, Marcelo. *Negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas*. Disponible en línea: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-198630087700891_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Negociaciones_incom patibles_con_el_ejercicio_de_funciones_p%FAblicas>.

SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. 3.ª ed. 7.ª reimpr. Tomo V. Buenos Aires: Tea, 1976.

Cas. N.° 231-2017/Puno.

Cas. N.° 18-2017/Junín.

Cas. N.° 23-2016/Ica.

Cas. N.° 628-2015/Lima.

Cas. N.° 841-2015/Ayacucho.

R. N. N.° 677-2016/Lima.

R. N. N.° 253-2012/Piura.

R. N. N.° 1328-2011/Puno.

R. N. N.° 3281-2011.

R. N. N.° 661-2009/Lima.

R. N. N.° 5038-2008/Cusco.

R. N. N.° 373-2007/Lima.

R. N. N.° 2835-2004/Junín.

Pleno Jurisdiccional de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 20 de diciembre del 2011.

Exp. N.° 00525-2014-4-1826-JR-PE-03, Sentencia de Vista. Res. N.° 04, Lima, 15 de mayo de 2019, Segunda Sala Penal de Apelaciones. Cortes Superior de Justicia de Lima.

NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE
6 problemas de la jurisprudencia: fundamentales

Godofredo André García León(*)

SUMARIO: I. Introducción. **II.** ¿Qué bien jurídico busca proteger el legislador para tipificar el delito de negociación incompatible? Casación 231-2017, Puno. 2.1. Casación 231-2017, Puno: aspectos esenciales. 2.2. Sobre la relevancia del debate sobre cuál es el bien jurídico del delito de negociación incompatible en la Casación 231-2017, Puno. 2.3. Crítica y toma de postura. **III.** ¿Es posible interesarse indebidamente por omisión en la modalidad directa, indirecta o simulada? Casación 67-2017, Lima. 3.1. Casación 67-2017, Lima: aspectos esenciales. 3.2. Sobre la relevancia del debate sobre si es posible interesarse indebidamente por omisión en la modalidad directa, indirecta o simulada en la Casación 67-2017, Lima. 3.3. Crítica y toma de postura. **IV.** ¿Tiene competencia la OSCE en la determinación de los elementos de una situación emergencia para exonerar un proceso de selección? Casación 23-2016, Ica. 4.1. Casación 23-2016, Ica: aspectos esenciales. 4.2. Sobre la relevancia del debate, si tiene competencia la OSCE en la determinación de los elementos de una situación emergencia para exonerar un proceso de selección: Casación 23-2016, Ica. 4.3. Crítica y Toma de Postura. **V.** ¿Es posible que los defectos administrativos en un proceso exonerado por emergencia configuren el delito de negociación incompatible? Casación 841-2015, Ayacucho. 5.1. Casación 841-2015, Ayacucho: aspectos esenciales. 5.2. Sobre la relevancia del debate de si es posible que los defectos administrativos en un proceso exonerado por emergencia configuren el delito de negociación incompatible: Casación 841-2015, Ayacucho. 5.3. Crítica y toma de postura. **VI.** ¿El delito de negociación incompatible es un delito de lesión o un delito de peligro? Casación 67-2017, Lima; Casación 231-2017, Puno y Casación 23-2016, Ica. 6.1. Relevancia del debate si el delito de negociación incompatible es un delito de lesión o un delito de peligro en Casación 67-2017, Lima; Casa-

---

(*) Abogado con estudios de maestría en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas por la Universidad Nacional de Trujillo. Director del área penal en EP Consultores Legales & Contables. Consultor del Programa de las Naciones Unidas para la Seguridad Humana. Ha sido docente de Derecho Penal en la Universidad Nacional del Santa y en la Universidad Privada de Trujillo. Presidente fundador de la Asociación Civil *Inquisitio Essentia Ius*.

ción 231-2017, Puno, y Casación 23-2016, Ica. 6.2. Crítica y toma de postura. **VII.** ¿Es imposible la participación de un *extraneus* para configurar el delito de negociación incompatible? Casación 841-2015, Ayacucho. 7.1. Relevancia de la imposibilidad de la participación de un *extraneus* para configurar el delito de negociación incompatible: Casación 841-2015, Ayacucho. 7.2. Crítica y toma de postura. **VIII.** Conclusiones. **IX.** Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El delito de Negociación Incompatible es el delito con más auge en materia de corrupción de funcionarios en estos últimos tiempos debido a su uso estratégico por parte del Ministerio Público cuando es muy complicado postular una imputación por el delito colusión o el delito cohecho en hechos enmarcados en una contratación u operación estatal; sin embargo, aparentemente la practicidad buscada trae mucho más problemas de los que se esperaba encontrar, y una muestra tangible de esto son los múltiples pronunciamientos de la Corte Suprema, abiertamente confusos en la determinación de los elementos configuradores del delito de negociación Incompatible.

Un primer problema se encuentra en la Casación 231-2017, Puno, en ella se señala que el delito de negociación incompatible tutela el correcto funcionamiento de la administración pública, así como la transparencia, imparcialidad, integridad o probidad del funcionario para luego señalar asumiendo que este delito es de peligro concreto, que este delito se configurará siempre y cuando se ponga en peligro (concreto) el patrimonio estatal, este argumento fue determinante para absolver a los sentenciados; esto nos lleva a preguntarnos, entonces, ¿qué es lo que se protege en el delito de negociación incompatible?

Un segundo problema se encuentra en la Casación 67-2017, Lima. En ella se afirma que el elemento nuclear del delito de negociación incompatible: interés indebido, en su modalidad directa e indirecta no puede ser realizada por omisión, pero sí podría ser posible en modalidad simulada; este argumento fue esencial para considerar que uno de los sentenciados sea absuelto por la Corte Suprema entendiendo que el haber omitido consignar en su informe que ya se habían realizado con determinados materiales unos acabados, no constituía interés indebido directo, porque este no puede darse mediante omisión, con lo que nos permite plantear: ¿Es posible interesarse indebidamente por omisión en la modalidad directa, directa o simulada?

Un tercer problema aparece en la Casación 23-2016, Ica, en donde se procesaron a unos funcionarios por haber simulado la existencia de emergencia para la exoneración de un proceso de emergencia y, así, contratar directamente a las empresas favorecidas, declaración de emergencia que fue observada por el Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado (OSCE). La Corte Suprema absuelve a los procesados, declarando, entre otros puntos, doctrina jurisprudencial vinculante, la afirmación de que la OSCE no tenía competencia para determinar la existencia de un peligro o grave riesgo que genera una situación de emergencia, esta situación nos invita a proponer la siguiente interrogante: ¿Tiene alguna competencia el Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado para determinar la existencia de un peligro o grave riesgo que genera una emergencia para exonerar un proceso de selección?

Finalmente, en la Casación 841-2015, Ayacucho, encontramos más de un problema, la Corte Suprema absolvió a los procesados que habrían cometido irregularidades administrativas que terminaron favoreciendo a las empresas contratistas. Se señaló como doctrina jurisprudencial vinculante la línea argumentativa que alegaba que tratándose de un proceso de situación de emergencia donde se privilegia la atención inmediata de las necesidad frente a la formalidad administrativa; máxime, si la misma ley de contrataciones prevé excepcionalmente la posibilidad de irregularidad administrativa, por tanto, los defectos administrativos por sí solos no constituyen delito de negociación incompatible, esto nos lleva a preguntarnos lo siguiente: ¿Cuándo, entonces, los defectos administrativos en un proceso exonerado por emergencia configurarían el delito de negociación incompatible? En esta lógica, la Corte Suprema señaló que se requiere no solo de defectos administrativos, sino de otros actos externos que acompañen a estos defectos para que se deslice la posibilidad de la configuración del delito de negociación incompatible; en mérito de esto, declara como doctrina jurisprudencial vinculante que el elemento típico principal de este delito (interés indebido) se configura cuando el funcionario no procura el beneficio para la Administración pública, sino más procura un beneficio para sí o para otro. Este elemento ha sido puesto en tela de juicio por el voto discordante de la Casación 23-2016, Ica, que señala que al ser el delito de negociación incompatible, un delito de peligro abstracto, no sería necesaria acreditar el provecho propio o de tercero para su configuración, cuestión que nos lleva a plantear un nuevo problema: ¿El asumir que el delito de negociación incompatible es de peligro concreto o de peligro abstracto?

Un último problema, y quizá el más polémico de todos, se da en la Casación 841-2015, Ayacucho, que consideró que por la forma de la redacción típica del delito de negociación incompatible, no es posible admitir la participación de un *extraneus*, dado que el interés indebido del funcionario se puede materializar aun sin la voluntad del particular, y esto nos lleva a nuestro último planteamiento: ¿Es imposible la participación de un *extraneus* en el delito de negociación incompatible?

II. ¿QUÉ BIEN JURÍDICO BUSCA PROTEGER EL LEGISLADOR PARA TIPIFICAR EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE? CASACIÓN 231-2017, PUNO

2.1. Casación 231-2017, Puno: aspectos esenciales

El hecho que dio lugar a la Casación 231-2017, Puno, partió de que se le imputó como autor del delito de negociación incompatible al alcalde de la Municipalidad de la Provincia de Melgar por haberse interesado directa e indebidamente al haber aprobado el expediente técnico y aprobado mediante Resolución de Alcaldía el Proceso de Exoneración para la adquisición de la semilla de alfalfa, dactylis e inoculante para los proyectos de fortalecimiento de asistencia de productores agropecuarios (Proceso Exonerado 001-2010-MPM-A), por el monto de 1 592 000 soles.

Se imputó, además, como autores del delito de negociación incompatible a los miembros del Comité Especial del Proceso Exonerado 001-2010-MPM-A por haberse interesado directa o indebidamente al haber consentido la buena pro en favor de la Empresa ALABAMA, empresa. El Proceso de Exoneración se dio por la causal de desabastecimiento inminente, es decir, una situación extraordinaria e imprevisible que requiere atención inmediata en el tiempo.

El Juzgado Mixto Unipersonal y Penal Liquidador de la provincia Melgar de la Corte Superior de Justicia de Puno condenó al exalcalde de la provincia Melgar a 5 años, 4 meses y 1 día de pena privativa de libertad, y a los 3 procesados exmiembros del Comité Especial del Proceso Exonerado 001-2010-MPM-A a 4 años, 4 meses y un día de pena privativa de libertad efectiva.

Entre los argumentos principales para condenar a los procesados se encuentra que en el Proceso de Exoneración existieron irregularida-

des[1]: i. se adicionaron nuevos requisitos técnicos en las bases, sin consentimiento del área usuaria en contra del artículo 41 del Reglamento de Ley de Contrataciones del Estado; ii. En los cinco procesos se mantuvo la modificación irregular de las bases provocando un retraso irregular premeditado para su exoneración; iii. La aprobación de la exoneración se hizo en un tiempo record: un día; iv. Se generó la orden de compra antes del consentimiento de Buena Pro y antes de la firma del Contrato, y v. No hubo situación de desabastecimiento porque los requisitos solo los podía cumplir la empresa que se le otorgó la Buena Pro.

La Sala Penal de Apelaciones de la Sede de San Román de la Corte Superior de Justicia de Puno confirmó la sentencia de primera instancia en todos sus extremos.

Entre los argumentos principales para confirmar la condena de los procesados se encuentra que en el proceso de exoneración existieron como irregularidades:

i. La empresa a la que se le otorgó la Buena Pro tuvo la propuesta económica más alta;

ii. Esta empresa fue descalificada en anteriores procesos por no cumplir especificaciones técnicas, pero, a pesar de ello, fue invitada.

Los exmiembros del Comité Especial del Proceso Exonerado 001-2010-MPM-A, interponen Recurso de Casación para desarrollo de doctrina jurisprudencial (artículo 427, inciso 4, del Código Procesal Penal) en cuanto a los presupuestos típicos del delito de negociación incompatible e interpretación errónea de la ley penal (artículo 429, inciso 3, del Código Procesal Penal), en el sentido de la interpretación del elemento adicional al dolo: el agente tenga la finalidad de obtener provecho económico para sí o para terceros. Asimismo, la defensa alegó que no hubo imputación concreta en la función que habrían desempeñado en los hechos imputados que fueron subsumidos como delito de negociación incompatible.

La Corte Suprema advirtió que el proceso de exoneración anterior al Proceso Exonerado 001-2010-MPM-A, en una reunión, se descartaron a otras empresas: una por intento de corrupción, otra porque incumplió un

---

(1) Un descripción más específica y pormenorizada de las irregularidades acaecidas en la Casación 231-2017, Puno, en García León, G (2018, pp. 75 y 76).

contrato en el año 2008 y a otra porque no importaba las semillas requeridas, por ello, se procedió a invitar a la empresa ALABAMA, quien cumplió con todos los requisitos.

La situación de desabastecimiento contó con informe de asesor legal externo que determinó procedente la exoneración del plazo de convocatoria del proceso de selección; la modificación especial referida a los porcentajes de germinación y pureza de semillas se realizó conforme al artículo 31, apartado 6 del RLCE y el artículo 60 LCE, que prevé la incorporación obligatoria de las modificaciones objeto de consultas, observaciones o pronunciamiento, la variación de cantidades de insumos se dio de acuerdo con los informes (FJ 24).

Señala, además, la Corte Suprema que este delito no se configura «con el solo incumplimiento de normas de carácter administrativo», sino que, al ser este delito, «de peligro concreto, el actuar de los sujetos activos debe significar un riesgo inminente para el Estado (Municipalidad Provincial de Ayaviri-Melgar» (FJ 26).

Para la Corte Suprema, este proceso de exoneración «no significó un peligro efectivo para el patrimonio del Estado» más bien «la suma egresada por la Municipalidad se justificó con la adquisición de los insumos [...] con el fin de satisfacer una necesidad que de no hacerlo habría ocasionado perjuicio a los pobladores» (FJ 28). Esto determinó la absolución de los procesados.

2.2. Sobre la Relevancia del debate sobre cuál es el bien jurídico del delito de negociación incompatible en la Casación 231-2017, Puno

Un dato curioso en esta Casación es que se esbozan en 3 de sus pasajes tres posturas inconciliables de bienes jurídicos a proteger en este delito:

Una primera es que en el FJ 12 se señala que en este delito se protege «el normal y correcto funcionamiento de la Administración pública». En el mismo fj.12 señala que en este delito se tutela la imparcialidad, transparencia e imparcialidad de los funcionarios públicos. Asimismo, indica que este delito busca preservar «la integridad y rectitud del funcionario público»; señala, además, que en este delito no se «exige un peligro efectivo para el patrimonio del Estado».

Es decir, señala como bien jurídico por un lado i. «el normal y correcto funcionamiento de la Administración pública» y, por otro, ii. la imparcialidad, transparencia e imparcialidad de los funcionarios públicos, y iii. la integridad y rectitud del funcionario público».

La Casación señala, además, que este delito implica un adelantamiento de barreras de punibilidad para evitar que el funcionario atente contra el patrimonio estatal, advirtiendo que para que se configure este delito debe existir «una situación efectiva y real del correcto funcionamiento de la administración pública» (FJ 13). Es decir, la Casación se decanta por el bien jurídico genérico de este delito, esto es, por el normal y correcto funcionamiento de la Administración pública.

En el FJ 14 refiere que este delito es de peligro concreto y que se configurará con aquellas conductas que supongan «un daño inminente para la administración pública», lo que peca de genérico, pero puede ser entendido que debe poner en peligro real el «normal y correcto funcionamiento de la Administración pública».

Curiosamente, la casación usa un bien jurídico genérico propio de los delitos de peligro abstracto para señalar que el delito de negociación incompatible es de peligro concreto.

Pero la Casación cambia todo lo dicho hasta ese momento sobre el bien jurídico y en su FJ 17 señala que en este delito se requiere un «riesgo para el patrimonio estatal», debido a la «connotación económica del contrato u operación pública»; es decir, ahora el bien jurídico es el *patrimonio estatal*, bien jurídico radicalmente diferente «al normal y correcto funcionamiento de la Administración pública», que nada dice del patrimonio.

Esta línea es usada para resolver la controversia, pues entiende que los hechos requieren para ser subsumidos en el delito de negociación incompatible que «el actuar de los sujetos activos deba ser de tal entidad que signifique un riesgo inminente para el Estado» (FJ 26).

Es así que en el FJ 28 se señala que en el proceso exonerado que se contrató a la empresa presuntamente favorecida en forma indebida «no significó un peligro efectivo para el patrimonio del Estado [...]; por el contrario, con el dinero de la contratación tuvo el fin de satisfacer una necesidad para la comunidad y sus demás distritos, que de no hacerlo habría ocasionado perjuicio a los pobladores y sus sembríos».

Si partimos de la idea de que este delito es de peligro concreto, es decir, importa un riesgo inminente de lesión de un bien jurídico determinado, y la Casación señala que, al no haber un riesgo al patrimonio del Estado, no

habría delito. La Casación entiende que el patrimonio del Estado es el bien jurídico; si esto es así, echa al tacho los 3 bienes jurídicos que señaló en sus fjs. 12, 13, 14, equiparando este delito al delito de colusión simple (art. 384 Código Penal), que según el FJ 6 vinculante de la Casación 661-2016, Piura, se configura cuando la concertación entre el funcionario y el particular interesado implica un peligro concreto para el patrimonio del Estado.

Entonces, saber cuál es el bien jurídico en este delito es vital, porque de asumir una postura u otra algunos hechos no configurarán el delito de negociación incompatible y, por tanto, serán impunes.

La Corte Suprema, en otros pronunciamientos, ha entendido que el bien jurídico protegido en este delito es la regularidad y lealtad funcionarial. Es así que tenemos que en el R. N. N.° 661-2009, Lima, se precisa que en este delito se «Tutela [...] propiamente la legalidad del ejercicio de la función pública y busca asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional [...]» (FJ 3) y el R. N. N.° 1360-2013, Cusco, que entiende lo que en este delito se busca «brindar protección al ejercicio regular de las funciones públicas, preservándolas, preventiva y conminatoriamente de los actos de corrupción o garantizar el respeto del desarrollo funcional de la administración pública» (FJ 2.1)]. Sin embargo, en la Casación 841-2015, Ayacucho, se decanta al parecer por un bien jurídico de contenido patrimonial, pues se señala «al tratarse de un delito de corrupción de funcionarios, el deber quebrantado es la adecuada gestión del patrimonio estatal» (FJ 35).

La doctrina nacional tiene una visión similar; por un lado, se entiende que se protege «la imparcialidad y objetividad de la actuación funcionarial, en el marco estricto de la contratación administrativa»(2) o «el deber de lealtad y probidad de los funcionarios públicos» a través de su «prescindencia e imparcialidad»(3) como también se buscaría «preservar normativamente la administración pública del interés privado de sus agentes, además de mantener incólume la imagen de la administración ante la ciudadanía»(4).

---

(2) *Vid.* PEÑA CABRERA FREYRE, R (2016, p. 569); ABANTO VÁSQUEZ, M (2003, pp. 506 y 510).

(3) *Vid.* ARISMENDIZ AMAYA, E (2018, p. 785), SALINAS SICCHA, R (2011, p. 563) REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. (2016, p. 22).

(4) *Vid.* ROJAS VARGAS, F. (2007, p. 818).

Sin embargo, hay 2 posturas en la doctrina nacional ciertamente interesantes, porque se alejan del común denominador de deberes de lealtad, probidad, imparcialidad, neutralidad, objetividad o integridad de la doctrina tradicional. Es así que, por un lado, Castillo Alva, J (2015), quien entiende que en este delito se tutela «la transparencia en los procesos de contratación estatal y la exclusiva promoción de intereses públicos cautelando que este proceso se rija por los principios de libre competencia e la igualdad de oportunidades de sus participantes» (p. 15) y, por otro lado, García Cavero, P., quien entiende que el deber específico infringido en este delito «no puede limitarse al tratamiento igualitario a los administrados, sino que incluye la custodia de los intereses económicos del Estado»; puesto que concibe que si el funcionario no pone «en peligro los intereses económicos del Estado, no podrá hablarse de un delito de negociación incompatible»[5].

En el derecho comparado, Mir Puig, C. (2000) señala que cuando se encontraba este delito regulado en el código penal español, se buscaba «preservar la integridad y la rectitud del funcionario al resolver, garantizando su imparcialidad frente a los administrados en general y frente a los competidores ofertantes en las contratas en particular» (p. 357). En Argentina, para Donna (2006), se «tutela la imparcialidad de los funcionarios en la toma de decisiones propias en estricta relación a la función pública que desarrollan» (p. 314), y para Sancinetti (1985) se «protege la transparencia de los actos administrativos y de modo mediato los intereses económicos de la administración» (pp. 788-789); esto último se dará siempre y cuando se entienda como consecuencia general del actuar parcializado del funcionario.

2.3. Crítica y toma de postura

El punto de partida para analizar los elementos típicos del delito de negociación incompatible debe ser la determinación específica de su bien jurídico, porque su comprensión difusa tendrá como consecuencia la interpretación indistinta de irregularidades o defectos administrativos de funcionarios en un contrato u operación estatal como delito (negociación incompatible) o no delito (meras irregularidades administrativas que merecen sanciones del derecho administrativo).

---

(5) *Vid.* García Cavero, P. En Reátegui Sánchez, J (2016, p. 20).

Esto es así porque el bien jurídico en el derecho penal cumple una función exegética o interpretativa, pues se erige como un «instrumento fundamental en la determinación y el alcance de los tipos penales», así como ostenta una función sistemática e integradora, al aportar un «criterio clasificador de los delitos de Parte Especial»[6].

Así como también cumple una función de garantía o de límite punitivo, en cuanto «limita la actividad del legislador al momento de producir normas penales»[7], esto es, el hecho de que en el delito de negociación incompatible se determine o no un determinado bien jurídico hará que la comprensión de un hecho pueda no ser objeto de tutela del derecho penal, pero sí del derecho administrativo.

Finalmente, otra función importante del bien jurídico es la denominada función individualizadora, que viene a ser «un criterio de medición de pena»[8], es decir, la atención al grado de lesividad (gravedad) de la afectación de un bien jurídico será un factor indispensable para fijar un *quantum* de pena.

En este sentido, para determinar qué es lo que se protege en este delito es necesario hacer un triple análisis: i. ubicación sistemática, ii. histórica y iii. comparativa.

La ubicación sistemática de este delito es en la Sección IV (Corrupción de Funcionarios) del Código Penal, que abarca los delitos comprendidos en el artículo 393 al 401 del Código Penal, que son principalmente las diversas modalidades de cohecho (pasivo, activo, genérico, específico, propio, impropio, etc.), además del delito de tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito, esto es, por la ubicación sistemática bajo el rótulo de «corrupción de funcionarios» se entendería que el delito de negociación incompatible es una figura cercana al delito de cohecho, que preserva la imparcialidad[9], probidad[10] y objetividad de las actividades públicas[11].

---

(6) *Vid.* Vizueta Fernández, J (2003, pp. 181-182).

(7) Regis Prado, Luiz (2010, p. 56).

(8) *Loc. cit.*

(9) *Vid.* Urbina Gimeno, I (2006, p. 310); Rojas Vargas, F (2007, p. 669); Abanto Vásquez (2003, p. 422); Peña Cabrera Freyre, R. (2016, p. 458).

(10) Arismendiz Amaya, E. (2018, p. 588).

(11) Hurtado Pozo, J. (2016, p. 594).

Si partimos solo de la ubicación sistemática, por encontrarse en la familia de delitos de corrupción, no les faltaría en alguna medida la razón a los autores que señalan que el bien jurídico en este delito es la imparcialidad, objetividad, probidad y lealtad del funcionario público, sin embargo, el análisis no debe terminar allí.

Históricamente, el delito de negociación se tipificó en el artículo 397 del Código Penal, este delito no tenía la formulación actual del artículo 399 del Código Penal; el tipo no señalaba que el interés deba ser «indebido» y que este sea «en provecho propio o tercero». Esta formulación originaria del Código Penal de 1991 se encuentra en sintonía con la postura de quienes señalan que el bien jurídico es la imparcialidad, la objetividad o neutralidad, en razón de que el funcionario, aquí, desdobla su función pública a intereses privados ajenos a la administración.

Sin embargo, el mismo artículo 397 que cobijaba al delito de negociación incompatible fue modificado (Ley N.° 27074), agregándose que el funcionario o servidor público deberá «indebidamente» interesarse para que se configure este delito. Aquí caben perfectamente las posturas que integran como bien jurídico: la rectitud en las decisiones de los funcionarios o la transparencia de las contrataciones públicas, puesto que lo indebido importa más que un interés hasta cierto punto subjetivo —interno—, sino que implica una manifestación externa y objetiva del funcionario en un contrato u operación en la que actúa en función de su cargo; es decir, tiene poder decisión, por tanto, si su actuar no es transparente o recto habría cometido este delito.

Sin embargo, hasta ahí esta idea no parece ser definitiva, porque no ayuda a aclarar si en definitiva estos actos «no rectos» o «no transparentes» no podrían ser considerados también como defectos u omisiones administrativas que merecen sanción administrativa y no penal, máxime, si la transparencia en el ámbito administrativo de la Contratación Estatal «implica la accesibilidad de los postores contratistas y terceros en la información que la entidad posea, administre o crea antes, durante y después del proceso de selección» Morón Urbina (2016, p. 202). Es decir, la transparencia está mayormente enfocada al acceso y la afluencia de información entre los participantes y la entidad pública, mientras que la imparcialidad busca que «las reglas del proceso de selección, su interpretación y aplicación deben fomentar la pluralidad de concurrentes al proceso de selección» Morón Urbina, J y Aguilera, Zita (2017, pp. 78-79).

Es decir, el derecho penal y, en específico, el delito de negociación incompatible no busca únicamente proteger el acceso a la información entre los participantes y la administración (transparencia) o el ejercicio discrecional que limita la participación de participantes, pues no se trata de un delito contra la libre competencia; de allí que no sea casualidad que ante la infracción de la imparcialidad y la transparencia, los participantes puedan acudir al Tribunal de la OSCE para resolver sus controversias, sin tener que llegar al derecho penal.

Volviendo a nuestro análisis histórico precedente, el delito de negociación incompatible migró del artículo 397 del Código Penal al artículo 399 del Código Penal (Ley N.° 28355); el legislador incorporó esta vez que el interés «indebido» deba ser «en provecho propio o tercero», esto ayudaría a superar las concepciones «administrativas» de bien jurídico de la doctrina, pues se buscaría no solo tutelar el actuar imparcial, transparente o recto del funcionario en las contrataciones públicas, sino que «siempre y cuando» este actuar haya sido pervertido por el provecho o beneficio económico del funcionario, o en favor de un tercero; sin embargo, hasta ahí no nos es posible todavía desentrañar el bien jurídico en el delito de negociación incompatible.

Para ello, es necesario analizarlo comparativamente con otro delito, como es el delito de colusión, la razón: porque la Corte Suprema ha señalado en reiteradas oportunidades, que el delito de negociación incompatible es un delito subsidiario a otros delitos, como el delito de colusión (Cas. 841-2015, Ayacucho) y que este delito constituye «uno de peligro que previene que el funcionario atente contra el patrimonio Estatal» (Cas. 67-2017, Lima y Cas. 231-2017, Puno).

En este orden de ideas, si el delito de negociación incompatible nació para punir una colusión adelantada, tengamos en cuenta que la colusión del primer párrafo, del artículo 384, del Código Penal, implica una concertación para defraudar; es decir, que el fruto de esta concertación representa un peligro real e inminente para el patrimonio del Estado, esto es, se concierta para favorecer al postor que otorga las condiciones más perjudiciales, desventajosas que *ex ante* se verifican como peligrosas para el patrimonio estatal.

Si partimos de ello, en este delito se tutelaría como enseñaba García Cavero la custodia de los intereses económicos del Estado o la puesta en peligro los intereses económicos del Estado, o «la optimización del patrimonio»[12] o «la adecuada gestión del patrimonio estatal» (Casación 841-2015, FJ 35).

---

(12) *Cfr.* GONZALES ORBEGOSO, A. (2017, p. 168).

Sin embargo, si asumimos estas posturas, lo único que distinguiría al delito de negociación incompatible con el delito de colusión (simple) sería que esta requiere concertación para su configuración y el delito de negociación incompatible: no, pero habrán situaciones como el interés indebido simulado, donde el funcionario se vale de testaferros quienes «aparentarán» ser «reales postores» para ser el centro de favorecimiento; nadie dudará que aquí hubo «concertación» entre el funcionario y el tercero testaferro, y eso sería colusión y ¿acaso no también negociación incompatible? Con todo ello, el bien jurídico no tendría que tener un contenido patrimonial, porque vaciaría de contenido a otros delitos afines como el delito de colusión.

Entonces, si el bien jurídico del delito de negociación incompatible no tiene contenido patrimonial, el funcionario puede interesarse indebidamente incluso por el mejor ofertante o postor de la contratación u operación estatal. Se tutelará, entonces, la imparcialidad, neutralidad u objetividad del funcionario; pero, en este punto, no le falta razón a Castillo Alva, cuando señala que el funcionario no debería ser imparcial, por el contrario como gestor interesado de la administración debe buscar lo mejor para esta (2015, p. 20), y ello ha llevado a autores como Rojas Vargas a señalar lo siguiente: «Es debatible la relevancia penal de la hipótesis en la cual el acto de interesarse indebidamente le reporte mayor beneficio a la administración pública», debiéndose para dilucidarlo invocar principios como el de mínima intervención y última ratio (2007, p. 826).

El principio del derecho penal como última entiende que el Derecho Penal debe intervenir en forma subsidiaria, es decir, cuando hayan fracasado todos los demás controles ya sean formales o informales[13], en nuestro caso: el derecho administrativo.

Por otro lado, el principio de intervención mínima o carácter fragmentario del derecho penal entiende que de todas las conductas que de algún modo pueden considerarse ilícitas o lesivas al ordenamiento jurídico. El derecho penal selecciona una porción limitada de aquellas[14] por ser las «más intolerables y perturbadores desde el punto de la convivencia social»[15], que

---

(13) *Cfr.* Mir Puig, S (2004, p. 129); Martos Núñez, J (2001, p. 126); Bustos Ramírez, J (2005, p. 548).

(14) *Cfr.* Muñoz Conde, F. (1975, p. 72).

(15) *Cfr.* García-Pablos de Molina, A (2000, p. 385).

son precisamente las que lesiones bienes jurídicos penales; de allí que se señale que aquí la función del derecho penal «es menos ambiciosa»[16].

Estos dos principios nos llevan nuevamente al mismo punto inicial, la determinación del bien jurídico del delito de negociación incompatible para saber si determinado hecho debe ser tutelado por el derecho administrativo o por el derecho penal.

Siguiendo la línea de interesarse o favorecer indebidamente al mejor postor, el bien jurídico en el delito de negociación incompatible tendría que tener similar contenido al bien jurídico en el delito de cohecho, pues en el delito de cohecho pasivo impropio (art. 394 del Código Penal) se sanciona al funcionario que acepta o recibe ventajas o beneficios indebidos «para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado» y, en el caso concreto, si en una contratación u operación estatal el funcionario público —que en razón de su cargo recibe una dádiva por favorecer al mejor postor— habrá cometido un delito de cohecho pasivo impropio; pero si suprimimos la existencia de una dádiva, beneficio o cualquier ventaja indebida y solo tenemos que «el interés indebido» es «en provecho propio o tercero», estaremos ante un delito de negociación incompatible.

Por tanto, el bien jurídico genérico en este delito sería la imagen, credibilidad o transparencia de la Administración pública en el desarrollo de las contrataciones y operaciones estatales, y el bien jurídico específico sería la honestidad o la veracidad de las actividades públicas en el actuar competencial del funcionario en su actuar en las contrataciones u operaciones públicas.

La elección de un bien jurídico, para distinguir entre el delito de negociación incompatible y de irregularidades u omisiones que tienen consecuencias administrativas al proceso de contratación y disciplinarias a los funcionarios, se asienta en la asunción de la teoría cualitativa para distinguir entre ilícito penal e ilícito administrativo, según el cual, en oposición de la teoría cuantitativa, que señala que no es posible encontrar diferencias entre lo protegido para bienes administrativos o penales[17] y solo se mide por su gravedad. La teoría cualitativa señala que sí es posible distinguir entre ilícito

---

(16) *Cfr.* RODRÍGUEZ MOURULLO, G (1978 p. 19).

(17) BAJO FERNÁNDEZ, M. (2008, pp. 161 y 165).

penal y administrativo, atendiendo a lo material o substancial de protección en ambas esferas del ordenamiento jurídico.

Según esta teoría cualitativa a diferencia del derecho administrativo, el derecho penal protege bienes concretos en casos concretos basándose en criterios de lesividad e imputabilidad individual. Según Silva Sánchez, J. (2001, pp. 125-126), la imputación penal se sustenta en un injusto propio (en la administración se funda en un funcionamiento global, pudiéndose admitir criterios objetivos de responsabilidad) (García Cavero, P 2003, pp. 139-141), pues las infracciones administrativas solo protegerán formas de organización social de carácter general, esto es, peligros abstractos, estadísticos o hipotéticos, y el ilícito penal, si protegerá bienes jurídicos (penales), fundamentales individuales o colectivos, Zúñiga Rodríguez, L (2001, p. 1442)

En el caso concreto, se afectará sin duda la objetividad, neutralidad, imparcialidad, transparencia a la administración pública, en cuanto su actuar perjudica al desenvolvimiento de la contratación estatal, motivando procesos administrativos, quejas, sanciones, inhabilitaciones, nulidades de procesos, etc. Pero se afectará la honestidad o veracidad funcionarial en contrataciones u operaciones públicas, en cuanto el actuar incorrecto del funcionario es producto no solo de infringir normas administrativas, sino de la corrupción y con ello la búsqueda de la obtención de un beneficio o provecho económico, de allí que no es en vano la denominación de este delito como aprovechándose indebido de cargo o función. Genéricamente, se protegería la credibilidad, la imagen de las contrataciones u operaciones estatales.

Esta postura asumida como bien jurídico, no tiene por qué ser definitiva, debe ser más bien tomada, como bien jurídico de *lege lata*, es decir, luego de un análisis exegético, dogmático e histórico del tipo penal peruano de negociación incompatible, sin embargo, de *lege ferenda*, la razón de ser de un delito como el de negociación incompatible, debe ser más bien constituirse en un peligro real, inminente del patrimonio estatal. Sin embargo, la coexistencia en un mismo cuerpo normativo del delito de colusión simple y este delito impide su formulación, máxime si el debate acerca de si se protege el peligro concreto del patrimonio o deberes de lealtad en la colusión simple no parece acabado.

Esta idea de bien jurídico, asumida de *lege lata*, no tiene que ser absoluta, porque aun cuando se distinga entre bien jurídico en el derecho administrativo y el derecho penal en este delito. Esta formulación no podrá

en todos los casos solucionar todos los problemas, mientras no sea posible establecer reglas más o menos fijas de imputación objetiva para atribuir la calidad de riesgo prohibido a determinadas irregularidades administrativas en las contrataciones estatales y no sea posible establecer reglas más o menos fijas de imputación subjetiva para atribuir a título de dolo el riesgo prohibido a consecuencia de las irregularidades administrativas en las contrataciones estatales producidas por el funcionario.

III. ¿ES POSIBLE INTERESARSE INDEBIDAMENTE POR OMISIÓN EN LA MODALIDAD DIRECTA, INDIRECTA O SIMULADA? CASACIÓN 67-2017, LIMA

3.1. Casación 67-2017, Lima: aspectos esenciales

En esta Casación encontramos como hechos, que el Ministerio de Educación previa exoneración del proceso 14209-ED/UE108, suscribió de modo directo Contrato para la Remodelación, Rehabilitación y Reforzamiento de la Infraestructura Educativa y Equipamiento de la Institución Educativa 1070-Melitón Carbajal con el Consorcio DHMONT &CG&M S. A. C por 18 976 471, 40 soles a suma alzada y para su supervisión con la empresa HIDROENERGÍA S.R.L por 377 567, 20 soles

Se imputó al Jefe de la Oficina de Infraestructura Educativa-OINFE y Coordinador en el área de Supervisión de Obras y Mantenimiento de la OINFE haberse interesado de manera directa a favor de Consorcio DHMONT por haber emitido pronunciamiento para el cambio de material de techo y piso del gimnasio con la aprobación de la solicitud de presupuesto adicional, liberando a esta empresa Consorcio DHMONT de instalar esos materiales valorizados en 269 725, 00 siendo que el presupuesto adicional fue de 261 632, 20 soles.

En tanto que a los representantes de la empresa Consorcio DHMONT e HIDROENERGÍA la calidad de cómplices primarios, en cuanto participaron en forma imprescindible para que se aprobara indebidamente el presupuesto adicional.

En primera instancia el Tercer Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima, atendiendo al hecho de que los 2 funcionarios de la OINFE, tenían funciones vinculadas a los cambios de material del techo y piso gimnasio habiendo omitido actuar conforme a sus funciones y las empresas incumplieron con sus obligaciones contractuales en cuanto a la ejecución de los cambios de material del techo y piso del gimnasio (FJ 3) condenó como au-

tores del delito de negociación incompatible a los 2 funcionarios de la OINFE a 4 años de pena suspendida por 3 años e inhabilitación de 3 años y la misma pena a título de cómplice primario al representante legal de Consorcio DHMONT y absolvió al representante legal de HIDROENERGÍA, y se condenó el pago de reparación civil de ambas empresas en forma solidaria (200 mil soles).

En segunda instancia, se confirmó la condena de los funcionarios de la OINFE, se confirmó la absolución del representante legal de Consorcio DHMONT, reforma el porcentaje de pago de los representantes de las empresas, empresas que son terceros civilmente responsables, en razón de que: Los imputados no aprobaron el presupuesto adicional pero a pesar de la opinión de asesoría jurídica continuaron con el trámite dando conformidad del adicional, solicitando además se envié nuevamente a asesoría jurídica para pronunciamiento final, uno de los procesados omitió señalar que la empresa ya había ejecutado la instalación del techo y piso laminado. Las empresas fueron responsables porque sus representantes legales suscribieron los contratos que les favorecieron (FJ 4).

El motivo casacional en cuanto a la condena de los funcionarios, se centró en la invocación del artículo 429 inciso 2: errónea interpretación de la interpretación de la ley penal, en específico del artículo 399 del Código Penal, la defensa de uno de los procesados alegó que el área competente para tomar decisión de los materiales era el área de proyectos, su conducta fue neutra.

La Corte Suprema señaló para resolver, que la función del Jefe de obras solo fue una función fiscalizadora y no de dirección no teniendo un poder de decisión de firmar contratos o modificar los términos de tal forma que se beneficioso para terceros, además no se analizó el elemento subjetivo, no se fundamentó su dolo de favorecer a terceros (FJ 55 p. 34), pues la mera omisión de consignar de datos relevantes como los cambios de materiales del piso y del techo del gimnasio en el informe solo importa el incumplimiento de normas administrativas que *per se* no constituyen delito de negociación incompatible (FJ 56 p. 34).

La Corte Suprema, señala además que no solo basta con una mera infracción del deber de abstención del funcionario «sino que su interés debe ser considerado como una intervención a favor en la obra que esté a cargo» (FJ 40), en este sentido la Corte Suprema señala en otros pasajes de la Sentencia, que «este delito solo puede materializarse por una acción positiva» (FJ 42), a partir de una interpretación restrictiva, respetuosa del principio de

presunción de inocencia, por ello considera que el interesarse directa o indirectamente, puede realizarse «solo por actos administrativos», por cuanto este tipo penal, «no obedece a meros incumplimientos administrativos» no merecedores de una sanción penal (FJ 43)

3.2. Sobre la relevancia del debate sobre si es posible interesarse indebidamente por omisión en la modalidad directa, indirecta o simulada en la Casación 67-2017, Lima

La necesidad de establecer si se puede interesar directa o indirecta o simuladamente por omisión tiene sentido en la medida que su imposibilidad deviene en impune un hecho. Para Castillo Alva, la «violación de deberes de verificación y al deber de abstención bien puede difícilmente dicha omisión puede realizar la tipicidad objetiva del delito de negociación incompatible», pues «una cosa es dejar pasar, omitir y otra muy distinta interesarse (2015, p. 75)

Esta idea ha sido replicada en la Jurisprudencia Nacional, donde se tiene que en el R. N. N.° 661-2009 (FJ 5) se ha señalado que: «no existe una actuación omisiva que pueda corresponderse con el elemento de la transgresión de la legalidad del ejercicio funcional exigido» pues si funcionario omite un acto de su competencia podrá ser responsable por omisión de deberes funcionales, pero no por delito de negociación incompatible.

Sin embargo, en la Casación 67-2017, Lima, y en doctrina Rojas Vargas (2007), entienden que si podría darse en el interés indebido, por omisión pero solo en la modalidad simulada, puesto que aquí: «por la naturaleza de la simulación es dable admitir comportamientos omisivos con carga intencional comisiva, perpetrada en tal caso por terceros», p. 829.

La Corte Suprema en la Casación 67-2017, Lima, deja entrever que la simulación podría darse en el interés indebido simulado, entendemos porque el agente, aparente o simula realizar actos propios de su competencia, pero omite dolosamente las decisiones administrativas para impedir que no se realice el favorecimiento indebido para sí o para un tercero. Pese a ello, no existen mayores explicaciones de la doctrina o la jurisprudencia.

3.3. Crítica y toma de postura

En este caso no le falta razón a la Corte Suprema, cuando señala que la mera omisión no puede significar un interés indebido directo o indirecto;

sin embargo, el análisis peca de ligero y de poco contenido para analizar si interés indebido directo o indirecto puede manifestarse mediante conductas omisivas; estas tienen que cumplir ciertos presupuestos, que son los presupuestos para que exista un delito por modalidad de omisión impropia o comisión por omisión.

En principio el funcionario o servidor público que omite, tendrá que tener competencia funcional específica o ser garante de la fuente del acto administrativo que determina el favorecimiento materia de imputación fiscal.

Así también, según el artículo 13 inciso 2 del Código Penal, para que hablemos de un delito de realización omisiva, el tipo penal debe corresponderse a un hacer, realmente serían muy difíciles los casos en las que la omisión implique un interés indebido, salvo en casos que se entienda que el funcionario público aprueba un acto administrativo, aun cuando no manifieste expresa o externamente su decisión, por ejemplo si el responsable del área usuaria que debe recibir los productos objeto de contratación omite dolosamente consignar en su informe de conformidad que el producto fue recepcionado de forma tardía e incompleta, favoreciendo indebidamente al tercero, y este acto (informe incompleto o no presenta dicho informe) constituye para fiscalía el acto administrativo de favorecimiento indebido, podría aun con dificultades decirse que existe un interés indebido directo por omisión impropia, porque la omisión de emitir informe o la omisión de consignar datos relevantes en una función en la que este funcionario era garante de prestar conformidad del servicio pues era el área usuaria, constituye una conducta omisiva impropia.

En cuanto al interés indebido indirecto, en el que el funcionario público se vale de terceros para ocultar, su verdadero interés no estatal (privado: en provecho propio o tercero), nuevamente aquí no se trata si la omisión de determinados actos de fiscalización, supervisión, denuncia o de impulso del proceso, impliquen ya el delito de negociación incompatible, pues no sería muy complicado, señalar que la omisión de estos actos constituirían otros delitos como el delito de omisión de actos funcionales tipificado en el artículo 377 del Código Penal u omisión de denuncia prescrito en el artículo 407 del Código Penal, sino importa saber aquí si la omisión de realizar estos actos de función se interpreten como una orden o decisión activa del funcionario que determina un favorecimiento para sí o un tercero. Eso es más bien, lo que equipara estructuralmente a una conducta omisiva al valor de

una conducta activa, no la simple omisión de garante, sino que la omisión de garante tenga la idoneidad de dar continuidad, desarrollo, impulso o fin a un acto administrativo.

La Corte Suprema ha señalado que si es posible, lo cual sería más complicado aún, el indebido interés simulado por omisión impropia, puesto que en este punto la doctrina señala que el agente aquí manifiesta externamente que está actuando en favor de la administración, o actúa «regularmente», pero su interés privado, se encuentra simulado, escondido, cuestión que parecía más fácil de encajar en la omisión, pero esto no tiene por qué ser así, porque la omisión debe tener la entidad de determinar el favorecimiento, es decir, la omisión debe aumentar el peligro de la realización del favorecimiento, la omisión del acto administrativo debe generar la eminencia del favorecimiento y si aquí el funcionario por el contrario emite actos que externa o legalmente al parecer estar acorde a la administración, en ningún modo su silencio o actuar simulado contribuye a la realización del delito.

En suma si es posible considerar que indebidamente directa o indirectamente se puede interesar por omisión, pero no cuando se omitan actos administrativos de función como fiscalizar, supervisar, impulsar, dar conformidad, aprobar, sino cuando la omisión de estos actos signifiquen una decisión administrativa en el contrato u operación estatal y esta decisión administrativa favorezca indebidamente a un tercero o al propio funcionario.

En la práctica será difícil encontrar en los procedimientos clásicos de selección que tenemos, que la omisión de un acto administrativo tenga un sentido de decisión que de impulso, continuidad o cierre de un contrato u operación, sin embargo, ante la multiplicidad de modalidades de contrataciones u operaciones, como la subasta inversa electrónica, comparación de precios y otros procesos que con la tecnología y especificaciones contractuales futuras puedan existir, consideramos que sería posible la comisión por omisión en el interés indebido directo o indirecto en el delito de negociación incompatible.

IV. ¿TIENE COMPETENCIA LA OSCE EN LA DETERMINACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE UNA SITUACIÓN EMERGENCIA PARA EXONERAR UN PROCESO DE SELECCIÓN? CASACIÓN 23-2016, ICA

4.1. Casación 23-2016, Ica: aspectos esenciales

Los hechos que dieron lugar a la Casación 23-2016, Ica tienen como eje central la imputación como a título de coautores y cómplices del delito de ne-

gociación incompatible al gobernador, gerente regional, consejeros y jefe de abastecimiento del gobierno regional de ayacucho por haber simulado una situación de emergencia (red vial de la Región Ayacucho) para exonerar un proceso de selección, para la adquisición de maquinaria por 20 millones de soles.

El gerente regional se habría interesado directa e indebidamente habiendo solicitado al consejero delegado se determine la situación de emergencia, pedido sustentado en estudios técnicos del personal del Gobierno Regional. El Órgano Supervisor de Contrataciones con el Estado (OSCE) observó el Proceso de Exoneración, así como la Dirección General de Política de Inversiones del Ministerio de Economía y Finanzas (23 observaciones) dirigieron carta al Presidente Regional quien remitió un recurso de reconsideración ante la OSCE, la OSCE le comunicó al Presidente Regional que subsistían las observaciones

Los consejeros regionales se habrían interesado directa e indebidamente declarando mediante acuerdo regional, en situación de emergencia la red vial de la región de Ayacucho.

El jefe de abastecimiento del Gobierno Regional de Ayacucho, fue encargado de la adquisición de maquinarias del proceso de exoneración, se habría interesado directa e indebidamente en un proceso de exoneración irregular, direccionando la buena pro, así como haciendo pagos sin considerar el tipo de cambio de la Superintendencia de Banca y Seguros.

En primera instancia se absolvió a algunos procesados como cómplices del delito de negociación incompatible, se condenó como coautores y cómplices del delito de negociación incompatibles a los procesados.

En segunda instancia, se anuló el extremo que absolvió a algunos procesados como cómplices del delito de negociación incompatible, y confirmo la condena como co-autores y cómplices del delito de negociación incompatibles a los procesados.

Ante esta decisión, se interpuso recurso de casación por errónea interpretación de la ley penal (artículo 429, inciso 3, del Código Procesal Penal), en específico de la interpretación de los elementos configuradores del delito de negociación incompatible y hubo 8 temas para desarrollo de la doctrina jurisprudencial: i. La determinación de los criterios de admisión de prueba nueva en apelación, ii. determinación de los criterios de admisión de prueba

producida en el juicio en el procedimiento de apelación de sentencia iii.- El método de valoración de la prueba necesaria para demostrar el grave peligro como causa de declaración de situación en emergencia, iv. El rol del particular en el delito de negociación incompatible, para la verificación del interés particular indebido de tercero, v. La finalidad del beneficio indebido como elemento subjetivo del tipo penal en el delito de negociación incompatible, vi. El principio de confianza como filtro de imputación objetiva en las estructuras organizadas de la Administración, vii. El significado del procedimiento de regularización administrativa en una contratación por emergencia y viii. El dolo como elemento subjetivo del delito de negociación incompatible (FJ 4.1, p. 8).

En cuanto al tema de nuestro análisis: el método de valoración de la prueba necesaria para demostrar el grave peligro como causa de declaración de situación en emergencia, es el tema más importante del proceso, porque tiene relación inmediata con la imputación fiscal a los procesados: simulación de situación de emergencia para exonerar el proceso de selección.

En el caso concreto el Órgano Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE) observó al gobierno regional la exoneración del proceso de exoneración por no existir situación de emergencia y recomendó que el proceso de selección sea llevado en la vía regular.

En sede de apelación y en la casación, la defensa dejó entrever que existían otros organismos especializados como SINAGERD que estaban en condiciones de determinar si había un grave peligro en virtud de una situación de emergencia (red vial).

En atención a ello la Corte Suprema considera que la determinación del grave peligro en situación de emergencia suele ser muy subjetivo (FJ 4.26, p. 22, declarado vinculante), señala además que pese haber normativa como el artículo 22 de la Ley de Contrataciones del Estado, el artículo 128° de su Reglamento, en estos no se precisa ni define que se debe entender por grave peligro (FJ 4.27, p. 24 declarado vinculante).

Refiere, además, que para determinar la idoneidad de una situación de emergencia requiere pasar por un proceso de instituciones especializadas en la materia como SINAGERD, SENAHMI, INGEMENT, que no involucra órganos consultores como el OSCE, siendo este «no competente para la determinación de la existencia de peligro, pues el peligro no se determina sobre la

base de un criterio jurídico, sino a través de un criterio técnico (riesgo de un daño grave)» (FJ 4.31, p. 27 declarado vinculante).

Además señala la Corte Suprema que si hubo un peligro real pues el Poder Ejecutivo había declaró en emergencia esa Región, por tanto declara fundado en ese extremo la casación y se absuelve a los procesados de la imputación: simulación de situación de emergencia.

4.2. Sobre la relevancia del debate, si tiene competencia la OSCE en la determinación de los elementos de una situación emergencia para exonerar un proceso de selección: Casación 23-2016, Ica

Los especialistas en Contrataciones con el Estado, entienden que «las situaciones de emergencia se encuentran determinadas por aquellos hechos de peligro o desastre que requieren de la adopción de realización efectiva e inmediata» Retamozo Linares, A (2015, pp. 525-526).

Entre estas situaciones de emergencia se tiene principalmente a los acontecimientos catastróficos definidos como «aquellos de carácter extraordinario ocasionados por la naturaleza o por la acción u omisión del obrar humano, que generan daños y afectan a la comunidad» Morante Guerrero, L (2016, p. 445) y las situaciones que afectan a la seguridad nacional que son las que «están dirigidas a enfrentar agresiones de orden interno o externo que menoscaben la consecución de los fines del Estado» Morante Guerrero, L (2016, p. 445).

Existe un grave peligro de una situación de emergencia cuando exista el riesgo de acaecimiento de las situaciones señaladas (eventos catastrófico, seguridad nacional); por ello, la administración «busca actuar con la previsión necesaria para evitar estos acontecimientos, obviamente el grave peligro debe representar una situación inminente» Paz Winchez, D. (2018, p. 260).

En cuanto a que organismo o entidad deba tener la competencia o potestad para definir una situación de emergencia, la doctrina no se ha pronunciado y solo se limitan a señalar que «la administración tiene la obligación de verificar y acreditar la existencia de un peligro real e inminente a fin de evitar la adopción de decisiones libradas a su facultad discrecional[18]» es decir, no se identifica a un organismo específico que determinará si hay grave peligro

(18) Retamozo Linares, A. (2015, p. 526).

de una situación de emergencia. Así también un comentarista[19] de este tópico en específico solo se ha limitado a explicitar el contenido de la Casación 23- 2016, Ica, con lo que no existe mayor desarrollo crítico.

Creemos que La Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, al referirse a la «administración», se entiende que es la misma entidad que tiene el deber de acreditar, verificar y motivar sus decisiones, pues aquí la Ley de Contrataciones del Estado señala como requisito en este tipo de procesos la evacuación de un informe técnico y legal que luego será aprobado por sesión plena de las entidades.

El debate sí es de imperiosa relevancia toda vez que el entendimiento definitivo que la OSCE no tiene competencia para determinar si existe o no un grave riesgo de situación de emergencia, la puede desautorizar, siendo el acto de informarle en este tipo de procesos una mera formalidad; por tanto, es necesario analizar qué tan correcto en este punto es el pronunciamiento de la Corte Suprema.

4.3. Crítica y toma de postura

Para responder a la pregunta si la OSCE es o no competente para señalar si existía situación de emergencia, debemos partir de que el sentido de competencia tiene aquí dos variables, la primera a la que podemos llamar competencia cognitiva o natural, es decir, si la OSCE tiene el conocimiento para saber o determinar la existencia o no de una situación de emergencia, lo que está claro que no lo tiene, y una competencia, por así decirlo, *legal*, como la entidad que en el marco de las Contrataciones del Estado es competente para tomar una decisión basada en la información de la existencia o no de una situación de emergencia.

Existe competencia cognitiva o natural de organismos como SINAGERD, el SENAMHI o el INGEMENT, pero no tendrán competencia legal, para decidir sobre el destino de una Contratación Estatal, competencia legal que si tiene la OSCE.

Entonces la situación no es muy complicada, pues la ley le faculta a la OSCE en el artículo 58 inc. p de la Ley de Contrataciones del Estado a «realizar estudios conducentes a evaluar el funcionamiento de los regímenes de contratación del Estado [...]». En este sentido, la OSCE puede servirse de

(19) MAYOR SÁNCHEZ, J. (2017, pp. 51, 52, 53 y 54).

los estudios, informes, comunicados, directivas, notas de SINAGERD, el SENAMHI o el INGEMENT para sustentar sus decisiones.

En la Casación, no se deja entrever si la OSCE tomó en cuenta los informes de SINAGERD, el SENAMHI o el INGEMENT, al parecer no, pero creemos que situaciones como esta pueden ser evitados, en dos ámbitos, un ámbito interno, propio de la entidad, y un ámbito externo que es la OSCE.

En el ámbito interno, según el artículo 21 Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 133 de su Reglamento, donde las contrataciones derivadas de exoneración de procesos de selección se realizarán de manera directa, deberán contar obligatoriamente con la emisión de informes técnico y legal previos «que contengan la justificación de la necesidad y procedencia de la exoneración», es decir en esta etapa la entidad podrá contar con información de SINAGERD, el SENAMHI o el INGEMENT.

En el ámbito externo la OSCE al evaluar el proceso de exoneración tendría también en cuenta informes de SINAGERD, el SENAMHI o el INGEMENT.

El señalar como doctrina jurisprudencial vinculante que la OSCE no es competente para determinar la existencia o no de una situación de emergencia, puede llevar al equívoco de anular la intervención de la OSCE en procesos de exoneración, opinión que correcta o no, aun se debe tomar en cuenta, pues de su análisis se podrá determinar si existen o no indicios de irregularidades para la investigación de la comisión de delitos.

V. ¿ES POSIBLE QUE LOS DEFECTOS ADMINISTRATIVOS EN UN PROCESO EXONERADO POR EMERGENCIA CONFIGUREN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE? CASACIÓN 841-2015, AYACUCHO

5.1. Casación 841-2015, Ayacucho: aspectos esenciales

Los hechos materia del proceso se residen en que se les imputa la calidad de autores del delito de negociación incompatible a dos funcionarios del Gobierno Regional de Ayacucho, al primero en razón de haberse interesado indebidamente en favor de dos empresas, por haber cursado invitaciones a 2 empresas cuando aún no se aprobaban las bases de un proceso exonerado; además, por haber emitido dos órdenes de compra en favor de estas empresas cuando aún no se les había otorgado la buena pro y por haber autorizado a estas empresas ampliar el plazo de entrega de tractores agrícolas por 10 días, cuando se había estipulado en los contratos solo 2 días.

Al segundo funcionario se le imputó también este delito por haberse interesado indebidamente en favor de estas dos empresas firmando el contrato, donde se amplía la entrega de vehículos y maquinarias por un plazo de 30 días, siendo que las bases señalaron solo 2 días.

El Segundo Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho condenó a estos 2 funcionarios a 4 años privativa de libertad suspendida por el período de tres años.

La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, confirmó la sentencia que condenó a estos 2 funcionarios a 4 años privativa de libertad suspendida por el período de tres años.

Contra la sentencia de vista, se interpuso Recurso de Casación, la misma que se interpuso según las causales del artículo 429 inciso 1 (inobservancia de garantías constitucionales: motivación de resoluciones judiciales) e inciso 3 del Código Procesal Penal (si la sentencia indebida aplicación o una errónea interpretación de la ley penal: artículo 399 delito de negociación incompatible).

Tres fueron los temas objeto de pronunciamiento: i. ¿Se configura el delito de Negociación Incompatible en casos de contratación por emergencia que inicialmente es defectuoso, sin embargo, posteriormente puede ser regularizado? ii. ¿El tercero interviniente responde como instigador o cómplice en el artículo 399 del Código Penal? iii. ¿Es necesario determinar la finalidad especial provecho en el comportamiento ilícito del imputado?

Fueron declarados extremos vinculantes los fundamentos jurídicos 12 al 23 y 34 al 37.

La Casación sobre el primer punto, que es aquí materia de análisis, entiende que no se configura el delito de Negociación Incompatible en casos de contratación por emergencia que inicialmente es defectuoso, sin embargo, posteriormente puede ser regularizado, por las siguientes razones:

i. La sola existencia de defectos administrativos en un proceso de emergencia no constituye delito de negociación incompatible, se necesita la comprobación de factores externos que den lugar al quebrantamiento de un deber penal y no meramente administrativo (FJ 24)

ii. En un proceso de emergencia no se privilegia el cumplimiento de la formalidad, sino la pronta atención de la situación de emergencia,

de allí que solo en estos procesos se estipule la regularización administrativa (FJ 17 y 20)

iii. En un proceso de emergencia la comisión de defectos es posible, pero estos defectos pueden ser objetos de subsanación, por si solos no tienen sentido delictivo (FJ 21)

A partir de estos fundamentos la Corte Suprema absuelve a los procesados.

5.2. Sobre la relevancia del debate de si es posible que los defectos administrativos en un proceso exonerado por emergencia configuren el delito de negociación incompatible: Casación 841-2015, Ayacucho

La Corte Suprema ha señalado como extremo vinculante en síntesis, que en procesos de emergencia donde no se privilegia la formalidad sino más bien la atención inmediata de la emergencia y, además, la ley faculta la regularización de defectos administrativos, los defectos administrativos por si mismos no podrían constituir delito máxime si para que constituyan delito de negociación incompatible debe acreditarse además otros factores como el provecho para sí o para terceros.

Este extremo vinculante ha sido valorado de forma positiva por un importante sector de la doctrina nacional, incluso en el análisis de la Casación 23-2016, Ica[20], pues se entiende que «de comprobarse la idoneidad de la situación de emergencia no existiría pese a los defectos administrativos el delito de negociación incompatible»

Sin embargo, la idea central de la Casación 841-2015, Ayacucho: los defectos administrativos por si mismos no constituyen delito, ha sido puesto en tela de juicio en varios frentes.

Por un lado, se critica que se podrían inferir interés indebido, si algunos defectos administrativos lesionarían el objeto de protección: optimización del patrimonio[21] de la entidad. Es así que para un sector de la doctrina, el hecho de haber emitido dos órdenes de compra en favor de estas

(20) HERRERA GUERRERO, M. (2017, p. 7).

(21) GONZALES ORBEGOSO, A. (2017, p. 168).

empresas cuando aún no se les había otorgado la buena pro (hecho 2) el haber autorizado a estas empresas ampliar el plazo de entrega de tractores agrícolas por 10 días, cuando se había estipulado en los contratos, solo 2 días (hecho 3) y la ampliación de la entrega de vehículos y maquinarias por un plazo de 30 días, siendo que las bases señalaron solo 2 días (hecho 4) generan lesión a la optimización del patrimonio, puesto que en el primer caso se efectúa un compromiso de pago sin previsión ni eficiencia en la contratación (hecho 2), en el segundo caso se amplía el plazo de manera indebida impidiendo pago de moras o penalidades (hecho 3), y en sentido similar en la ampliación por 30 días, de los que debían ser entregado en 2 días (hecho 4)

Por otro lado, se critica que la permisión de defectos administrativos regularizables no es absoluta, puesto que «la norma administrativa atiende a «mínimum de irregularidad», que muchas veces atenderá al caso concreto, pues la posibilidad de regularización posterior, sería una especie de invitación insana para promover irregularidad, incluso donde esta se podría evitar»[22]

En cuanto a la necesidad adicional de factores externos a los defectos administrativos para poder colegir un delito, se señala que no es del todo definitiva, en cuanto «con cada indicio de irregularidad en los procesos de contratación, se puede construir la prueba indiciaria, del que se coliga o infiera la existencia de un ilícito penal[23] (favorecimiento para sí o tercero)».

Así también, en sentido de alguna medida similar a la necesidad de identificar que las irregularidades lesionan la optimización del patrimonio, en esta línea se señala también, la necesidad de identificar si los defectos administrativos eran o no esenciales en la contratación u operación pública y por tanto perfectamente subsanables o no[24], para no inferir de ellos la existencia de un interés indebido en provecho para sí o de tercero.

Por otro lado, para determinar si los defectos administrativos han sobrepasado el riesgo de lo permitido, esto es, constituyen un riesgo prohibido o han creado un riesgo no permitido, algunos autores «plantean, la necesidad

---

(22) García León, G. (2017, p. 25).

(23) Ibídem, p. 26.

(24) *Loc. cit.*

de aplicar las reglas de imputación objetiva si dicho riesgo creado incida directamente en la formación, suscripción o ejecución del contrato o la operación no integra la tipicidad de este delito»[25].

Mientras que otros consideran que «la línea divisoria de los defectos administrativos es el dolo por ser de mera actividad, el tipo subjetivo otorgará contenido penal a la conducta atribuida, situación que deberá ser evidenciada a nivel probatorio»[26], pues «el nivel probatorio deberá centrarse en evidenciar el elemento subjetivo de los intervinientes en el hecho delictual [...]»[27].

Finalmente, la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N.° 1378-2013, Loreto si ha podido determinar a partir de la construcción de la prueba indiciaria la posibilidad de inferir la manifestación del interés indebido (directo) en provecho de tercero, pues en algunos pasajes de esta sentencia se señala:

> Se ha evidenciado que el Consorcio interesado no tenía la voluntad de cumplir el compromiso pactado inicialmente con la entidad agraviada, esto es, el proveer la leche evaporada marca Gloria ello con la Carta...donde solicitaron cambio de producto, por un incremento considerable de sus precios...tenor que cambió luego del informe desfavorable suscrito con el procesado (FJ 2.10)

En otro pasaje de la sentencia señala:

> Constituye otro indicio relevante, la conducta del representante del consorcio, la cual se vio reflejada en la intervención del encausado, a favor de la aludida empresa. (FJ 2.11) [Informe sobre cambio de producto lácteo, pese a que no reunían las exigencias técnicas reguladas por la norma administrativa].

Así las cosas, más allá del extremo vinculante de los defectos administrativos que por sí mismos no pueden considerarse como manifestacio-

---

(25) CASTILLO ALVA, J. (2015, p. 56).

(26) ARISMENDIZ AMAYA, E. (2018, p. 792).

(27) ARISMENDIZ AMAYA, E. (2017, p. 39).

nes típicas de interés indebido para ser delito de negociación incompatible, encontramos que no es definitiva «la imposibilidad si los defectos administrativos en un proceso exonerado por emergencia configuren el delito de negociación incompatible», puesto que el válido argumento de que además debe acreditarse el dolo y elemento subjetivo del injusto constituido por la finalidad de provecho propio o de tercero puede emplearse para entender de *superflua* la existencia de defectos administrativos, aún en procesos regulares no exonerados.

5.3. Crítica y toma de postura

Para determinar si se puede inferir de los defectos administrativos, la existencia de un interés indebido directo, indirecto o simulado constitutivo del delito de negociación incompatible se tiene que utilizar, al menos, 3 baremos normativos que se analizarán en la tipicidad de este delito.

Riesgo típico de decisión administrativa defectuosa

El primer baremo normativo tendrá 3 pasos: i. Identificar la existencia o no de defectos, omisiones u irregularidades administrativas insubsanables; ii. Constatar si aun cuando existían defectos, omisiones u irregularidades administrativas insubsanables podría el proceso anularse, suspenderse o declararse desierto u otra medida administrativa, y iii. Verificar que estos actos administrativos defectuosos tuvieron la idoneidad para favorecer al funcionario o servidor público con razón de su cargo.

Ejemplo: i. Direccionamiento de las Bases de Contratación; ii. No se atendió a las consultas, se adicionó más requisitos que no cumplían los demás participantes, se mantuvo los requisitos direccionados, se declararon improcedentes los reclamos; iii. Los requisitos al menos solo lo podría cumplir un participante.

Idoneidad del riesgo administrativo típico de favorecimiento indebido

El segundo baremo normativo tendrá dos planos: i. Comprobar que estos actos administrativos finalmente favorecieron al funcionario o un tercero, ii. Describir si estos actos administrativos de favorecimiento fueron reiterados o se contó con decisiones definitivas o esenciales.

Ejemplo:

i. El postor ganó la buena pro, sin competidores, que fueron descalificados en el camino,

ii. Los miembros del comité de contrataciones en tiempo record otorgaron la buena pro, desechando en el camino reclamos y quejas.

Atribución a título de dolo del peligro de favorecimiento indebido

El tercer baremo normativo, que implica la atribución de todos estos actos o decisiones administrativas defectuosas al conocimiento del agente, tendría tres aristas:

i. El funcionario o servidor público que actúa en razón de su cargo en un contrato u operación pública, conoce *in abstracto* que sus decisiones tienen la aptitud o idoneidad para favorecerse o favorecer a un tercero.

ii. El funcionario o servidor público que actúa en razón de su cargo en un contrato u operación pública, comprende que en el caso concreto (*in concreto)* sus decisiones tienen la aptitud o idoneidad para favorecerse o favorecer a un tercero.

iii. El funcionario o servidor público que actúa en razón de su cargo en un contrato u operación pública integra el conocimiento *in abstracto* e *in concreto* de la aptitud lesiva de su favorecimiento (*juicio de concreta aptitud lesiva)*[28].

En el caso concreto si el funcionario o servidor público que actúa en razón de su cargo en un contrato u operación pública tiene un conocimiento deformado o ignora racionalmente la aptitud lesiva de su decisión administrativa defectuosa que le favorece o favorece a un tercero no obra dolosamente, se le imputará culpa consciente, pues siguiendo a una importante doctrina, aquí «el error es producto de la ignorancia del peligro» o estaremos ante culpa consciente si «el error proviene de la valoración inadecuada de un riesgo que se podía haber captado en su auténtica dimensión»[29].

---

(28) Esta formulación es ambientada o adecuada a la formulación general de imputación a título de dolo de RAGUÉS I VALLÉS, R. (1999,p. 444)

(29) LAURENZO COPELLO, P. (1999, pp. 290-291 y 292).

VI. ¿EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE ES UN DELITO DE LESIÓN O UN DELITO DE PELIGRO? CASACIÓN 67-2017, LIMA; CASACIÓN 231-2017, PUNO, Y CASACIÓN 23-2016, ICA

6.1. Relevancia del debate si el delito de negociación incompatible es un delito de lesión o un delito de peligro en Casación 67-2017, Lima; Casación 231-2017, Puno, y Casación 23-2016, Ica

En la Casación 67-2017, Lima se imputó el delito de negociación incompatible a dos funcionarios, al primero por no fiscalizar la aprobación indebida de nuevos materiales y al segundo por haber emitido un informe habiendo omitido señalar que esa parte del servicio ya estaba cubierto por otros materiales y no era necesario nuevos materiales que importaría un nuevo gasto a la entidad. El objeto concreto de análisis fue si puede existir interés indebido por omisión impropia.

El tomar postura respecto de si el delito de negociación incompatible es un delito de peligro o un delito de lesión, se vincula estrechamente con la ejecución de su verbo típico: el interés, pues como señaló en este caso la Corte Suprema, el delito de negociación incompatible: «Es un tipo de peligro que previene que el funcionario atente contra el patrimonio Estatal, aprovechándose de la función pública, busca evitar una intromisión ajena al interés de la administración» (FJ 36).

En este sentido en la Casación 67-2017, Lima, refiere además que, «entre la relación del peligro y la realización de un mal futuro se encuentra un nexo de posibilidad…que se verifique el interés particular del sujeto activo» (FJ 37).

Al entender la Casación que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro, las conductas omisivas de no fiscalizar o emitir un informe omitiendo datos relevantes no constituían interés indebido directo en provecho propio o de tercero y mucho menos pondrían en riesgo la imparcialidad[30] de los funcionarios que tomaron la decisión de aprobar la compra de nuevos materiales, pues son estos los funcionarios que habrían tenido la competencia específica para «interesarse indebidamente».

---

(30) Consignamos la imparcialidad como bien jurídico con fines didácticos, nuestra postura sobre cuál es el bien jurídico en el delito de negociación incompatible ha sido desarrollada en Supra II, específicamente, en el acápite 2.3.

En la Casación 231-2017, Puno, la Corte Suprema no solo señala que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro como en la Casación 67-2017, Lima, sino que también se especifica la modalidad de delito de peligro, decantándose por el delito de peligro concreto.

El asumir que el delito de negociación incompatible fue de peligro concreto, fue determinante para fundar el recurso de casación a favor de los procesados y absolverlos de la condena por este delito, pues la Corte Suprema consideró que la conducta de las sentencias no constituyó un peligro concreto al patrimonio estatal de la administración.

Es así que en algunos pasajes de la Casación, se señala por ejemplo que este delito no se configura: «con el solo incumplimiento de normas de carácter administrativo», sino que, al ser este delito, «de peligro concreto, el actuar de los sujetos activos debe significar un riesgo inminente para el Estado (FJ 26), sino que este delito sanciona «aquellas con conductas que por su magnitud supongan un daño inminente para la administración pública» (FJ 14).

Para la Corte Suprema, este proceso de exoneración «no significó un peligro efectivo para el patrimonio del Estado», más bien, «la suma egresada por la Municipalidad se justificó con la adquisición de los insumo con el fin de satisfacer una necesidad que de no hacerlo habría ocasionado perjuicio a los pobladores» (FJ 28).

En la Casación 23-2016, Ica, la imputación residió en específico en la simulación de un grave peligro de una situación de emergencia que hacía necesaria la exoneración de un proceso de selección. La Corte Suprema, entre sus extremos vinculantes, señaló que la OSCE no tiene competencia para determinar el nivel de peligro de una situación específico, pues esta labor le estaría confiada a instituciones que trabajan con estos fenómenos como el SENAHMI, SINAGERD o INSEGEMENT.

La Casación 23-2016, Ica no se pronuncia respecto de si el delito de negociación incompatible es un delito de peligro (concreto o abstracto) o de lesión, sin embargo en su voto discordante, el Magistrado Supremo Sequeiros Vargas, señala: «Considero que la naturaleza del delito de negociación incompatible, al ser de peligro abstracto no requiere elemento adicional en el tipo subjetivo» (FJ 6.5).

El magistrado supremo no explica sus razones o el fundamento de esta postura, sin embargo, si asumimos que el delito de negociación incompatible

es de peligro y ello hace que no se requiera un elemento adicional en el tipo subjetivo, como lo es la búsqueda de provecho propio o tercero. En todos las Casaciones analizadas (Cas. 841-2015, Ayacucho; Cas. 67-2017, Lima; Cas. 231-2017, Puno, y Cas. 23-2016, Ica) existiría una alta probabilidad que la conducta de los procesos si sea típica y, por tanto, no habrían sido absueltos por la Corte Suprema.

Por tanto, el conocer si el delito de negociación incompatible es un delito de peligro (concreto u abstracto) o de lesión, es de capital importancia para decidir sobre su configuración o no en un hecho concreto.

6.2. Crítica y toma de postura

La doctrina nacional y comparada ha señalado en forma mayoritaria que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro, porque «supone un adelantamiento de las barreras de intervención punitiva al no exigir la acreditación del fraude, de la concertación del funcionario con los particulares, así como la producción de un perjuicio efectivo»(31) o «no requiere para su consumación que se produzca efectivamente el provecho económico»(32).

Algunos autores sí han dejado entrever de forma clara si en el delito de negociación incompatible se refieren a un delito de peligro concreto o de peligro abstracto; por ejemplo, en Argentina, Donna (2006) señala que este delito es de peligro concreto porque «no exige la irrogación de un perjuicio patrimonial concreto a la administración pública, en el primer supuesto, o al titular de los bienes»(33) (p. 316).

Por otro lado, se señala que este es un delito de peligro abstracto, porque «no siempre y en todos los casos se debe generar un riesgo de lesión, real, inminente y grave al patrimonio estatal»(34) o porque «la técnica de redacción busca la posibilidad de adelantar la barrera de punibilidad por criterios de política criminal preventiva, utilizándose una técnica *ex ante*»(35).

---

(31) Peña Cabrera Freyre, A. (2016, p. 569).

(32) Rojas Vargas, F. (2007, p. 825).

(33) En este sentido, también Reátegui Sánchez, J. (2016, p. 69).

(34) Castillo Alva, J. (2015, pp. 30-31).

(35) Arismendiz Amaya, E. (2018, p. 776).

En España, Mir Puig, C. (2000) comenta que cuando este delito se encontraba tipificado en el código penal español, era «un delito de mera o simple actividad o de mera conducta, en que cabe la tentativa (supuestos de comienzo de ejecución en que el sujeto se disponga inmediatamente a interesarse)» (p. 357).

En nuestro país se suele señalar también que el delito de negociación incompatible es un delito de mera actividad «por cuanto exige para efectos consumativos, el solo interés por parte del sujeto cualificado en una contratación u operación en la que participa en razón de su cargo» Arismendiz Amaya, E (2018, p. 776). También se señala, al igual que en España, que este delito es de consumación anticipada, pues «no se castiga la obtención efectiva del interés, sino la mera intervención en un acto con miras a un interés futuro no administrativo (Castillo Alva, J., 2015, pp. 48-49).

En este sentido, la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N.° 2699-2012, Arequipa, en donde se señala que este delito es de mera actividad, «dado que para su configuración solo se requiere en el agente la manifestación de un indebido interés en un contrato u operación en que interviene por razón de su cargo» (FJ 4).

Para determinar si efectivamente el delito de negociación incompatible es un delito de peligro concreto o de peligro abstracto[36], analicemos muy sucintamente de la mano de doctrina autorizada, cuáles son sus características, elementos o presupuestos:

Para Roxin (1997), los delitos de peligro concreto son aquellos que «requieren que en el caso concreto se haya producido un peligro real para un objeto protegido por el tipo respectivo»[37], p. 404. Es decir, como bien ha señalado Mir Puig, S (2011), estos delitos requieren «expresamente la ley la

---

(36) Existen otras clasificaciones como la de Hans Joachim Hirsch, H (2008): delitos de puesta en peligro y delitos de peligrosidad (concreta o abstracta); los delitos de puesta en peligro serían lo que denominamos delitos de peligro concreto, y los delitos de peligrosidad concreta serían los que denominamos delitos de peligro abstracto; mientras que los delitos de peligrosidad abstracta serían los que no pertenecen al derecho penal (derecho administrativo) y que excepcionalmente el legislador las tipifica como delitos. (pp. 161 y 175-176 y 181), pero preferimos a fines didácticos utilizar la clasificación clásica o tradicional.

(37) *Cfr.* Fuentes Osorio, J. (2006, p. 21). Así también, Donna, E. (2005, p. 421).

creación de una efectiva situación de peligro (resultado de peligro)» (p. 239, margen 69).

A su turno, Jakobs (1997) manifiesta que el «peligro concreto constituye resultado, es el ocasionamiento de una situación de peligro para un objeto de ataque determinado, realmente dado» (p. 206, margen 79); es decir, para Jakobs este peligro real es entendido como el resultado del delito, esto es, el delito sí tiene un resultado, que es el peligro.

Pero estos datos no son suficientes para que hablemos de un delito de peligro concreto. Roxin va más allá y echa mano de su teoría de la imputación objetiva de resultado (creación de un riesgo no permitido, la realización del peligro en el resultado y el ámbito de protección del tipo penal) para explicar los delitos de peligro concreto, pues señala que no basta la creación de una puesta en peligro no permitida concreta, sino «que ese peligro debe haberse realizado en un resultado que suponga un «resultado de peligro concreto» (p. 404).

Es decir, el acto o la decisión administrativa de haber aprobado indebidamente un adelanto de materiales, un acto que crea un riesgo no permitido porque sobrepasa la normativa administrativa debe ser el que traduzca la puesta en peligro concreta del objeto de protección de este delito (imparcialidad, objetividad, transparencia, patrimonio, etc.). Debe, además, constituirse en el interés para la obtención de un provecho para el propio funcionario que emitió la decisión o para un tercero.

Un dato muy interesante, sobre el delito de peligro concreto, nos lo señala Jakobs (1997) cuando indica que aquí el autor «tiene dolo de peligro y a la vez dolo eventual de lesión, si el peligro tiene la intensidad suficiente para el juicio» (p. 207, margen 79). Es decir, en el ejemplo que planteamos el funcionario al haber aprobado indebidamente ese adelanto de materiales tendría dolo de peligro, es decir el conocimiento pleno que su actuar en el caso concreto tiene la aptitud de lesionar o poner en peligro la transparencia de los procesos administrativos[38] de contrataciones u operaciones públicas, y además tiene dolo eventual de lesión cuando comprende que su decisión

(38) Consignamos a la transparencia de los procesos administrativos como bien jurídico con fines didácticos. Nuestra postura sobre cuál es el bien jurídico en el delito de negociación incompatible ha sido desarrollada en Supra II, específicamente en el acápite 2.3.

de aprobar indebidamente el adelanto de materiales puede lesionar la transparencia de los procesos administrativos de contrataciones u operaciones públicas.

En cuanto al delito de peligro abstracto Roxin (1997), entiende que «son aquellos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal[39], sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta de peligro» (p. 407, margen 120). Sobre estos delitos, Jakobs (1997) señala que «están formulados como delitos de desobediencia», porque «se exige al sujeto que obedezca aun cuando esté descartado la puesta en peligro concreto» (p. 213, margen 88).

Si partiésemos de la idea de que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro abstracto, bastaría que el interés indebido (directo, indirecto o simulado) en una operación o contrato estatal —en provecho del funcionario en razón de su cargo o de un tercero— constituya un peligro en sí mismo para la imparcialidad, lealtad, probidad u objetividad del funcionario, o para la transparencia de los procesos administrativos, o para el correcto funcionamiento de la administración pública.

Para determinar si el delito de negociación incompatible es un delito de peligro abstracto o delito de peligro concreto, se tiene que definir cuál sería el objeto de lesión o puesta en peligro en este delito, puesto que la necesidad de saber si en cada delito se protege o no un bien jurídico: «posibilita la determinación de la acción en el caso concreto»[40] y permite «una contrastación de los diferentes grados posibles de afección al bien jurídico»[41].

Así también, los autores que señalan que el delito de negociación incompatible no es un delito de lesión señalan como argumento la no exigencia de i. acreditación del fraude, ii. acreditación de la concertación del funcionario con los particulares, iii. acreditación de la producción de un perjuicio efectivo, iv. acreditación efectiva del provecho económico y en segundo término porque la jurisprudencia señala que este delito es un delito

---

(39) En este sentido también MIR PUIG, S. (2011, p. 241, margen 64). *Basta la peligrosidad de la conducta, peligrosidad que se supone inherente a la acción. Cfr.* FUENTES OSORIO, J. (2006, p. 22).

(40) ALCÁCER GUIRAO, R. (2004, p. 170).

(41) *Loc. cit.*

de peligro porque no exige i. acreditación de un perjuicio efectivo patrimonial al estado y constituye, ii. un adelantamiento de barreras de punibilidad para prevenir: a) la comisión de otros delitos y b) la afectación al patrimonio del Estado.

En síntesis, se argumenta que este delito es de peligro, porque constituye a) una anticipación de otros delitos, b) no exige la producción de un resultado expresamente previsto en el tipo penal, y c) no exige la afectación patrimonial estatal.

Para que dicho análisis no sea sesgado, se tiene que tener presente que hay tres clasificaciones de bien jurídico en este delito, que denominaremos: i. bienes jurídicos de alcance individual: la imparcialidad, objetividad, lealtad y la probidad del funcionario, ii. bienes jurídicos de alcance general: transparencia de los procesos administrativos, la honestidad o veracidad de las actividades públicas, y iii. bienes jurídicos de alcance patrimonial: gestión del patrimonio estatal, optimización del patrimonio estatal, la custodia de los intereses económicos del Estado, etc.

Que el delito de negociación incompatible sea un delito de peligro porque se anticipa a la comisión de otros delitos como el cohecho pero principalmente la colusión, puesto que no exige fraude, concertación, etc., será correcto solo si se postula que el bien jurídico en este delito es el patrimonio estatal, lo cual solo es precisado muy confusamente en la Casación 231-Puno, 2017 y de forma muy tímida en la Casación 841-2015, Ayacucho, postura que es minoritaria en la doctrina nacional y comparada, puesto que, según la Casación 661-2016, Piura en uno de sus extremos vinculantes (FJ 16) ha referido que la modalidad de colusión simple, más cercana al delito de negociación incompatible, se protege el patrimonio del Estado. Este delito sería más bien una anticipación, pero de un delito de cohecho, pues no se exigiría el medio típico corruptor que es la dádiva, promesa o ventaja.

El que el delito de negociación incompatible sea un delito de peligro porque no exige la producción de un resultado expresamente previsto en el tipo penal, como lo sería la efectiva obtención de «provecho para sí o para tercero» es un argumento interesante, pero no definitivo, que tendría sentido si el tipo penal de negociación dejase de proteger otro objeto de protección aun cuando se exija la obtención de provecho para el funcionario o para tercero; es decir, el bien jurídico de este delito no está dirigido a

proteger o evitar el provecho económico, como en delitos como el hurto, la estafa, etc., sino más bien tutelar que el actuar del funcionario no afecte a los intereses de veracidad, credibilidad y honestidad de las contrataciones u operaciones estatales.

Finalmente, el que el delito de negociación incompatible sea un delito de peligro porque no implica la afectación al patrimonio del Estado solo tendría sentido si lo que se tutela es el patrimonio o peligro de afectación al patrimonio del Estado, cuestión que haría que se confunda este delito con el delito de colusión simple.

En suma, el delito de negociación incompatible es un delito de peligro porque es un delito que se anticipa a otros delitos de corrupción de funcionarios como lo sería el delito de cohecho, y en su redacción típica no indica un resultado lesivo específico de la credibilidad, imagen, veracidad o transparencia de las operaciones o contratos estatales.

El delito de negociación incompatible solo será de peligro concreto cuando su bien jurídico tenga naturaleza patrimonial, es decir, cuando su bien jurídico sea, por ejemplo, resguardar los intereses económicos del Estado (García Cavero), la optimización del patrimonio (Gonzales Orbegoso), la gestión del patrimonio del Estado (Casación 841-2015, Ayacucho y Casación 231-2017, Puno), porque sería una empresa muy complicada señalar que con este delito existe un peligro real, concreto e inminente de afectar la honestidad, transparencia o veracidad de la administración pública en las contrataciones u operaciones estatales, simplemente se lesionaría en un proceso de selección X de la entidad Y la honestidad de la forma de llevarse a cabo aquella contratación.

El delito de negociación incompatible sería un delito de peligro abstracto en razón de que muy a pesar que este delito tiene un bien jurídico general, como es el correcto funcionamiento de la administración pública —y, a la vez, un bien jurídico concreto o específico como lo es la veracidad y honestidad de la administración en las contrataciones u operaciones públicas— aun este bien jurídico mantiene la naturaleza de otros bienes jurídicos de otros delitos de peligro abstracto como lo son: la salud pública en el tráfico ilícito de drogas, la paz o tranquilidad pública en delitos como la banda u organización criminal, por lo que requiere que la actuación importe un peligro al bien jurídico para la sociedad en general.

En este sentido la veracidad y honestidad de la administración en las contrataciones u operaciones públicas puede calzar en la formulación de Roland Hefendehl (2002, pp. 9-11), quien postula la idea de la legitimidad de la tutela penal de riesgos futuros o delitos de peligro abstracto bajo la idea de la acumulación de bienes jurídicos individuales a un bien jurídico colectivo (salud pública, como la acumulación de salud individual en el tráfico ilícito de drogas). Se podría hablar de la acumulación de actos que afectan la veracidad y honestidad de la administración en un contrato u operación estatal específica y la acumulación de estas afectaciones generan un bien jurídico colectivo o de alcance general como es la veracidad y honestidad de la administración en las contrataciones u operaciones estatales, bien jurídico propio de un legítimo delito de peligro abstracto.

El señalar que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro abstracto solo tendría cabida en los bienes jurídicos de alcance general, no en los de alcance individual, porque no podría comprenderse como constituye un peligro en sí misma: la imparcialidad, la neutralidad, la objetividad, la probidad o lealtad del funcionario, al contrario si se demuestra que no actuaron con imparcialidad u objetividad sería un delito de lesión, pues con su actuar indebido efectivamente afectaron su deber de lealtad, imparcialidad, objetividad y probidad en la función pública.

Se puede alegar contra lo referido en el sentido de que la imparcialidad de un determinado funcionario es el peligro concreto y la lesión de la imparcialidad de todos los funcionarios el peligro abstracto, pero sería complicado «medir» si por el hecho de que en el año X, el funcionario B de la entidad Y se interesó indebidamente para favorecer a un tercero en el proceso de licitación Z genera un peligro real de lesión de la imparcialidad de todos los funcionarios del Perú, es decir, la formulación de bien jurídico: la imparcialidad del funcionario no permitiría su acumulación.

Incluso, esta idea de transpolar la imparcialidad del funcionario como bien jurídico en un delito de peligro abstracto no tendría tampoco cabida en formulaciones que no parten de la idea de acumulación de bienes individuales para justificar la existencia de los delitos de peligro abstracto como sucede en Alemania con Urs Kindhâuser (2009), quien considera contra la doctrina tradicional que los delitos de peligro tienen un injusto autónomo. Es decir, tendrían su propio bien jurídico sin que dependan su existencia de relacionarnos con la puesta en peligro o lesión de otros bienes jurídicos

como el patrimonio (colusión simple), la vida (exposición de personas al peligro), la salud pública (acumulación de afectaciones a salud individual: tráfico ilícito de drogas).

Este autor entiende que algunos bienes jurídicos deben ser protegidos para «asegurar suficientemente las condiciones para las que fueron creados» (pp. 12 y ss.), como es el caso de la administración de justicia, y entendemos también siguiendo su línea de argumentación: la administración pública. Así, de acuerdo con las ideas de Urs Kindhâuser, en el delito de negociación incompatible no se busca el aseguramiento de la imparcialidad de un funcionario», sino se buscaría más bien el aseguramiento de la honestidad, veracidad o transparencia de la administración.

En Alemania, Roxin (1997) señala una situación similar a la que denomina *bienes jurídicos especializados* como aquellos donde «no es preciso que en el caso concreto sean puestos en peligro por una acción subsumible en los tipos respecticos, y ello no puede cambiar para nada su punición, pues el desvalor de la acción por sí solo fundamenta la punibilidad» (p. 411, margen 126). En el caso concreto, el desvalor de la conducta del interés indebido para obtener provecho propio o tercero en el delito de negociación incompatible fundamenta la punición.

Finalmente, consideramos que este delito no podría ser de mera actividad, porque en la práctica judicial este delito aparece como un delito continuado, porque se procesa a los funcionarios no solo un mero acto de favorecimiento indebido, sino, por una sumatoria, un complejidad de actos que manifiestan en su conjunto un interés indebido de obtener provecho para así o para tercero; es decir, se presentan como un delito que engloba «una la pluralidad de los delitos cometidos por la misma persona, resulta emanación de un mismo plan criminal»[42]; estos hechos deben ser dirigidos a la violación de una misma norma (delito de negociación incompatible) un mismo bien jurídico (honestidad de la actividad pública) y debe existir un mismo dolo o dolo global para ser cometidos (conocimiento de la aptitud lesiva de las decisiones u actos administrativos indebidos para favorecerse o favorecer a un tercero) [43].

---

(42) FIANDACA, G. (2006, pp. 657-658).

(43) *Cfr.* JESCHECK, H y WEIGEND, T. (2014, pp. 1068-1069).

VII. ¿ES IMPOSIBLE LA PARTICIPACIÓN DE UN *EXTRANEUS* PARA CONFIGURAR EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE? CASACIÓN 841-2015, AYACUCHO

7.1. Relevancia de la imposibilidad de la participación de un *extraneus* para configurar el delito de negociación incompatible: Casación 841-2015, Ayacucho

La Casación 841-2015, Ayacucho, entre sus tres tópicos de análisis, se planteó la siguiente interrogante: ¿el tercero interviniente responde como instigador o cómplice en el artículo 399 del Código Penal?

La Corte Suprema entendió que el tercero interviniente no responde como instigador o cómplice en el delito de negociación incompatible, por lo siguiente: i. La participación de un tercero dependerá de que la misma sea incluida en la redacción típica (FJ 28), ii. Este delito se materializa independientemente de la voluntad del interesado (FJ 30) iii. Al ser un delito subsidiario, este se materializa sin la intervención de un tercero, porque si se diera esta intervención, se daría un delito independiente (otro delito como el delito de colusión, peculado, cohecho) (FJ 31).

Sin embargo, este postulado de la Corte Suprema no se condice con lo que señala la doctrina nacional, por ejemplo, algunos autores entienden que en este delito sí hay complicidad en «el tercero destinatario del beneficio indebido producto del interés del sujeto cualificado, en la medida que actúe con conocimiento del actuar delictual»[44] o cuando «se haya puesto de acuerdo o simplemente si está al tanto de las gestiones del funcionario, puede ser considerada como cómplice»[45], o en el caso de «los trabajadores de la empresa favorecida, los facilitadores o terceros negociadores que sirven a tales intereses»[46]. O, en el peor de los casos, cabría «solo la cooperación secundaria e instigadores particulares y funcionarios»[47], mientras que otro sector de la doctrina señala que sí es admisible la complicidad en la modalidad de interés indebido indirecto o simulado, pero no en la modalidad de interés indebido directo[48].

---

(44) ARISMENDIZ AMAYA, E. (2018, p. 774).

(45) CASTILLO ALVA, J. (2015, p. 121).

(46) REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. (2016, p. 77).

(47) ROJAS VARGAS, F. (2007, p. 827).

(48) ARMAS CABRERA, A. (2018, pp. 223-224).

Por otro lado, en algunos sectores de la judicatura nacional se insiste en que el delito de negociación incompatible no admite complicidad primaria; es así que el Primer Juzgado Unipersonal de Abancay en el Exp. N.º 0457-2013-Abancay, ha señalado en su fundamento jurídico 13 que en este delito «no puede admitirse la complicidad primaria en la ejecución material del delito, salvo la participación en su modalidad de instigación que es previa a la acción y que se halla prevista en el artículo 24 del Código Penal».

Estas posturas divididas hacen necesario un mayor análisis.

7.2. Crítica y toma de postura

La Casación 841-2015, Ayacucho, señala que «la negociación incompatible se materializa independientemente de la voluntad del interesado» (fj. 30); esta afirmación es peligrosa, porque generaría una perversión normativa, según la cual, todos los particulares o terceros interesados que habrían coadyuvado a ser favorecidos en un proceso de selección sin que este favorecimiento indebido perjudique necesariamente el patrimonio del Estado, pero sí a la transparencia u honestidad de la función pública serían impunes. Es decir, el modificar los términos contractuales con previa solicitud del tercero interesado, el conceder prerrogativas, facilidades, reducciones, ampliaciones indebidas —previa solicitud o previa coordinación con el particular interesado— no haría de ningún modo que su actuar sea considerado a título de cómplice del delito de negociación incompatible.

La complicidad, como señala la doctrina, implica la prestación dolosa para la comisión dolosa de un injusto[49] la complicidad no necesita aparecer en la ejecución del hecho típico, como en el delito de colusión donde la concertación se produce por el encuentro ejecutivo de al menos dos voluntades (funcionario y tercero interesado). La complicidad, como bien señala Jescheck, H. y Weigend, T. (2014), «puede referirse sencillamente a una acción preparatoria[50] en la medida en que, como mínimo, el hecho haya sido intentado de forma punible» (p. 1034); es decir, puede aparecer en la fase preparatoria del delito, en nuestro caso, puede aparecer para facilitar el acto o decisión administrativa que copula el interés indebido.

---

(49) *Cfr.* STRATENWERTH, G. (2005, p. 427); JESCHECK, H. y WEIGEND, T. (2014, p. 1033). Cfr. Wessels, J. BEULKE, W. y SATZGER,H. (2018, pp. 403-404) (Cita 197).

(50) *Cfr.* VELÁSQUEZ, F. (2004, p. 464).

Velásquez, F. (2004) señala 4 requisitos de la complicidad: i. Vinculación del aporte objetivo del cómplice al hecho delictivo, ii. dolo del cómplice, iii. no se requiere aporte coetáneo del suceso y iv. el cómplice no requiere dominio del hecho (pp. 464-465) y estos requisitos lo puede cumplir el particular interesado favorecido en las contrataciones u operaciones públicas

El primer elemento de la complicidad tiene dos presupuestos: i. El aporte debe ser causal para el resultado típico y ii. El aporte debe incrementar y realizar el riesgo desaprobado[51]. En nuestro caso, la complicidad del contratista favorecido en la negociación incompatible, crea un riesgo de manifestación de interés en la medida que el funcionario realice conductas indebidas a través de decisiones administrativas, pero hasta allí podría solo hablarse de defectos, omisiones u errores administrativos; el aporte del cómplice debe además posibilitar la materalización de la decisión o acto administrativo de favorecimiento (resultado); es decir, el cómplice aporta la viabilización del direccionamiento de la obtención de beneficio o provecho.

El argumento de la Corte Suprema parte de la idea siguiente: al ser el delito de negociación incompatible un delito subsidiario, es decir, que su tipificación se justifica en la imposibilidad de cumplir los elementos típicos de otros delitos como el delito de cohecho y el delito de colusión, por ejemplo, cuando existe un favorecimiento en el que no hay elementos fácticos del pago, solicitud u ofrecimiento de una dádiva para encuadrarlo en el cohecho, o no hay datos fácticos de que el favorecimiento deviene de una concertación para defraudar al Estado como ocurre en la colusión; por ello, no habría la necesidad de que exista un cómplice primario como en la colusión para que el funcionario pueda interesarse.

Este argumento no es del todo cierto, es correcto en el sentido de que habrá algunos casos en los que efectivamente no se necesite que el cómplice aporte una condición para la comisión del delito, por ejemplo, si los miembros de un Comité Especial de Contrataciones, elaboran las Bases de un Proceso de Selección, sabiendo que participará un Contratista que siempre contrata con la entidad, ellos verifican en los archivos de anteriores contratos los requisitos que solo puede cumplir esta empresa y direccionan las bases. Imaginémonos que los otros participantes reclamen que las bases limitan su participación y los miembros del comité, al absolver las consultas e integrar

(51) REYNA ALFARO, L. (2016, pp. 581 y ss.).

las bases, mantienen intactas las bases originales y otorgan la buena pro a esta empresa. En otras palabras, podrá decirse que aquí efectivamente se le favoreció indebidamente.

Sin embargo, si al contratista los miembros del comité le comunican que se le iba a otorgar la buena pro o se le advierte de que presente oportunamente su propuesta técnica y económica, este conocimiento no los hace todavía cómplices; puesto que su conocimiento no coadyuva o aporta una causa o condición para la materialización del interés indebido, es decir, con la dirección de las bases, la restricción de las bases a otros participantes y el otorgamiento de la Buena Pro[52].

Sin embargo, en la práctica, como señala Gonzales Orbegoso (2017, p. 176): «No nos engañemos [...] la materialización del interés indebido responderá [...] a que previamente se ha realizado actos de organización de las partes, destinado a configurar el delito de negociación incompatible», es decir, para graficarlo en nuestro ejemplo, se puede tratar de un contratista que ha aportado a la campaña de la actual gestión, y para favorecerle, se le pide información sobre las condiciones logísticas o técnicas de su empresa para direccionen las bases a su favor, aquí es claro que el contratista al proporcionar la información para que elaboren las bases y al presentar su propuesta técnica y económica coadyuvó a la materialización del interés indebido en su provecho, ¿no es lógico que se le impute entonces el título de cómplice del delito de negociación incompatible?

Se puede señalar, en nuestro ejemplo, que el actuar del contratista es de complicidad, pero no del delito de negociación incompatible, sino, más bien, del delito de colusión; pues existe una concertación entre los miembros del comité y el contratista, sin embargo, esto no es correcto, pues mientras esta concertación no sea «para defraudar o defraudare patrimonialmente al Estado». Es decir, se pacte las condiciones más desventajosas, perjudiciales o lesivas a la entidad, como sería el contratar con una empresa que no tenga la logística, el material humano, la liquidez, la experiencia, no preste garantía económica ante incumplimiento contractual o no se dedique al rubro que va a contratar, etc., en solo situaciones como estas se puede hablar del delito de colusión, pues este delito protege el patrimonio estatal y no la trasparencia, honestidad o veracidad de la administración en las contrataciones y operaciones estatales que se protege en el delito de negociación incompatible.

---

(52) En este sentido ya lo referíamos en García León, G. (2017, p. 31).

La Cas.841-2015, Ayacucho, en su considerando 28, señala que la participación de un tercero depende de que sea considerada en la redacción típica como sucede en delitos de participación necesaria, tales como el delito de peculado para tercero.

Esta idea tiene cierta razón, puesto que en delitos de participación necesaria, como el delito de colusión, para que se configure, requiere inevitablemente la confluencia de dos voluntades, la del funcionario o servidor público y el tercero —o particular interesado que se conciertan para defraudar— o como consecuencia del concierto se defraudare patrimonialmente al estado.

Pero curiosamente uno de los ejemplos para argumentar esta idea en la Cas. 841-2015, Ayacucho, es el Peculado para un tercero (FJ 28). No se indica en el ejemplo qué modalidad de peculado en específico; entendemos que sería cualquier modalidad, por ejemplo, cuando el funcionario se apropia para otro de caudales, confiados por razón de su cargo (peculado por apropiación) o si el funcionario, para fines ajenos al servicio, permite que otro use vehículos pertenecientes a la administración pública o que se hayan bajo su guarda (peculado de uso). Aquí la participación del «otro» no incide notablemente en la comisión del peculado, como en la colusión en la que si no hay tercero o particular, no hay concierto y, por tanto, no hay tipo, no hay delito.

Pero la finalidad del legislador al incluir en el tipo de peculado al otro o tercero favorecido no fue necesariamente para que este responda como cómplice, pues si, por ejemplo, la esposa del almacenero de una entidad, le pide que en la hora del refrigerio le lleve víveres a su casa, ella será instigadora, o si en el mismo caso, el almacenero lleva los víveres a la casa de ella sin que lo sepa, ella no responderá por delito alguno, o si ella presta su casa para que el almacenero esconda los víveres, si partimos que el almacenero al disponer de los víveres, ya se consumó el delito, su esposa sería autora de encubrimiento real por esconder los objetos del delito, o, hasta podría responder como autora del delito de lavado de activos por ocultar efectos del delito.

Es más, el mismo delito de negociación incompatible señala en su estructura típica: «El funcionario [...] que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero». Se podría decir aquí, en las mismas palabras de la Casación, que así como hay peculado para tercero hay también «interés indebido para tercero»; en consecuencia, debe aceptarse la complicidad en el delito de negociación incompatible.

Incluso, si nos apartamos del entendimiento clásico de cómplice, como el que coadyuva el hecho de otro, y comprendemos como lo hace Robles Planas, R. (2007)[53] que «el interviniente responde por hacer suya la ejecución del hecho, concretamente por incorporar la actividad del otro a la realización del proyecto delictivo» (p. 19), llegaremos a la misma conclusión; pues, si el cómplice «no responde exclusivamente por su propia aportación al hecho ni responde por haber favorecido el «hecho del ejecutor» sino que lo hace por el todo, esto es, por haber hechos suyo el hecho» (p. 20), en el delito de negociación incompatible, el cómplice *extraneus* no responde por aportar una condición para la materialización del interés indebido del funcionario, sino por aportar una condición para hacer suyo también el favorecimiento indebido en el delito de negociación incompatible. Y curiosamente casi siempre el favorecimiento, es decir, la finalidad del interés indebido para la obtención de provecho para sí o para tercero, recae en ese tercero que aporta, coordina o presta ayuda para la ejecución de las decisiones u actos administrativos en su favor. En palabras de nuestro autor, «la aportación del partícipe dispone de una razón para *acceder* al hecho típico» (Robles Planas, 2003, p. 180).

Así también, la Casación señala que «el tercero no necesariamente debe ser la persona con la que se está realizando la operación» (FJ 30), sino que —puede ser— el gerente de una institución, a través de un contrato, favorezca a su mejor amigo que participa a través de un testaferro en la licitación. Es obvio que formalmente el mejor amigo del gerente no participa en el contrato, pero la persona que prestó los documentos para aparentar que fue quien contrató ¿no debería responder penalmente?, ¿acaso no aportó una condición vital, al prestar y presentar sus documentos para favorecer por su intermedio al mejor amigo del gerente?; según la Casación, esto no sería así, sino algo impune.

Un último punto sería el entender que el particular interesado que será favorecido al presentar documentos que hagan operar la maquinaria administrativa que permita la toma de decisiones en su provecho o beneficio, no actuaría como cómplice primario; es decir, «aquel que en la etapa de preparación del hecho principal aporta una contribución sin la cual el delito no

(53) ROBLES PLANAS, R. *El injusto típico no solo es injusto del autor, sino que también pertenece al partícipe*, 2003, p. 178.

hubiera podido cometerse»[54] sería un instigador, pues la instigación es entendida como una incitación directa a delinquir[55], en la cual se influye psíquicamente persuadiendo a cometer o reforzar la idea de comentario que ya posee, cuando aún no ha decidido por mí mismo[56] debiendo ser hecha en forma concluyente (directamente)[57]. Es decir, los actos de presentar documentación, requerimientos o solicitudes constituirían hacer nacer la idea criminal de interesarse a los funcionarios o servidores públicos; esta idea goza de poderoso sentido, sin embargo, en la práctica se requiere no solo de un acto por así llamarlo que determine o induzca a los funcionarios a emitir actos o decisiones administrativas, sino de una multiplicidad de actos, donde todos estos aportes realizados por el particular interesado se conviertan en actos de complicidad que absorben a la instigación inicial.

VIII. CONCLUSIONES

En la Casación 231-2017, Puno se señalan posturas diversas e irreconciliables como bienes jurídicos delito de negociación incompatible, decantándose por otra muy diferente que es el patrimonio estatal que de su aplicación determinó la absolución de los sentenciados. Luego de un análisis sistemático, histórico y comparativo se considera como bien jurídico la honestidad o veracidad de la administración en sus decisiones o actos administrativos en los contratos u operaciones estatales.

En la Casación 67-2017, Lima se imputó el delito de negociación incompatible a funcionarios por haber omitido actos de su función que favorecieron a terceros. La Corte Suprema consideró que este delito no puede cometerse por omisión, porque al menos en forma directa o indirecta es imposible interesarse por omisión. Luego de un análisis de la estructura típica de los delitos de omisión consideramos que solo es posible omitirse por omisión en la modalidad directa o simulada si la omisión indebida del acto administrativo favorecedor tiene el significado de una decisión, aprobación, impulso o continuidad de procesos administrativos en un contrato u operación pública.

---

(54) BACIGALUPO, E. (2004, p. 97).

(55) VIVES ANTÓN, T. (2004.p. 35).

(56) CREUS, C. (1992, p. 410).

(57) ZAFFARONI, E. (2008, p. 751).

En la Casación 23-2016, Ica fueron declarados extremos vinculantes los fundamentos jurídicos que señalaron que la OSCE no tiene competencia para determinar la existencia de una grave situación de peligro de una situación de emergencia que habilite la exoneración de un proceso de selección y con ello la contratación directa de la compra o servicio; este extremo fue uno de los elementos determinantes para absolver a los sentenciados a quienes se les imputó el delito de negociación incompatible por haber simulado una situación de emergencia. Al analizar este tópico, concluimos que la OSCE, en efecto, no tiene competencia cognitiva pero sí competencia legal, pues puede servirse de la información de instituciones como SENAHMI, INSEGEMENT, SINAGERD, información a la que puede también acudir la entidad para evaluar la situación de emergencia.

En Casación 841-2015, Ayacucho, se declaró como extremo vinculante, los fundamentos jurídicos que señalaron, que los defectos administrativos regularizables en procesos en situación de emergencia por si solos no constituyen delito, sino que requieren para ello factores externos que acrediten la finalidad de obtener provecho para sí o para tercero producto del interés indebido del funcionario. A partir de la revisión de elementos normativos de la teoría de la imputación objetiva y subjetiva, elaboramos criterios para determinar que sí es posible que los defectos administrativos en un proceso exonerado por emergencia configuren el delito de negociación incompatible.

La doctrina y la Jurisprudencia es mayoritaria en el entendimiento que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro, pero no hay mucha profundidad de análisis para decidir si se trata de un delito de peligro concreto o de peligro abstracto. Después de un somero estudio de estos delitos encontramos que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro abstracto.

En Casación 841-2015, Ayacucho, se señaló que el delito de negociación incompatible por la forma de su redacción típica no permite la participación de un *extraneus* para configurar dicho delito como sucede en delitos de participación necesaria (delitos de encuentro y delitos de convergencia) como la colusión; sin embargo, al analizar los presupuestos de la complicidad llegamos a la conclusión que si es posible admitir la participación de un *extraneus* en el delito de negociación incompatible en su modalidad directa, indirecta y simulada.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, R. ¿Lesión de Bien Jurídico o Lesión de Deber? Lima: Ara, 2004.

ARMAS CABRERA, A. El tipo penal de aprovechamiento indebido del cargo en el Código Penal. *Revista Gaceta Penal & Procesal Penal*, tomo 106, 2018, pp. 207-233.

ARISMENDIZ AMAYA, E. *Manual de delitos contra la administración pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto, 2018.

ARISMENDIZ AMAYA, E. Cruzando la línea divisoria entre los defectos administrativos y el riesgo jurídicamente relevante en el delito de negociación incompatible. A propósito de la Casación N.° 23-2016- ICA. *Revista Actualidad Penal*, N.° 39, 2017, pp. 19-41. Lima: Instituto Pacífico.

BACIGALUPO, E. *Derecho Penal Parte General*. Lima: Ara, 2004.

BAJO FERNÁNDEZ, M. *Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal. Recensión a Bernardo Feijoo. Normativización del Derecho penal y realidad social. Bogotá (Universidad Externado de Colombia) 2007*. Barcelona: Indret, 2008.

BUSTOS RAMÍREZ, J. *Obras Completas. Lecciones de Derecho Penal. Parte Primera Fundamentos del Sistema Penal*. Lima: Ara, 2005.

CASTILLO ALVA, J. *El delito de Negociación Incompatible*. Lima: Instituto Pacífico, 2015.

CREUS, C. *Derecho Penal. Parte General*. 3.ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1992.

DONNA, E. *Delitos contra la administración pública*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006.

DONNA, E. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo II-A. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005.

FIANDACA, G. *Derecho Penal Parte General*. Bogotá: Temis, 2006.

FUENTES OSORIO, J. Formas de anticipación de la tutela penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006, pp. 1-39. Recuperado de: http://criminet.ugr.es/recp.

GARCÍA CAVERO, P. *Derecho Penal Económico. Parte General*. 3.ª ed. Lima: Jurista editores, 2003.

GARCÍA LEÓN, G. ¿En las contrataciones con el Estado, los defectos administrativos que pueden ser subsanados, carecen por sí solos de relevancia para el Derecho Penal? *Administración Pública & Control*, N.º 32, 2016, pp. 23-28 Lima: Gaceta Jurídica.

GARCÍA LEÓN, G. La punibilidad del partícipe *extraneus* en los delitos especiales. A propósito del Acuerdo Plenario N.° 3-2016/CJ-116. *Revista Actualidad Penal*. Lima, N.° 42, 2017, pp. 15-35. Lima: Instituto Pacífico.

GARCÍA LEÓN, G. Distinción entre Ilícito Penal e Ilícito Administrativo. *Administración* Pública & Control, N.º 52, 2018, pp. 76-80. Lima: Gaceta Jurídica.

GARCÍA LEÓN, G. ¿Insoluble Distinción entre Ilícito Penal e Ilícito Administrativo? *Administración Pública & Control* N.º 58, 2018, pp. 75-78. Lima: Gaceta Jurídica.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Derecho Penal. Introducción*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 2000.

GONZALES ORBEGOSO, A. Delito de Negociación Incompatible en las contrataciones del Estado. Lo que no se dijo en la Casación N.° 841-2015- Ayacucho. *Revista Actualidad Penal*, N.° 35, 2017, pp. 161-178. Lima: Instituto Pacífico.

HEFENDEHL, R. ¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. Eduardo Salazar Ortuño (Trad.). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2002, pp. 1-13. Recuperado de: http://criminet.ugr.es/recp.

HERRERA GUERRERO, M. Comentarios a la Casación N.° 23-2016, Ica. *Revista Actualidad Penal*. N.° 39, 2017, pp. 7-8. Lima: Instituto Pacífico.

HIRSCH, H. Sistemática y límites de los delitos de peligro. Edgardo Alberto Donna y Dyrk Ttyma (Trad.). *Revista Lationamericana de Derecho*, año V, U, 2008, pp. 157-181.

HURTADO POZO, J. *Corrupción y Derecho Penal. El Sistema de control penal*. Fidel Mensoza Llamaponcca, Pedro Pablo Cairampoma Barrós y Guillermo Astudillo Meza (Coord.), Lima, 2016.

JAKOBS, G. *Derecho Penal. Parte General.* 2.ª ed. Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, H y WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal Parte General.* Lima: Instituto Pacífico, 2014.

KINDHÂUSER, U. *Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal.* Nuria Pastor Muñoz (Trad.) En Indret. Barcelona, 2009, pp. 1-18. Recuperado de www.indret.com.

LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y Conocimiento.* Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

MARTOS NÚÑEZ, J. *Derecho Penal Parte General: Fundamentos del Derecho Penal.* Madrid: Civitas, 2000.

MAYOR SÁNCHEZ, J. Análisis de la Casación N.° 23-2016- Ica. *Revista Actualidad Penal.* Lima. N.° 39, 2017, pp. 47-67. Lima: Instituto Pacífico.

MIR PUIG, C. *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal.* Barcelona: José María Bosch, 2000.

MIR PUIG, S. Derecho Penal Parte General. 7.ª ed. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

MIR PUIG, S. *Derecho Penal Parte General.* 9.ª ed. Barcelona: Reppertor, 2011.

MORANTE GUERRERO, L. *Nueva Ley y Reglamento de las Contrataciones con el Estado.* Lima: Instituto Pacífico, 2016.

MORÓN URBINA, J. *La Contratación Estatal.* Lima: Gaceta Jurídica, 2016.

MORÓN URBINA, J. y AGUILERA, Z. *Aspectos Jurídicos de la Contratación Estatal.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017.

MUÑOZ CONDE, F. *Introducción al Derecho Penal.* Barcelona: Bosch, 1975.

PAZ WINCHEZ, D. *Comentario artículo 27. Contrataciones Directas Comentarios a la ley de Contrataciones del Estado concordada con su Reglamento.* Yelena Meza Torres (Dir.) María Robles Venturo y Adrián Yunque Franco (Coord.). Lima: Jurista, 2018, pp. 256-267.

PEÑA CABRERA FREYRE, R. *Delitos contra la Administración Pública.* Lima: Instituto Pácifico, 2016.

RAGUÉS I VALLÉS, R. *El Dolo y su Prueba en el Proceso Penal* Barcelona: José María Bosch, 1999.

REGIS PRADO, L. *Bien Jurídico Penal y Constitución*. Lima: Ara, 2010.

RETAMOZO LINARES, A. *Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control. Análisis y Comentarios*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2015.

REYNA ALFARO, L. *Derecho Penal Económico. Parte General*. Tomo I. En Caro Coria, D y Reyna Alfaro, L. Lima: Jurista Editores, 2016.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. *El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses Privados*. Lima. Lex & Iuris, 2016.

ROBLES PLANAS, R. *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*. Barcelona: Atelier, 2007.

ROBLES PLANAS, R. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Derecho Penal Parte General*. Madrid: Civitas, 1978.

ROJAS VARGAS, F. *Delitos contra la Administración Pública*. 4.ª ed. Lima: Grijley, 2007.

ROXIN, C. *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Diego. Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal (Traductores). Madrid: Civitas, 1997.

SANCINETTI, M. *Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas*. Buenos Aires: Concurso docente del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires, 1985.

STRATENWERTH, Gunter. *Derecho Penal Parte General I: El Hecho Punible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, J. *La expansión del Derecho Penal*. 2.ª ed. Madrid: Civitas, 2001.

URBINA GIMENO, I. *Tema 16*. Delitos contra la Administración Pública. En *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial AA/VV*, pp. 303-329. Barcelona: Atelier, 2006.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ F. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Bogotá: Temis, 2004.

VIVES ANTÓN, T. *Sistema Democrático y concepciones del bien jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

VIZUETA FERNÁNDEZ, J. *Delitos contra la Administración Pública: Estudio Crítico del Delito Cohecho*. Granada: Comares, 2003.

WESSELS, J; BEULKE, W. y SATZGER, H. *Derecho Penal Parte General: El delito y su estructura.* Raúl Pariona Arana (Trad.) Lima: Instituto Pacífico, 2018.

ZAFFARONI, E. *Manual de Derecho Penal. Parte General.* Lima: Ediciones Jurídicas, 2008.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador ¿Hacia una «administrativización» de derecho penal o una «penalización» del derecho administrativo sancionador? En *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: In Memorian.* Luis Alberto Arroyo Zapatero, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (Coord.). Castilla- Salamanca: Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001.

JURISPRUDENCIA DESARROLLADA

Recurso de Nulidad N.° 661-2009, Lima. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 10 de marzo, 2010.

Recurso de Nulidad N.° 1360-2013, Cusco. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 26 de marzo, 2014.

Recurso de Nulidad N.° 734-2014, Tumbes. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 9 de marzo, 2014.

Recurso de Nulidad N.° 2699-2012, Arequipa. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 9 de octubre, 2014.

Casación N.° 67-2017, Lima. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. 11 de julio, 2017

Casación N.° 231-2017, Puno. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 14 de septiembre, 2017.

Casación 23-2016, Ica. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 16 de mayo, 2017.

Casación 841-2015, Ayacucho. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 24 de mayo, 2016.

Casación N.° 661-2016. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 11 de julio, 2017.

LA DETERMINACIÓN DEL INTERÉS INDEBIDO A TRAVÉS DE LA IDENTIFICACIÓN DE DEFECTOS ADMINISTRATIVOS EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

Milagros Medalit Vásquez Soto(*)

SUMARIO: I. Introducción. **II.** Sobre los límites entre derecho penal y derecho administrativo. **III.** El interés indebido como elemento normativo del delito de negociación incompatible. **IV.** Sobre la necesaria discusión del bien jurídico en el delito de negociación incompatible. **V.** El tratamiento de los defectos administrativos en la jurisprudencia. **5.1.** Casación N.° 841-2015-Ayacucho. **5.2.** Casación N.° 23-2016-Ica. **5.3.** Casación N.° 231-2017-Puno. **VI.** Conclusiones. **VII.** Bibliografía. **VIII.** Jurisprudencia.

JURISPRUDENCIA:

Casación N.° 841-2015-Ayacucho

RESUMEN

La autora sostiene que los defectos administrativos en la contratación pública pueden ser manifestación de un interés indebido típico por parte del funcionario; en tales casos, la conducta constituirá el delito de negociación incompatible en tanto genere una afectación relevante a la transparencia de los contratos u operaciones públicos, interés que, a su juicio, constituye el bien jurídico-penal protegido en el referido delito.

PALABRAS CLAVE

Negociación incompatible / Interés indebido / Defectos administrativos / Derecho Administrativo / Contratación pública.

(*) Abogada por la Universidad César Vallejo (Chimbote). Presidenta fundadora del Centro de Estudios e Investigación *Scientia et Iuris* (Santa). Estudiante de posgrado de Derecho Penal y Ciencias Criminológicas por la Universidad Nacional de Trujillo. Abogada adscrita a la Procuraduría Pública Municipal.

I. INTRODUCCIÓN

El punto más sensible donde se da la corrupción es en el sistema de contrataciones del sector público, porque es a través de estas que el Estado busca cubrir las necesidades de un país, pues mediante un proceso de selección decide contratar los servicios de una persona física o jurídica para la prestación de un bien, servicio o la ejecución de una obra; por ejemplo, el transporte (construcción de carreteras, puentes, etc.), salud (construcción de postas, hospitales, etc.), educación (construcción de colegios, universidades), servicios básicos (agua, electricidad, desagüe).

En la mayoría de estos casos, se configuran delitos como la colusión, peculado, concusión, malversación de fondos, etc., pero sobre todo en el delito de negociación incompatible, que será el delito que abordaremos en el presente artículo.

El delito de negociación incompatible no exige que se produzca un resultado material o un perjuicio patrimonial para ser típico, sino que el objeto de la tutela penal del delito imputado se encuentra dirigido a preservar el normal desenvolvimiento y funcionamiento de la administración pública (Recurso de Nulidad N.° 865-2012-Lima); es un delito especial propio, que pertenece a los tipos penales monosubjetivos, es decir, aquellos delitos que han sido redactados por el legislador pensando en su ejecución imputable a un solo autor; su verbo rector es «interesarse indebidamente». Es el funcionario o servidor público que interviene «razón a su cargo» en cualquier contrato u operación, quien se interesa por dichos contratos en forma directa, indirecta o por acto simulado, afectando la imparcialidad, neutralidad y transparencia en las contrataciones públicas.

La Corte Suprema se ha pronunciado sobre estos aspectos generando en algunos casos doctrina jurisprudencial vinculante como, por ejemplo, en la Casación N.° 85-2015-Ayacucho, donde indico que los defectos administrativos que pueden ser subsanados carecen de relevancia penal; y en la Casación N.° 23-2016-Ica, donde señaló que los defectos administrativos no son suficientes por sí solos para acreditar responsabilidad penal. Asimismo, la Casación N.° 235-2017-Puno, aunque no fijó doctrina jurisprudencial vinculante, constituyó un aporte singular para determinar los elementos típicos de este delito, pues, entre otras cosas, señaló que no se configura el delito de negociación incompatible no se configura cuando no existe peligro concreto de afectación al patrimonio de la Administración Pública.

Pese a estos importantes aportes jurisprudenciales, la argumentación con respecto a cómo determinar el interés indebido a través de la identificación de defectos administrativos en el delito de negociación incompatible se ha desarrollado de forma genérica y confusa.

II. SOBRE LOS LÍMITES ENTRE DERECHO PENAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO

Es relevante abordar algunos criterios para establecer qué actos ameritan ser sancionados por el derecho penal y cuáles por el derecho administrativo.

En la doctrina alemana, a principios del siglo XX, se entendió que la diferencia entre derecho administrativo y derecho penal radicaba en que el delito constituía la lesión de un bien jurídico (la afectación de un valor social vital) y que la infracción administrativa era un acto de desobediencia a la relación de dependencia con la Administración pública. Al transcurrir el tiempo, la doctrina penal señaló que tanto para el injusto penal como el administrativo lesionaban bienes jurídicos; no obstante, era necesario determinar los límites entre el derecho administrativo y el derecho penal, generándose diversas posturas (Ramírez Vásquez, 2007, p. 59).

Un sector importante de autores señala que la diferencia entre el derecho penal y el derecho administrativo es cualitativa, esto es, el derecho penal no es solo cuantitativa, sino cualitativamente diferente del Derecho administrativo (Kindhäuser, 2012, p. 146), de modo que su límite no es formal, sino material (García Cavero, 2007, p. 71) porque considera los distintos bienes jurídicos protegidos en una y otra rama jurídica.

Esta teoría señala que en el Derecho Administrativo se sanciona la transgresión, quebrantamiento o incumplimiento de una norma legal (Velásquez Calderón, 1997, p. 267; véase el artículo 50.1 de la Ley de contrataciones del Estado); mientras que en el Derecho Penal, por ejemplo, en el delito de negociación incompatible (artículo 399 del CP), el bien jurídico genérico será el correcto funcionamiento de la Administración pública (Rojas Vargas, 2007, p. 818) y el específico, la imparcialidad y lealtad del funcionario público o la transparencia de los procesos de contratación.

Los principios limitadores del poder punitivo estatal son otro límite entre el derecho administrativo y el derecho penal. Uno de ellos es el principio de legalidad (Castillo Alva, 2004, p. 38) o *nullum crimen, nullum poena sine lege*

'no hay delito, no hay pena sin ley' mediante el cual se podrá discernir si, en el caso concreto, un hecho constituye un delito o un defecto administrativo.

Asimismo, otros principios a tener en cuenta son los de subsidiariedad y fragmentariedad para la aplicación del ordenamiento punitivo; se señala que a través de estos principios el derecho penal se debe aplicar como *ultima ratio* (Mir Puig, 2003, p. 548), solo cuando se hayan agotado otros mecanismos de control existentes para resolver el conflicto jurídico (Martos Martínez, 2001, p. 127).

En ese sentido, si se encontrase la solución de ese conflicto en el derecho administrativo, no será necesario acudir a la vía penal. Asimismo, según el principio de intervención mínima (García- Pablos de Molina, 2000, p. 378), el Derecho Penal solo puede sancionar una conducta cuando ello sea necesario para mantener el equilibrio y orden social (Bustos Ramírez, 1984, p. 49).

III. EL INTERÉS INDEBIDO COMO ELEMENTO NORMATIVO DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

El artículo 399 de nuestro CP estipula lo siguiente:

> **Artículo 399. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo**
>
> El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Antes de desarrollar el interés indebido en el delito de negociación incompatible de nuestro país, consideramos necesario citar el Código Penal chileno, cuyo artículo 240 recoge este delito con el siguiente texto:

> **Artículo 240**
>
> Será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo, inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo y

multa de la mitad al tanto del valor del interés que hubiere tomado en el negocio:

1. El empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión en la cual hubiere de intervenir en razón de su cargo [...].

Vemos así una clara diferencia entre el interés e interés indebido. Hacemos esta comparación legislativa porque notamos que el solo interés es muy dificl de probar, ya que puede ser que tenga como objetivo buscar un beneficio institucional mediato o inmediato, sin causar perjuicio económico al Estado (Reátegui Sánchez, 2016, p. 25); es decir, el funcionario público puede tener un interés (directo o indirecto) en cualquier clase de contrato u operación, pero en beneficio de la Administración Pública, supuesto en el cual no existirá una conducta típica del mencionado delito.

Ahora bien, en nuestro país, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial vinculante recaída en la Casación N.° 845-2015-Ayacucho, es necesario que en el delito de negociación incompatible concurra el interés indebido sobre un contrato o una operación que debe estar a cargo del funcionario público para la obtención de provecho propio o para un tercero.

Efectivamente, no se configura el delito si el funcionario público ha llegado a un acuerdo con la otra persona en todos los términos del contrato u operación estatal, sino es cuando un funcionario público muestra un interés indebido, aprovechando el cargo que ostenta, con fines personales o terceros, en un negocio jurídico. En este delito, el sujeto especial orienta su interés indebido en función personal para obtener provecho o para procurarlo a terceros, tomándose así incompatible dicha injerencia con su rol funcional (Exp. N.° 105-2008, del 16 de febrero de 2016[1]).

Ahora bien, al no especificar la naturaleza del contrato u operación, este delito se asemeja al delito de colusión, con la diferencia de que el tipo penal de negociación incompatible no exige concertación ni la existencia de perjuicio, interpretándose como una norma general de carácter subsidiario (Abanto Vásquez, 2003, p. 510).

El verbo rector del delito de negociación incompatible es, como se dijo, «interesarse indebidamente» en el resultado de un contrato, operación o pro-

(1) Emitida por la Tercera Sala Penal Liquidadora de Lima.

ceso de adquisición pública. El agente debe mostrar, mediante actos irregulares, su deseo de influir en el desarrollo del acto de adquisición, beneficiándose a sí mismo o a un tercero (Hugo Álvarez, 2002, p. 198). Es decir, el agente interviene como funcionario y, al mismo tiempo, como beneficiario o parte, bien sea directamente o a través de un tercero en cualquier contrato u operación pública.

El interés no solo debe ser entendido en el sentido económico. Así, en la doctrina argentina, se señala que también puede caber un interés de índole no económico, manifestándose en un hecho cualquiera de injerencia aprovechadora, careciendo de significado que el fin perseguido se logre o no (véase Hugo Álvarez, 2002, p. 198).

En este sentido, se señala que el «interés indebido» no tiene que ser necesariamente de orden económico, esto es, para obtener una ventaja en términos pecuniarios, ya que puede ser de cualquier índole, por ejemplo, la consecución de un puesto laboral para un familiar de participar en un proyecto de inversión privada, o ser incluido en un proyecto político (Peña Cabrera Freyre, 2010, p. 573).

De ahí que se señale que en el fondo, el interés es económico, pero que esto no es motivo de probanza ni preocupación del tipo porque en él no se castiga el negocio prohibido, sino la incompatibilidad con la función (Creus, 1998, p. 300), por ejemplo, el funcionario interviene con su interés particular para otorgar simultáneamente ventajas a la Administración.

En efecto, podemos decir que para acreditar el delito de negociación incompatible se tiene que identificar el interés indebido del funcionario público en un proceso de selección pública, y si bien es cierto, este interés indebido puede manifestarse en actos de favorecimiento que dan lugar a la existencia de defectos administrativos, estos deben de probar la comisión del delito de negociación incompatible (elemento objetivo y subjetivo); es decir, el solo defecto administrativo no es suficiente para acreditar el injusto penal, sino que se deben utilizar una serie de criterios tanto de prueba directa como prueba indiciaria para fundar la responsabilidad penal.

IV. SOBRE LA NECESARIA DISCUSIÓN DEL BIEN JURÍDICO EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

El bien jurídico ha de entenderse como un valor abstracto y jurídicamente protegido del orden social, que la comunidad tiene interés en mantener y que puede atribuirse como titular a la persona individual o a la colectividad (Jescheck, 1993, p. 232).

Para que un acto se constituya en ilícito penal debe consistir en algo más que la mera infracción de un deber, esto es, afectar un bien jurídico concreto (provocando un daño social). No obstante, cada vez más asistimos a una ampliación de las conductas penalmente relevantes, hasta el punto que hoy resulta casi imposible distinguir las conductas pertenecen a la esfera del derecho penal de aquellas que permanecen o deben permanecer en el campo del derecho administrativo (Cerezo Mir, 2000, pp. 43-55).

El bien jurídico en el derecho administrativo es la administración pública o las funciones públicas del servidor o funcionario público; en cambio, en el derecho penal tenemos que el bien jurídico genérico es el correcto funcionamiento de la Administración pública, con el objeto de preservar normativamente aquella del interés privado que se antepone a los intereses públicos (Rojas Vargas, 2007, p. 818); en tanto que el bien jurídico particular o específico del delito de negociación incompatible tiene diversas concepciones: **i)** la función administrativa, respetando los principios de objetividad, imparcialidad y honestidad en las relaciones particulares (Rodríguez Collao, 2005, p. 408); **ii)** el deber de lealtad y probidad (Salinas Siccha, 2016, p. 644); **iii)** la imparcialidad y objetividad de la actuación del funcionario en el marco de contratos u operaciones económicas en las que participe el Estado (Peña Cabrera 2014, p. 649); **iv)** la transparencia en los contratos estatales y las operaciones (Castillo Alva, 2015, p. 16); **v)** la lealtad de los funcionarios y empleados del Estado, expuesta a través de su prescindencia e imparcialidad (Fontán Balestra, 2002, p. 857); **vi)** protege la apariencia de imparcialidad y honestidad que debe rodear a la administración pública (Etcheberry, 1997, p. 248); **vii)** el ejercicio debido o correcto de la función, que resulta indispensable para el funcionamiento del sistema (Calle Calderón, 1997, pp. 360-363).

La Corte Suprema, en cuanto al bien jurídico, no establece una sola postura, sino distintas. Por ejemplo, en la Casación N.° 235-2017-Puno señala como bien jurídico el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Por nuestra parte, consideramos, siguiendo a Castillo Alva, que el bien jurídico protegido particular o específico en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido es la transparencia en los procesos de contrataciones y operaciones públicas, cuyo objeto es cautelar que el proceso de contratación pública funcione de acuerdo con los principios de la libre competencia administrativa, equidad e igualdad de oportunidades de los postores o participantes en el proceso de contrataciones públicas, y evitar que los fun-

cionarios, a través de su cargo y poder, obstaculicen, distorsionen, interfieran o manipulen el proceso de contratación pública (Castillo Alva, 2015, p. 17).

Es coincidente encontrar tanto en la Corte Suprema como en la doctrina que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro en la medida en que no requiere que exista un perjuicio efectivo al patrimonio del Estado, como lo señala la Casación N.° 231-2017-Puno. Esta sentencia entiende, además, que para la configuración del delito de negociación incompatible no basta el peligro para el patrimonio del Estado, sino que es necesario un peligro de perjuicio patrimonial de tipo económico.

En realidad, si el bien jurídico del delito de negociación incompatible es la transparencia en los procesos de contrataciones y operaciones públicas, bastará que dicha transparencia se ponga en peligro, con lo que se afectarían los principio de la libre competencia, equidad e igualdad de oportunidades de los postores o participantes en cualquier proceso de selección (por ejemplo, cuando el funcionario brinda información privilegiada o agiliza determinados trámites).

V. EL TRATAMIENTO DE LOS DEFECTOS ADMINISTRATIVOS EN LA JURISPRUDENCIA

Es necesario comprender las diferencias que percibimos entre las infracciones, las omisiones y los defectos administrativos. Las infracciones importan un acto indebido de un funcionario o servidor público; las omisiones implican una inacción de alguna entidad pública «un no hacer»; en tanto que los defectos administrativos implican vicios o errores subsanables, que no generan un efecto perjudicial para la entidad. Incluso, la subsanación o regularización de un defecto administrativo podrían ser utilizadas como eximentes de responsabilidad administrativa.

En cuanto a los defectos administrativos en la jurisprudencia, nos enfocaremos en tres Casaciones.

5.1. Casación N.° 841-2015-Ayacucho

El Gobierno Regional de Ayacucho declaró estado de emergencia y exoneró de los procesos de selección a las adquisiciones y contrataciones para la prevención de la amenaza de la plaga de kikuyo. Dos funcionarios públicos cursan una invitación a las empresas IPESA S. A. C. y UNIMAQ S. A., con fecha 28 de diciembre de 2011. A pesar de que aún no se habían aprobado

las bases administrativas de dicha exoneración, se otorga la buena pro el 29 de diciembre de 2011. No obstante, se suscribió contrato con las referidas empresas en enero de 2012, estableciéndose que en plazo de 30 días serán entregados las rastras hidráulicas, los discos, la surcadora y otros accesorios, lo que contravenía las bases administrativas y las cotizaciones, que indicaban el plazo de dos días.

En primera y segunda instancia se condena a los procesados por el delito de negociación incompatible; por una parte, el Ministerio Público señala que la determinación típica del interés indebido por parte de los funcionarios públicos fue a través de la declaración de situación de emergencia y exoneración de los procesos de selección a favor de las empresas IPESA S. A. C. y UNIMAQ S. A., para que participen como postores el día 28 de diciembre de 2011, fecha en la que aún no se había notificado la aprobación de las bases administrativas de dicha exoneración, existiendo otras irregularidades al proceso de contratación.

La defensa técnica formuló casación, señalando que la sala tenía el deber de determinar el elemento subjetivo de transcendencia interna, es decir, que el autor tenía como finalidad la obtención de un provecho para sí o para un tercero. El recurso de casación fue admitido.

La Corte Suprema entendió que el elemento subjetivo no ha sido materia de acreditación y las impugnadas se limitaron a señalar que de los defectos administrativos verificados se puede derivar la existencia de un interés ilegítimo; asimismo, el Ministerio Público no señaló si la conducta incriminada fue realizada buscando un provecho propio o de terceros. En ese sentido, la Corte Suprema declaró fundado el recurso de casación y absolvió a los dos funcionarios públicos, indicando que los defectos administrativos tendrán relevancia penal si «vienen acompañados de otros actos que, distintos al proceso administrativo, en sentido estricto, acrediten la comisión de un ilícito penal» (fundamento jurídico 20). Es más, señala que «es necesaria la comprobación de un factor externo al proceso de contratación», el cual le podría dar un sentido penal a estos actos meramente administrativos (fundamento jurídico 24), aunque no precisa qué se debe entender por dichas exigencias.

En cuanto a la no acreditación de un interés indebido, es cierto que por la propia situación de emergencia se puede incurrir en defectos administrativos durante las adquisiciones que, sin embargo, pueden ser subsanados. No obstante, esta interpretación, a su vez, podría ocultar algún

favorecimiento por parte de funcionarios a terceros, aprovechándose de dicha situación de emergencia, por ejemplo, comprado bienes innecesarios o servicios excesivos en los costos.

5.2. Casación N.° 23-2016-Ica

Los hechos se enmarcan en el proceso de licitación pública en el Gobierno Regional de Ayacucho para la obtención de maquinarias y equipos para el proyecto del fortalecimiento de la capacidad resolutiva del servicio de equipo mecánico. Los consejeros regionales declararon en situación de emergencia la red vial de la Región de Ayacucho, aprobándose la adquisición de maquinaria, mediante proceso de exoneración, sustituyendo la licitación pública, excluyéndose a algunos postores.

Ante esta situación, la OSCE solicita al presidente del Gobierno Regional de Ayacucho dejar sin efecto el proceso de exoneración, pues no existía situación de emergencia en ese lugar. A su vez, la Dirección General de Política de Inversiones del Ministerio de Economía y Finanzas (DGPI) advierte que existen 23 observaciones al proceso de exoneración, dejando en claro que no es una situación de emergencia; sin embargo, el presidente regional hizo caso omiso y continuó con el proceso de exoneración, permitiendo que la entidad cancelara a los respectivos proveedores.

En primera y segunda instancia se condenó a los procesados por el delito de negociación incompatible. Se señala que existió una indebida declaración de situación de emergencia de la red vial de la región de Ayacucho y que, por medio de esta simulación, se legitimó irregularmente un proceso de exoneración, con la finalidad de favorecer a terceros. La defensa técnica interpuso el recurso de casación, que fue admitido.

La Corte Suprema argumenta que la conducta imputada es atípica, en aplicación del filtro de la imputación objetiva denominado principio de confianza, pues la normativa que regula sus ámbitos de competencia (MOF y ROF de la entidad) no impone al presidente regional ni al gerente regional el deber de poseer conocimientos técnicos y especializados que les obligue a la verificación de cada una de las acciones de sus subordinados, que opinaron sobre la existencia técnica y legal de la situación de emergencia.

Sin embargo, la Corte Suprema no determinó cuáles eran aquellos órganos especializados en supervisar si realmente existió una situación de emer-

gencia, lo que era relevante, pues los funcionarios públicos pueden aprovecharse de este tipo de contextos para beneficiarse personalmente o a terceros (por ejemplo, crear o generar ficticiamente una situación de emergencia para realizar una compra por exoneración y favorecer a una empresa determinada).

En cuanto al argumento del principio de confianza, consideramos que este no es aplicable cuando se evidencie falta de idoneidad de la persona en la que se confiaba. Siguiendo el criterio de la Corte Suprema, prácticamente toda conducta lesiva desplegada en el ámbito laboral, dentro de una organización con división de roles, deberá estar exenta de responsabilidad penal.

5.3. Casación N.° 231-2017-Puno

Los hechos se suscitaron en la Municipalidad Provincial de Melgar, y versan sobre la adquisición de semillas e inoculantes para los proyectos de fortalecimiento de la asistencia técnica de productores agropecuarios del distrito de Ayaviri. La cuantía de los productos superaba los límites previstos para la exoneración del proceso de adquisición de insumos, a pesar de ello, el alcalde aprobó dicha exoneración. La empresa ganadora había cotizado precios muy altos e, incluso, había incumplido con la presentación de requisitos, por ejemplo, con la licencia de funcionamiento.

En primera y segunda instancia, se condenó a los procesados por el delito de negociación incompatible. Se señaló que los imputados faltaron a sus deberes de transparencia e imparcialidad al haber incumplido con la normativa de contrataciones del Estado y favorecido indebidamente a la empresa Alabama S. A. (interés directo). La defensa técnica interpuso recurso de casación, y este es admitido.

La Corte Suprema argumenta en su decisión que para la configuración del delito de negociación incompatible no basta solo la realización de acciones contrarias a la normativa que se estipule en el contrato u operación, sino que es necesario que el interés constituya un peligro concreto en el correcto funcionamiento de la Administración pública. En ese sentido, afirma que el proceso de exoneración mediante el cual se contrató a la empresa Alabama S. A. no significó un peligro efectivo para el patrimonio del Estado, más bien, se cumplió con el contrato y no se afectó la Administración pública.

Como se advierte, la Corte Suprema exige un peligro efectivo para el patrimonio del Estado, dando a entender que el tipo penal es de peligro con-

creto respecto del perjuicio patrimonial de tipo económico; con lo que genera confusión a los operadores jurídicos, pues si nos basamos en esta postura, sería complicado distinguir la negociación incompatible de la colusión simple (obviando el verbo rector *concertación*).

VI. CONCLUSIONES

Para la determinación típica del interés indebido, a través de la identificación de defectos administrativos en el delito de negociación incompatible, necesitamos establecer cuándo estamos ante un ilícito penal y ante un ilícito administrativo. Para ello, optamos por la teoría cualitativa o diferenciadora, que parte de la comprensión distinta de los bienes jurídicos protegidos, asumiendo como interés jurídico ideal en el delito de negociación incompatible a la transparencia en las contrataciones especiales, que se distingue de los deberes para con la Administración, que se tutelan en el derecho administrativo.

La preservación de la trasparencia en los contratos y operaciones estatales cautela que en el proceso de contratación pública se actué bajo los principios de la libre competencia administrativa, igualdad y equidad de oportunidades de los participantes, lo que evitaría que ciertos funcionarios aprovechen su poder (posición o cargo) para distorsionar los procesos de contratación pública de forma arbitraria.

En las Casaciones N.° 841-2015-Ayacucho, N.° 23-2016-Ica y N.° 231-2017-Puno, se ha precisado que no basta la sola violación de normas de carácter administrativo para evidenciar un interés indebido de los funcionarios públicos, es decir, los defectos administrativos no son suficientes por sí solos para afectar el correcto funcionamiento de la Administración pública o, como señala la Casación N.° 231-2017-Puno, para poner en peligro el patrimonio del Estado.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, M. *Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano*. Lima: Palestra Editores, 2003.

BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal Español- Parte General*. 3.ª ed. Barcelona: Editorial Ariel S. A, 1984.

CALLE CALDERÓN, A. y SOTOMAYOR ACOSTA, J. El delito de interés ilícito en la celebración de contratos. *Revista Estudios de Derecho* (128), 1997, pp. 351- 368.

CASTILLO ALVA, J. *Principios de Derecho Penal Parte General*. Lima: Gaceta Jurídica Lima, 2004.

CASTILLO ALVA, J. *El delito de Negociación Incompatible*. Lima: Instituto Pacífico, 2015.

CEREZO MIR, J. *Curso de derecho penal español, parte general*. 5.ª ed. Madrid: Tecnos, 2000.

CREUS, C. *Derecho Penal Parte Especial*. 6.ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1998.

ETCHEBERRY, A. *Derecho penal, parte especial*. 3.ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

FONTÁN BALESTRA, C. *Derecho Penal. Parte Especial*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2002.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Derecho Penal. Introducción*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 2000.

GARCÍA CAVERO, P. *Derecho Penal económico. Parte General*. 2.ª ed. Lima: Grijley, 2007.

GÓMEZ TOMILLO, M. *Derecho administrativo sancionador. Parte General: teoría general y práctica del Derecho Penal administrativo*. 3.ª ed. Navarra: Thomson Aranzadi, 2013.

HUGO ÁLVAREZ, J. *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública*. Lima: Gaceta Jurídica, 2002.

JESCHECK, H. *Tratado de Derecho Penal- Parte general*. 4.ª ed. Granada: Comares, 1993.

KINDHÄUSER, U. Los tipos de delito en el derecho penal económico. Derecho penal contemporáneo. *Revista internacional* (40), 2012, pp. 145-162.

MARTOS MARTÌNEZ, J. *Derecho Penal Parte general: fundamentos del Derecho Penal*. Madrid: Editorial Civitas, 2001.

MIR PUIG, S. *Introducción a las Bases del Derecho Penal*. 2.ª ed. Buenos Aires: B de F, 2003.

PEÑA CABRERA FREYRE, A. *Derecho penal. Parte* Especial. Tomo V. Lima: Idemsa, 2010.

PEÑA CABRERA FREYRE, A. *Derecho penal. Parte Especial.* Tomo IV. 2.ª ed. Lima: Idemsa, 2014.

RAMÍREZ VÁSQUEZ, C. A. *El principio del non bis in idem y su incidencia en el Derecho Penal y Disciplinario colombiano.* Bogotá: Ibáñez, 2007.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. *Tratado de Derecho Penal. Parte especial.* Tomo III. Lima: Ediciones Legales, 2016.

RODRÍGUEZ COLLAO, L. y OSSANDÓN WIDOW, M. *Delitos contra la función Pública. El derecho penal frente a la Corrupción Política, Administrativa y Judicial.* Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

ROJAS VARGAS, F. *Delitos contra la administración pública.* Lima: Grijley, 2007.

SALINAS SICCHA, R. *Delitos contra la administración Pública.* Lima: Grijley, 2016.

VELÁSQUEZ CALDERÓN, J. *Derecho tributario moderno. Introducción al sistema tributario peruano.* Lima: Grijley, 1997.

VIII. JURISPRUDENCIAS

Sala Penal Permanente (ponente: Juez Supremo Josué Pariona Pastrana). *Recurso de Casación N.º 841-2015-Ayacucho,* Lima, 24 de mayo de 2016. Diario Oficial *El Peruano.* Año XXV/N.º 105 (28-06-16).

Sala Penal Permanente (ponente: Juez Supremo Josué Pariona Pastrana). *Recurso de Casación N.º 23-2016-Ica,* Lima, 8 de junio de 2017. Diario Oficial *El Peruano.* Año XXVI/N.° 1046 (08-06-17).

Sala Penal Permanente (ponente: Juez Supremo Cevallos Vegas). *Recurso de Casación N.º 231-2017- Puno,* Lima, 14 de septiembre de 2017. Diario Oficial *El Peruano* (14-06-17).

Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro). *Recurso de Nulidad N. º 1674-2013,* Lima, 12 de marzo de 2014. Diario Oficial *El Peruano* (12-03-14).

Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro). *Recurso de Nulidad N.º 2068-2012,* Lima, 19 de abril de 2013. Diario Oficial *El Peruano* (19-04-13).

LA NECESIDAD DE DEFINIR UN BIEN JURÍDICO PARA DETERMINAR LA TIPICIDAD DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

A propósito de la Casación 231-2017-Puno

Godofredo André García León(*)

SUMARIO: I. ¿Qué resolvió la Casación 231-2017-Puno? **II.** Sobre la distinción entre ilícito penal y administrativo. **III.** El bien jurídico en la distinción entre ilícito penal e ilícito administrativo en el delito de negociación incompatible. **IV.** Conclusiones. **V.** Bibliografía.

JURISPRUDENCIA:
Casación N.° 231-2017-Puno

I. ¿QUÉ RESOLVIÓ LA CASACIÓN 231-2017-PUNO?

La Casación 231-2017-Puno en mayoría revocó la sentencia que en primera instancia condenó a cuatro funcionarios por el delito de negociación incompatible(1), en agravio de la Municipalidad Provincial de Melgar y los absolvió de todos los cargos de la acusación fiscal.

(*) Abogado con estudios de maestría en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas por la Universidad de Trujillo. Director del área penal y procesal penal de EP Consultores Legales & Contables. Ha sido docente universitario en la Universidad Nacional del Santa y Universidad Privada de Trujillo. Consultor del Programa de las Naciones Unidas para la Seguridad Humana.

(1) Artículo 399. El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Se imputó como autor del delito de negociación incompatible al exalcalde de la Municipalidad Provincial de Melgar, por haber emitido la Resolución de Alcaldía que aprobó el proceso de exoneración N.° 001-2010-MPA, y por haber autorizado a la unidad de abastecimiento la preparación del expediente de contratación mediante la designación de un comité especial para la adquisición de la semilla de alfalfa, *dactylis* e inoculante para los proyectos de fortalecimiento de la asistencia técnica de productores agropecuarios del distrito de Ayaviri, provincia de Melgar, e instalación de pastos cultivados y forrajes en las comunidades, pese a que no procedía la exoneración por desabastecimiento. (Cas. 231-2017-Puno, FJ 5).

Se imputó como autores del delito de negociación incompatible a los miembros del Comité Especial del proceso de exoneración N.° 001-2010-MPA, por i) declarar desierto el proceso de exoneración, alegando que los postores no cumplieron con los requisitos técnicos mínimos, adhiriendo nuevas especificaciones sin consentimiento del área usuaria; ii) realizar el proceso de exoneración en tiempo récord, consintiendo la buena pro al postor invitado con más alta cotización de precios, postor que en anteriores procesos de selección fue descalificado por no cumplir con especificaciones técnicas, habiéndose girado, incluso, la orden de compra del producto al postor, días antes que se cuelgue en el sistema el consentimiento de la buena pro. (Cas. 231-2017-Puno, FFJJ 5-9).

Los procesados fueron condenados en primera y segunda instancia e interpusieron el recurso de Casación, alegando una indebida interpretación de la ley penal (artículo 429, inciso 3 del Código Procesal Penal), en concreto del artículo 399 del Código Penal, que regula el delito de negociación incompatible, referente a los tópicos: «a) el funcionario [...] que indebidamente [...] se interesa en provecho propio o de tercero y b) el funcionario [...] que indebidamente [...] se interesa por cualquier contrato u operación [...]» (Cas. 231-2017- Puno, FFJJ 11-13).

El fundamento de la punición del delito de negociación, según la propia Cas. 231-2017-Puno, recae en la tutela de la transparencia e imparcialidad de los funcionarios y servidores públicos en la toma de sus decisiones a efectos de prevenir se atente contra el patrimonio del Estado, cautelando el normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública (Cas. 231-2017-Puno, FJ 14).

El fundamento de la Cas. 231-2017-Puno para absolver a los acusados fue que «el delito de negociación incompatible no se configura con el solo incumplimiento de alguna normativa de carácter administrativo», sino que «es necesario que este actuar movido por el interés constituya un peligro con-

creto para el concreto funcionamiento de la Administración Pública» (Cas. 231-2017-Puno, FFJJ 21-22 y FFJJ 26- 27).

La cuestión problemática es si la distinción entre ilícito penal e ilícito administrativo ayudaría a fundamentar con propiedad que la violación de los deberes de transparencia e imparcialidad de un funcionario público en una contratación pública constituiría o no delito, pues si las irregularidades en las que incurrieron los funcionarios públicos implicarían indicios de «interés indebido» o de «buscar un provecho para tercero», otro punto problemático es determinar si estos actos irregulares de los funcionarios públicas comprenderían o no, actos que pongan en «peligro concreto» los intereses de la administración.

II. SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE ILÍCITO PENAL Y ADMINISTRATIVO

La problemática distinción entre ilícito penal y administrativo es de larga data, tuvo sus inicios —como lo recuerda Cerezo Mir (1976, p. 161)— en el Estado liberal, en oposición al despotismo ilustrado que no distinguía claramente el derecho penal y en el derecho administrativo, el Estado liberal se fundó en el principio de legalidad y, por tanto, era necesaria la búsqueda de la distinción sustancial entre ilícito penal e ilícito administrativo, luego con el liberalismo social. Esta distinción fue más necesaria aun toda vez que «el Estado no podía renunciar a los medios coactivos para imponer la realización de su actividad administrativa» Cerezo Mir (1976, p. 161).

La distinción desde ese momento se centró en que el ilícito administrativo obedecía a solo intereses de la administración y constituía un ilícito de mera desobediencia o de infracción de deberes contra la administración, mientras que lo ilícito penal obedecía a intereses, incluso, éticos, sociales y culturales necesarios para el funcionamiento de la sociedad (bienes jurídicos), en tanto que la constitución de un delito importaba una sanción que buscaba retribución o expiación.

Para distinguir entre ilícito penal y administrativo, existen dos teorías: la teoría cuantitativa y la teoría cualitativa. Para la teoría cualitativa, si es posible encontrar cuanto diferencias entre ilícito penal e ilícito administrativa, el mismo que se hallará en el bien jurídico de cada uno de los delitos e infracciones administrativas; se busca encontrar lo esencial de lo que se tutela o se protege en cada sanción, sea penal o administrativa, de allí que se le denomine teoría material o sustantiva, porque busca ahondar en la raíz o esencia de los objetos de protección (penal o administrativos).

En esta línea argumentativa, Silva Sánchez (2000, pp. 125-126) señala que el derecho penal protege bienes concretos en casos concretos, basándose en criterios de lesividad e imputabilidad individual; en cambio, el derecho administrativo solo busca ordenar de forma general sectores de actividad (tráfico vial, tributación, leyes medioambientales), tutelando afectaciones de carácter general. Así, también se alega que en el derecho penal a diferencia del derecho administrativo: i) No se puede prescindir del principio de culpabilidad en el derecho administrativo; ii) la imputación penal se sustenta en un injusto propio (la administración se funda en un funcionamiento global, pudiéndose admitir criterios objetivos de responsabilidad); iii) la reacción penal se basa en el hecho concreto del auto, en la administración se basa en el funcionamiento global de un sector de la administración (García Cavero, 2003, pp. 139-141).

La distinción en sí, entre el ilícito administrativo y el ilícito penal, se verificará en su radio de actuación, siendo que las infracciones administraciones solo protegerán formas de organización social de carácter general; esto es, peligros abstractos, estadísticos o hipotéticos, y el ilícito penal, si protegerá bienes jurídicos (penales), fundamentales individuales o colectivos, existiendo un núcleo duro, solo posible en los ilícitos penales, su dañosidad social (Zúñiga Rodríguez, 2001, p. 1442).

A su turno, la teoría cuantitativa señala que no existe fundamento material de distinción entre el ilícito penal o administrativo, puesto que ambas sanciones se distinguen tan solo por la gravedad, el *quantum* punitivo, entendiendo así que los hechos más graves serán construidos como ilícitos penales y, en su defecto, los hechos menos graves serán tipificados como ilícitos administrativos. Ambas disciplinas (Derecho Penal y Derecho Administrativo) obedecerán a un mismo bien jurídico, que es tutelar la Administración Pública, ambas sanciones provendrían de un mismo *Ius Puniendi*, por ende, no existiría ninguna distinción. Es por ello que a esta teoría se le suele llamar *teoría formal*.

En este sentido, Cerezo Mir (1976, p. 161) señala que «el delito penal y el delito administrativo o de policía tienen un contenido material semejante y la misma estructura lógica». Este autor entiende, además, que la pena o sanción tanto en el derecho penal como el derecho administrativo «encontrarán justificación únicamente en la proporción de su gravedad».

De cercano parecer es Bajo Fernández (2008, pp. 2-4), quien señala que la distinción entre injusto penal y administrativo, no es ni cuantitativa ni cualitativa, es meramente formal, no hay diferencia cuantitativa; pues, por ejemplo,

hay sanciones de multa tanto para delitos como para infracciones administrativas, la distinción tampoco puede ser cualitativa porque en algunas infracciones como las tributarias, contra el medio ambiente o contra la Administración pública se afectan tanto en el injusto administrativo como en injusto penal el mismo bien jurídico. Por tanto, la distinción será formal porque los injustos administrativos se regulan en leyes administrativos y los delitos, en leyes penales.

Una posición singular es la de Gómez Tomillo, explicada por Regis Carrillo (2010, p. 412-413), cuando postula una postura «unitaria, es decir, entiende que tanto el derecho administrativo como el derecho penal tienen la misma naturaleza jurídica, encontrando similitudes, tales como fin de protección de bienes jurídicos, fin preventivo de la sanción, definición común entre delito e infracción administrativa como acción típica, antijurídica y culpable, entre otras».

II. EL BIEN JURÍDICO EN LA DISTINCIÓN ENTRE ILÍCITO PENAL E ILÍCITO ADMINISTRATIVO EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

Una cuestión importante que se nos permite analizar en la Casación 231-2017-Puno es el determinar si con solo las irregularidades en las que incurrieron los funcionarios públicos se habría vulnerado la imparcialidad, transparencia o probidad del funcionario con la Administración pública, conceptos que se han concebido como bien jurídico del delito de negociación incompatible.

Para la Casación 231-2017-Puno, el bien jurídico del delito de negociación incompatible es «el normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública», en donde se «tutela la transparencia e imparcialidad de los funcionarios o servidores públicos en la toma de sus decisiones», con el fin de «preservar la integridad y rectitud del funcionario» (Cas. 231-2017-Puno, FFJJ 12 y 14).

Esta postura de la Cas. 231-2017-Puno es problemática, pues si se parte que el concepto material o esencial de un delito, por doctrina mayoritaria, es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, se tiene como bien jurídico la imparcialidad, transparencia, lealtad o probidad del funcionario, y esta se da a partir de una serie de irregularidades administrativas del funcionario público, ya se habría lesionado la imparcialidad o transparencia y no se necesitaría, además de ello, un riesgo inminente del patrimonio del Estado.

En esta Casación, la Corte Suprema integra las posturas de la doctrina nacional respecto del bien jurídico en el delito de negociación incompatible.

Abanto Vásquez (2003, pp. 506 y 510) señala que en el delito de negociación incompatible se tutela la imparcialidad del funcionario, con la finalidad de que no exista un desdoblamiento en una misma operación del que interviene representando al Estado y como particular interesado. En el sentido de la protección de la imparcialidad, Peña Cabrera Freyre (2010, p. 569) considera que se tutela en la negociación incompatible «los principios de imparcialidad y objetividad que debe tener el funcionario público» cuando actúa en representación del Estado en los contratos u operaciones públicas.

La idea de la transparencia de los actos administrativos, como bien jurídico es desarrollada por Sancinetti (1985, p. 878) y seguida por Castillo Alva (2015, p. 15), quien critica la imparcialidad del funcionario público como bien jurídico, y más considera que el funcionario no debe ser imparcial, porque debe involucrarse y buscar lo mejor para la administración, esto es, ser un gestor interesado en buscar lo mejor para el Estado (p. 20).

«El deber de lealtad y probidad del funcionario público en el cumplimiento de su deber encomendado en razón de su cargo» como bien jurídico del delito de negociación incompatible es la postura asumida por Salinas Siccha (2011, p. 563) quien considera que en estos delitos los funcionarios públicos deben actuar en cumplimiento de sus deberes de lealtad y probidad en la celebración de contratos u operaciones que interviene en razón de su cargo.

La lealtad como bien jurídico es asumida por Reátegui Sánchez (2016), quien considera que este delito busca que el funcionario público actúe de forma comprometida y fiel con la Administración pública, pues «el conflicto de compatibilidades de la función pública y el interés privado, es lo que da contenido material al delito de negociación incompatible» (p. 22).

Otro punto de vista es el de García Cavero y Fidel Rojas (2007, p. 818); el primero considera que no solo se tutela la imparcialidad, sino el interés patrimonial de la Administración pública, toda vez que —de solo necesitarse la violación de la imparcialidad para configurarse el delito de negociación incompatible— se trataría de la violación de los deberes del funcionario de normas administrativas como el principio de imparcialidad contenido en el artículo 1.5 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Reátegui Sánchez, 2016, p. 20).

A su turno, Fidel Rojas considera que se tutela «el normal funcionamiento de la administración con el objeto de preservar normativamente la Administración pública del interés privado que se antepone a los intereses públicos» (p. 818).

Ahora bien, si las irregularidades administrativas implican un favorecimiento a un postor específico y se asume que el bien jurídico del delito de negociación incompatible es la imparcialidad, la lealtad, la probidad, y rectitud del funcionario, este delito ya se configuró. En cambio, si se parte de la transparencia como bien jurídico, tendría que verse aun si el funcionario parcializado buscó con esta conducta favorecer no solo a un tercero y no también a la propia administración para que se configure este delito. Pero si se parte que se requiere un peligro a los intereses económicos de la Administración pública, requiere además verificar la existencia de ese peligro con la conducta de favorecimiento y parcialidad del funcionario.

La Casación 231-2017-Puno no toma postura de una sola línea de entendimiento del bien jurídico en el delito de negociación incompatible, pues refiere en genérico que este será «el normal y correcto funcionamiento de la Administración pública» y, dentro de ellas, «la transparencia e imparcialidad de los funcionarios o servidores públicos», cuyo fin sería el de «preservar la integridad y rectitud del funcionario» (Casación 231-2017-Puno, fj. 12. p. 14).

Es decir, para esta Casación el delito de negociación incompatible tiene un bien jurídico general que es «normal y correcto funcionamiento de la Administración pública» y tiene como bienes jurídicos específicos: la transparencia, imparcialidad, la integridad y rectitud del funcionario.

Sin embargo, esta postura tendría problemas en la práctica de cara a determinar si el actuar de un funcionario es típico o no, es decir, si configura un ilícito penal (negociación incompatible); pues, por ejemplo, el funcionario público puede cometer irregularidades administrativas siendo su actuar poco integro o recto con sus deberes institucionales, pero estas conductas por si mismas no implican un interés económico indebido o el favorecimiento o la búsqueda de un provecho para sí o para un tercero.

El actuar de un funcionario puede ser parcializado y, con ello, favorecer a un tercero y hasta puede entenderse que el interés sería económico porque la empresa postora al adjudicarse la buena pro tendría ganancias económicas; sin embargo, la empresa postora podría realizar la mejor obra que se haya visto para la entidad, este hecho podría ser considerado delito, siguiendo la línea de la parcialidad o imparcialidad del funcionario para configurarse el delito de negociación incompatible.

Por otro lado, la transparencia podría ser muy amplia, pues podría englobar que muchos actos irregulares tendrían la connotación de favorecimiento económico indebido en provecho de tercero y ya ser considerados delitos.

Lo ideal sería establecer un bien jurídico que bisagre el interés económico indebido y búsqueda de provecho para sí o de tercero, con la finalidad de que cuando se tenga un cúmulo de irregularidades administrativas de parte del funcionario colegir que se han configurado los elementos del delito de negociación incompatible.

III. EL PELIGRO CONCRETO DE TIPO ECONÓMICO EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, SEGÚN LA CASACIÓN 231-2017-PUNO

En el proceso que motivó esta casación, se acusó a los funcionarios de haber faltado a sus deberes de transparencia e imparcialidad al haber incumplido con la normatividad de la Ley de Contrataciones con el Estado (LCE) y su Reglamento, incumplimiento que habría generado un supuesto favorecimiento a la empresa postora que realizó la venta de la semilla de alfalfa, dactylis e inoculante a la Municipalidad Provincial de Melgar.

Los funcionarios al no haberse integrado las especificaciones técnicas del área usuaria en el expediente de contratación del proceso de exoneración N.° 001-2010-MPA, habrían incumplido con el artículo 10 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (RLCE), que señala que el «Expediente de Contratación se inicia con el requerimiento del área usuaria», el mismo que «debe contar con las características técnicas de lo que se va a contratar, el estudio de las posibilidades que ofrece el mercado, el valor referencial, la disponibilidad presupuestal, el tipo de proceso de selección, la modalidad de selección, el sistema de contratación, la modalidad de contratación a utilizarse y la fórmula de reajuste de ser el caso» (art. 10 del RLCE).

El proceso exoneración N.° 001-2010-MPA derivó de procesos de selección convocados hasta en cuatro oportunidades, lo que haría colegir que el inminente desabastecimiento inminente, en este caso no se condice con lo prescrito en el artículo 21 LCE y el artículo 129 RLCE, que señala que este debe darse producto de «una situación extraordinaria e imprevisible, que compromete la continuidad de las funciones, servicios, actividades u operaciones que la entidad tiene a su cargo», entendiendo a su vez que «la necesidad de los bienes o servicios debe ser actual e imprescindible para atender los requerimientos inmediatos» (art. 129 del RLCE).

En cuanto a la inobservancia del artículo 129 del RLCE respecto de que «no puede invocarse la existencia de una situación de desabastecimiento en contrataciones por cantidades que excedan lo necesario para atender el desa-

bastecimiento (art. 129 del RLCE, inciso d), debe analizarse con reserva porque se modificó el monto de S/550 000 soles por el monto de S/1 592 000, con informe técnico previo.

Con referencia a la modificaciones de las especificaciones técnicas e integración de bases que realizó el Comité Especial en el proceso exoneración N.° 001-2010-MPA, se tiene que de acuerdo con el artículo 31, inciso 6 RLCE, el Comité Especial puede integrar las bases y, según el artículo 60, deberán integrar las bases, luego del procedimiento de absolución de consultas y observaciones, pese a existir informe previo para dichas modificaciones, las modificaciones importaron mayor acceso o posibilidad de que gané un postor específico.

Todos estos estos actos fueron entendidos por los magistrados supremos como incumplimiento de normas de carácter administrativo, específicamente, incumplimiento de los artículos 21 y 22 de la LCE, y artículos 129 y 133 del RCLE; puesto que no basta que el agente «encause su conducta más allá de lo debido», sino que se requiere acreditar «el interés indebido, sea en provecho propio o de tercero», así como que «ese interés constituya un peligro concreto para la realización de la Administración pública» (Cas. 231-2017-Puno: 22, FFJJ 26-27).

Los magistrados supremos señalaron que el proceso de exoneración N.° 001-2010-MPA no generó un peligro para el patrimonio del Estado, pues se llegó a satisfacer una necesidad para los pobladores, cuestión que no haberse dado hubiera ocasionado un perjuicio para estos (Cas. 231-2017-Puno: 22-23, FJ 28).

El voto en discordia señaló que la sentencia debió confirmarse en razón de que: i) los productos superaban la cuantía de exoneración; ii) no existió desabastecimiento inminente porque el proceso fue declarado 5 veces desierto o nulo; iii) no se justificó objetivamente porque se le dio la buena pro al postor.

Ahora bien, la Cas. 231-2017-Puno requiere no solo la lesión de normas administrativas que se realiza a través de las irregularidades infringidas del funcionario público y que estas sean el manifiesto de un interés económico indebido que importe la búsqueda de provecho para sí o para tercero, sino que el actuar implique un peligro para la Administración pública, peligro concreto, que significa un riesgo inminente para los interés de la administración que, según la Cas. 231-2017-Puno, solo puede ser patrimonial.

En la Casación 231-2017-Puno, se verifica implícitamente que los magistrados supremos asumen la postura cualitativa, pues entienden que la sola violación de normas de carácter administrativo puede importar a la Administración pública en general (ilícito administrativo), pero no basta que sea delito, necesitará un peligro concreto al patrimonio

En esta Casación se señala que para que se configure el delito de negociación incompatible se «debe producir una situación real y efectiva para el bien jurídico, correcto funcionamiento de la administración» (Casación 231-2017-Puno, FJ 13, p. 14), para luego señalar que la conducta típica de este delito debe entender «solo aquellas conductas que por su magnitud supongan un daño inminente a la Administración pública» (Casación 231-2017-Puno: FJ 14 p. 15), a la vez que señala que se debe gestar un «riesgo inminente para el correcto funcionamiento de la Administración pública» (Casación 231-2017-Puno, FJ 15 p. 15), para finalmente señalar que en este delito «si requiere un riesgo para el patrimonio estatal, por lo que solo será sancionado la conducta idónea para tal fin» (Casación 231-2017-Puno, fj. 17, p. 16).

En otros pasajes de la Casación 231-2017-Puno, señala que el delito de negociación incompatible es de peligro concreto, por ello, «el actuar de los sujetos activos debe ser de tal entidad que signifique un riesgo inminente para el Estado» (Casación 231-2017-Puno, FJ 26, p. 22), así también señala que el interés en este delito implica «un peligro concreto para el correcto funcionamiento de la administración» (Casación 231-2017-Puno, FJ 27, p. 22), y que la conducta no «significó un peligro efectivo para el patrimonio del Estado» (Casación 231-2017-Puno, FJ 28, pp. 22-23).

La Casación 231-2017-Puno entiende que el peligro inminente para el Estado, o el riesgo para el correcto funcionamiento de la Administración pública, es solo de tipo económico y solo podría darse a nivel de peligro de perjuicio patrimonial.

Pero si partimos de que el peligro concreto sería solo patrimonial, haría difícil la distinción de este delito con el delito de colusión simple, descartando el análisis de la concertación, el asumir esta postura llegaría al extremo de «admitir todo favorecimiento siempre y cuando no peligre el patrimonio del Estado», como una conducta lícita penalmente.

Esta postura (económica) tendría sentido toda vez que se considera que el interés indebido en el delito de negociación incompatible es económico,

pero, según la doctrina mayoritaria, los intereses de la administración podrían englobar otros valores o finalidades no solo de tipo económico, como lo son la imagen de la Administración pública, el funcionamiento transparente de la administración, lo que haría innecesario busca un peligro de perjuicio económico para la administración para que se configure el delito de negociación incompatible.

La Corte Suprema y la doctrina deberían definir el bien jurídico y el peligro concreto necesario para la configuración del delito de negociación incompatible, y así evitar condenas injustas o absoluciones impunes.

IV. CONCLUSIONES

La Casación 231-2017-Puno en mayoría absolvió a funcionarios condenados por el delito de negociación incompatible, en agravio de la Municipalidad Provincial de Melgar, pues entendió que el incumplimiento de las normas administrativas en que incurrieron los acusados en el proceso exoneración N.° 001-2010-MPA no bastó para configurar el delito de negociación incompatible, al no existir peligro concreto de afectar el patrimonio de la Administración Pública.

Para distinguir el ilícito penal del ilícito administrativo se utilizan dos teorías principalmente: la teoría cuantitativa y cualitativita. La teoría cuantitativa enseña que no existen diferencias sustanciales, solo de gravedad; mientras que la teoría cualititativa señala que sí existe una diferencia, que es precisamente el distinto bien jurídico a proteger. El bien jurídico del delito de negociación incompatible, según la Cas. 231-2017-Puno, es el «normal y correcto funcionamiento de la Administración pública» y, dentro de ella, a la transparencia, imparcialidad, la integridad y rectitud del funcionario.

Según la Casación 231-2017-Puno, para que se configure el delito de negociación incompatible debe existir un peligro concreto de los intereses de la administración y este será solo de tipo económico o patrimonial; pero la Corte Suprema, al no tener una postura clara de bien jurídico tutelado, puede llegar a resultados contingentes, y al entender que el peligro concreto exigido debe ser patrimonial puede llevar a perversiones político criminales, como el que toda licitación irregular que no comprenda riesgo para la economía de la entidad sería impune. Por ello, se exhorta a que primero se delimite el bien jurídico y los límites del peligro concreto a los intereses de la administración.

V. BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, M. *Delitos contra la Administración Pública*. 2.ª ed. Lima: Palestra Editores, 2003.

BAJO FERNÁNDEZ, M. *Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal. Recensión a Bernardo Feijoo. Normativización del Derecho Penal y realidad social. Bogotá (Universidad Externado de Colombia) 2007*. Barcelona: Indret, 2008.

CASTILLO ALVA, J. *El Delito de Negociación Incompatible*. Lima: Instituto Pacífico, 2015.

CEREZO MIR, J. Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXVIII, facículo II.

GARCÍA CAVERO, P. *Derecho Penal Económico Parte General*. 3.ª ed. Lima: Jurista editores, 2003.

PEÑA CABRERA FREYRE, A. *Derecho Penal Parte Especial*. 2.ª ed. Tomo V. Lima: Idemsa, 2010.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. *El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses Privados*. Lima: Editorial Lex & Iuris, 2016.

REGIS CARRILLO, L. Bibliografía. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva serie, año XLII, N.° 127. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010.

ROJAS VARGAS, F. *Delitos contra la Administración Pública*. 4.ª ed. Lima: Editorial Grijley, 2007.

SALINAS SICCHA, R. *Delitos contra la Administración Pública*. 3.ª ed. Lima: Editorial Grijley, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, J. *La expansión del Derecho Penal*. 2.ª ed. Madrid: Civitas, 2001.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador ¿Hacia una «administrativización» de Derecho Penal o una «penalización» del Derecho Administrativo sancionador?* En Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: *In Memorian*. Luis Alberto Arroyo Zapatero (Coord.), Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (coord.). Castilla-Salamanca: Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001.

EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS, ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y VISIÓN DEL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DEL 2004

Jefferson Gerardo Moreno Nieves(*)

SUMARIO: I. Antecedentes legislativos. 1.1. El delito de tráfico de influencias en el Código Penal de 1924. 1.2. El delito de tráfico de influencias en el Código Penal de 1991. I.III. Nueva legislación a partir del proyecto del nuevo Código Penal Peruano. **II.** El delito de tráfico de influencias desde la regulación penal comparada en Latinoamérica. **III.** Elementos objetivos tipo penal de tráfico de influencias. 3.1. El que invocando o teniendo influencias reales o simuladas. 3.2. El recibir, hacer dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio. 3.3. El ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo. **IV.** Análisis sobre los nuevos elementos a partir de la reforma del Código Penal. **V.** Conclusiones. **VI.** Bibliografía.

JURISPRUDENCIA:

Casación N.° 374-2015-Lima

RESUMEN: El delito de tráfico de influencias ha tenido una evolución legislativa particular, sus elementos han ido variando con el tiempo desde su implementación en el año 1981. El dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso de la República, recaído en los proyectos de Ley N.° 163/2011-CR y otros de fecha 26 de mayo del 2011 ha realizado, pese a las modificaciones ya realizadas, una nueva forma de legislar este tipo penal, bifurcando

(*) Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Estudios de maestría en Derecho, con mención en Ciencias Penales por la misma casa de estudios. Estudios de maestría en Derecho, con mención en sistema acusatorio y litigación oral en la Universidad de Medellín (Colombia). Conferencista nacional e internacional, especialista en Derecho Penal, Procesal Penal y Constitucional.

su sanción en un tráfico de influencias activo y otro pasivo; es decir, en esta oportunidad, ya no solo se castiga la venta de influencias, sino también la compra. Sudamérica no es ajena a esta forma de tipificación, como veremos.

ABSTRACT: The crime of influence peddling has had a legislative evolution; their elements have been changing over time since its implementation in the year 1981.
The opinion of the Justice Commission of the Congress of the Republic, relapsed in the projects of Law N.° 163/2011-CR and others dated in May 26, 2011 has made, despite the modifications already made, a new way to legislate this criminal type, branching their sanction in a traffic of active influences and another passive; that is to say, in this opportunity, not only the sale of influences is punished, but also the purchase. South America, is not alien to this form of typing, as we will see.

PALABRAS CLAVES: Código Penal, Tráfico de influencias, sistema penal, tipo penal, técnica legislativa, funcionario público.

KEYWORDS: Criminal code, traffic of influences, criminal system, criminal type, legislative technique, public civil servant.

I. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

1.1. El delito de Tráfico de influencias en el Código Penal de 1924

Antes del Código Penal de 1924, he incluso a la fecha de publicación de este, el delito de tráfico de influencias aún no se encontraba tipificado en nuestra legislación penal.

El 12 de junio de 1981 se promulgó el Decreto Legislativo N.° 121[1], el cual tenía por objeto la modificación y ampliación de varios artículos del Código Penal de la época, el de 1924.

El artículo 8 del mencionado cuerpo legal estableció adicionar al artículo 353 del Código Penal, Título XVI «Delitos contra los poderes del estado y el orden constitucional, capítulo II «disposiciones comunes», el artículo 353 «A» que establecía: «El que invocando influencias reales o simuladas, reciba o haga dar, o prometer para sí o para un tercero, un donativo o una promesa o cualquier otra ventaja con el fin de interceder ante un funcionario o servidor público, que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con prisión no mayor de dos años y multa de la renta de veinte a cuarenta días».

---

(1) Decreto Legislativo N.° 121 «Modificaciones al código penal», de fecha 12 de junio de 1981.

Tras esta incorporación del delito de tráfico de influencias a nuestra legislación nacional, no se efectuaron más modificaciones hasta la reforma total del Código dada en el año 1991.

1.2. El delito de Tráfico de influencias en el Código Penal de 1991

Este texto normativo mantiene la tipificación del delito de tráfico de influencias, esta vez en el artículo 400, estableciendo que: «El que invocando influencias, reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años».

Esta tipificación estuvo vigente tan solo hasta el 6 de octubre del 2004, dado que en esa fecha se publicó la Ley N.° 28355 estableciendo un nuevo texto, con la incorporación de algunos elementos objetivos como «teniendo», «beneficio», y el «ha de conocer»: «El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años».

El 10 de junio del 2011 surge un nuevo cambio a partir de la publicación de la Ley N.° 29793: «El que solicita, recibe, hace dar o prometer, para sí o para otro, donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio, por el ofrecimiento real de interceder ante un funcionario o servidor público que haya conocido, esté conociendo o vaya a conocer un caso judicial o administrativo será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años».

El 21 de julio del mismo año surge, a través de la Ley N.° 29758, una nueva modificación, estableciéndose su texto de la siguiente manera: «El que invocando o teniendo influencias reales o simuladas recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años».

Es bajo este cambio que se decide retornar a la redacción efectuada en la Ley N.° 283555. Esta tipificación se ha mantenido hasta el 26 de noviembre del 2013, donde con la Ley N.° 30111 se adicionó como sanción la pena multa en delitos contra la Administración Pública, entre ellos, el delito de tráfico de influencias. Manteniéndose de esta manera hasta la actualidad.

1.3. Nueva legislación a partir del proyecto del nuevo Código Penal Peruano

Un novedoso proyecto de nuevo Código Penal[2] pretende tipificar al delito de tráfico de influencias, bifurcando su estructura en dos tipos penales: tráfico de influencias pasivo y tráfico de influencias activo.

La nueva técnica legislativa establece lo siguiente:

> **Artículo 582. Tráfico de influencias pasivo.** El que invocando o teniendo influencias reales o simuladas, solicita, recibe, hace dar o prometer, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para sí o para tercero, con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público para que este realice, retarde u omita un acto relacionado a sus funciones, en violación de sus obligaciones o sin faltar a ellas, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor ocho años, inhabilitación conforme a los literales b, d y n del artículo 38, y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.
>
> **Artículo 583. Tráfico de influencias activo.** El que, mediante cualquier modalidad, da o promete a un particular, funcionario o servidor público, en forma directa o indirecta, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido, para este o para un tercero, con la finalidad de que este en ejercicio de sus influencias reales o simuladas, interceda ante un funcionario o servidor público, para que este realice, retarde u omita un acto relacionado a sus funciones, en violación de sus obligaciones o sin faltar a ellas, es reprimido con pena privativa de libertad no

(2) Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso de la República, recaído en los proyectos de Ley N.° 163/2011-CR y otros, de fecha 26 de mayo del 2011.

menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días multa.

Esta novedosa forma de tipificar el delito de tráfico de influencias, nunca antes vista en nuestra legislación, ha solucionado vacíos legales en situaciones, mediante la cual una persona era compradora de influencias; a la actualidad, la tipificación solo se ha realizado respecto de la persona que ofrece o vende la influencia.

Es necesario verificar si en Sudamérica se cuenta con una técnica legislativa similar a fin de establecer la novedad o la fuente de esta forma de tipificación.

II. EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS DESDE LA REGULACIÓN PENAL COMPARADA EN LATINOAMÉRICA

El delito de tráfico de influencias ha sido tipificado como conducta punible en muchos países de Latinoamérica. Es menester observar las demás legislaciones para poder entender con mayor exactitud este tipo penal.

En Bolivia, la regulación del delito de tráfico de influencias se ha establecido de la siguiente manera: «El funcionario público o autoridad que, directamente o por interpósita persona y aprovechando de las funciones que ejerce o usando indebidamente de las influencias derivadas de las mismas, obtuviere ventajas o beneficios, para sí o para un tercero, [...]»[3].

Esta es una técnica legislativa similar a la que mantenemos en el sistema peruano a la actualidad.

En Paraguay, este delito no ha sido tipificado en el Código Penal, sino se ha utilizado la técnica de una ley extrapenal para su regulación:

1) El que reciba o se haga prometer para sí o para un tercero, dinero o cualquier otro beneficio como estímulo o recompensa para mediar ante un funcionario público, en un asunto que se encuentre conociendo o haya de conocer invocando poseer relaciones de importancia o influencia reales o simuladas [...];

(3) Código Penal del Estado Plurinacional de Bolivia, título II, capítulo I, artículo 146.

2) Igual pena se aplicará a quien entregue o prometa dinero o cualquier otro beneficio, para obtener el favor de un funcionario público;

3) Si la conducta señalada en los incisos 1) y 2) de este artículo estuviera destinada a hacer valer una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o ante fiscales del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su consideración, el límite legal máximo de la sanción se elevará [...][4].

En el caso paraguayo, la técnica legislativa tiene mayor vinculación al proyecto de Código Penal, comprendiendo también al comprador de influencia, aunque no con tanta precisión como la técnica peruana, pero si con la sanción a la conducta tanto de vender como de comprar.

El Código Penal de Ecuador regula este delito con el siguiente texto normativo:

> Las o los servidores públicos, y las personas que actúen en virtud de una potestad, estatal o alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la constitución de la República, prevaliéndose de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica, ejerza influencia en otra u otro servidor para obtener un acto o resolución favorable a sus intereses o de terceros. [...] El máximo de la pena prevista será aplicable cuando las personas descritas en el primer inciso, aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen, se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les concedan contratos o permitan la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público. Están incluidos dentro de esta disposición las y los vocales de los organismos administrativos del Estado o del sector público en general, que con su voto cooperen a la comisión de este delito[5].

---

(4) Ley N.° 2.523/04, 13 de diciembre de 2004, Asunción (Paraguay).

(5) Código Penal de la República de Ecuador, Titulo IV, Capitulo Quinto, Sección tercera, artículo 285.

Como se puede verificar, esta técnica legislativa busca en mayor medida la sanción del funcionario público que participe traficando influencias, es más, incrementa la pena cuando se trate de un funcionario que accedió por voto popular.

El Código Penal colombiano ha regulado este tipo penal de la siguiente manera:

> El servidor público que utilice indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer, [...]. Los miembros de corporaciones públicas no incurrirán en este delito cuando intervengan ante servidor público o entidad estatal en favor de la comunidad o región. El particular que ejerza indebidamente influencias sobre un servidor público en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer, con el fin de obtener cualquier beneficio económico [...][(6)].

El sistema penal colombiano, no cuenta con la técnica legislativa del proyecto de Código Penal peruano; aunque sí reconoce la participación del funcionario y del particular.

> El Código Penal argentino, al respecto, ha establecido: [...] el que por sí o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que este haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones.
>
> Si aquella conducta estuviera destinada a hacer valer indebidamente una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia, el máximo de la pena de prisión o reclusión se elevará a doce años.

---

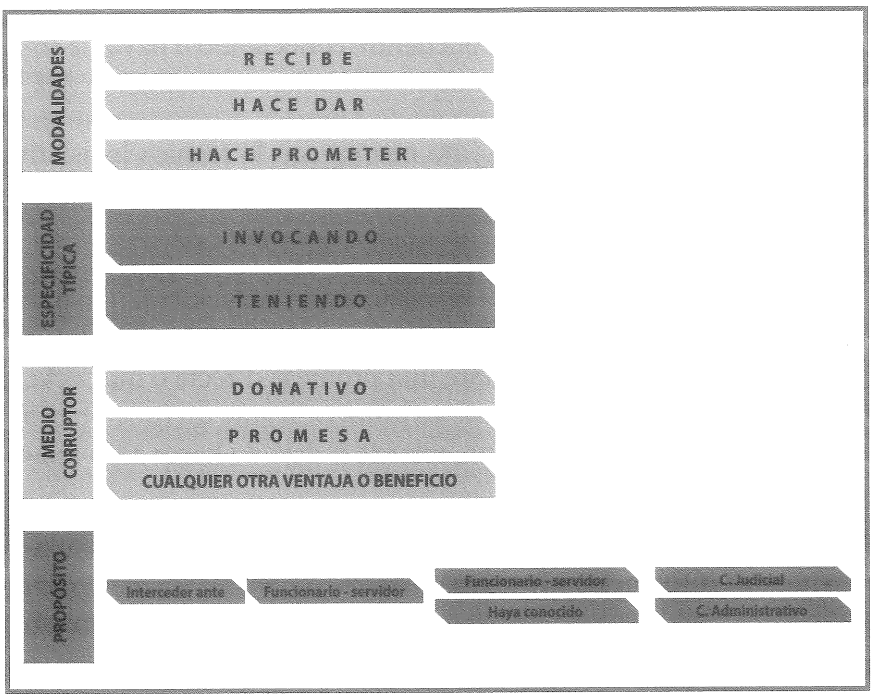
(6) Código Penal de la República de Colombia, Libro II, Titulo XV, Capítulo V, artículos 411 y 411-A.

Como se puede ver de la legislación sudamericana, en algunos casos se ha aplicado la técnica legislativa que el Proyecto de Código Penal pretende utilizar respecto del delito de tráfico de influencias, mejorando así la forma de tipificar el delito y subsanar los vacíos legales con que se contaban.

III. ELEMENTOS OBJETIVOS TIPO PENAL DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

Es el delito de tráfico de influencias un tipo penal pluriofensivo. El objeto de protección lo constituye no solo la transparencia e independencia de la función pública, sino también la situación de igualdad de los ciudadanos frente a esta; así como también el valor de la incorruptibilidad funcional, que es lo que esencialmente se lesiona(7).

Básicamente, la estructura del delito de tráfico de influencias puede graficarse de la siguiente manera(8):



(7) REÁTEGUI, J. Parte Especial. En *Tratado de Derecho Penal* (3232). Lima: Ediciones Legales, 2016.

(8) Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional, Expediente N.° 00016-2017-15-5001-JR-PE-01, Resolución N.° 15, de fecha 25 de abril del 2017, fundamento 3.4.

3.1. El que invocando o teniendo influencias reales o simuladas[9]

La ley peruana en la descripción típica nuclear del delito alude al término **invocar**. El diccionario de la Real Academia, define *invocar* como «llamar uno a otro en su favor y auxilio». En su acepción lingüística, el traficante de influencia sería aquel que cita o llama a otro en su favor o busca lograr auxilio.

Invocar no es otra cosa que ufanarse, citar, aludir o hacer referencia a determinadas influencias que se puedan tener o desarrollar en un determinado ámbito y sobre ciertas personas que, según la norma, debe ser funcionario o servidores públicos. El autor se atribuye influencia, poder, ascendencia y capacidad persuasiva sobre el funcionario o servidor[10].

La invocación que se realiza e interesa al derecho penal no es de cualquier clase o naturaleza. Debe tratarse de la invocación de influencias. La influencia es la capacidad de orientar, determinar o dirigir la conducta de una persona hacia un determinado fin u objetivo.

Puede entenderse como la capacidad de inducción o determinación que posee una persona sobre otra a fin de que ejecute sus deseos o consejos[11]. Algunos códigos penales junto a la criminalización de la invocación de influencias sancionaban la ostentación de vinculaciones, término que se considera correctamente innecesario, dado que una forma de lograr o ganar la influencia es a través de las vinculaciones[12].

---

(9) Pese a que la Corte Suprema, ha planteado una posición de ausencia de antijuridicidad en el Caso Aurelio Pastor Valdivieso, es importante, en este primer elemento objetivo de tipicidad, tener en cuenta lo señalado por la máxima instancia judicial, sobre la posibilidad de que el abogado pueda realizar la función de «Gestor de intereses»: «[...] el profesional en derecho podría alegar que actuó dentro del ejercicio de sus funciones, si es que las influencias simuladas que ofrece implican el uso legal de los medios y recursos para defender un derecho o permitir una actuación, pues la afectación será mínima al prestigio de la administración pública, por lo que, ante esta lesión menor, el interés que contiene el ejercicio de la abogacía recogido por la Constitución Política del Estado y la libertad del trabajo, que no tiene por fin vulnerar el ordenamiento jurídico, prevalecerá. Lo que concuerda con la actividad profesional que se adecua a los cánones expuestos [...]». Caso Aurelio Pastor Valdivieso. Casación N.° 374-2015-Lima. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

(10) MANZINI, V. *Tratado de Derecho Procesal Penal.* Tratado 9. Argentina: Ediciones Jurídica Europa, 1996, p. 251.

(11) Ibídem, p. 252.

(12) *Loc. cit.*

La influencia no debe entenderse como el simple hecho de conocer, tener trato o algún tipo de relación, sea personal, profesional o de otro orden, con el funcionario o servidor público. Ella debe ser directa y precisa respecto del asunto judicial o administrativo que el funcionario conoce. El simple hecho de poder acceder al funcionario o «tener llegada» al mismo no satisface la tipicidad y el sentido final de la norma penal. La influencia debe ser más específica, definida y concreta debiéndose referir a un asunto o caso que sea de conocimiento, o lo haya sido, por parte del funcionario.

Reátegui Sanchez ha establecido que la influencia tiene las siguientes características:

a. El tipo penal no exige que la influencia realmente exista, ya que se refiere a que la influencia puede ser real o simulada. Resulta totalmente discutible la influencia simulada, pues no se atenta verdaderamente el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

b. Nuestro tipo legal no exige el ejercicio efectivo de influencias sobre un funcionario público determinado.

c. La técnica utilizada en el tipo penal es un verbo rector de conducta positiva («invocar»)

d. No existirá invocación cuando el sujeto activo no ha afirmado tener las influencias, sino simplemente se ha ofrecido a corromper a determinados funcionarios que ha acordado con el particular. Se presentará un supuesto de complicidad «cohecho activo» del extraneus, y si el sujeto no pensaba corromper al funcionario, sino apropiarse del dinero, se producirá una estafa[13].

La ley señala que la invocación de influencias puede ser real o simulada. La influencia real vendría sería la influencia o poder que efectivamente se tiene o se ostenta sobre el funcionario o servidor. Por su parte, la influencia simulada es aquella que no se tiene, ya sea de manera total o que se exagera o miente de modo radical. La norma ha querido brindar sanción penal a ambas modalidades comisivas, tomando como base la configuración real de si la persona que invoca o alude la influencia la tiene o no.

---

(13) REÁTEGUI, James. Parte Especial. En *Tratado de Derecho Penal*. Perú: Ediciones Legales, 2016, p. 1924.

3.2. El recibir, hacer dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa, o cualquier otra ventaja o beneficio

El delito de tráfico de influencias solo se configura cuando el autor del hecho recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero un donativo, una promesa o cualquier otra ventaja o beneficio. Es decir, es un delito en el que hay de por medio una contraprestación o por lo menos existe una promesa. El desvalor reside en mercantilizar una mediación indebida que recae en un miembro o en un órgano de la administración.

Nuestra legislación no castiga el tráfico de influencias gratuito o puro. Solo reprime la infracción cuando, además, de la influencia se termina recibiendo un bien, una contraprestación o una promesa. Por lo tanto, debe haber una conexión causal entre la atribución de influencias y el pago del precio, la concesión de una ventaja o la correspondiente promesa. La entrega del bien, la promesa o el pago del precio debe fundarse en la influencia o el ofrecimiento de intercesión que realiza el traficante[14].

Estamos ante un delito eminentemente sinalagmático que genera obligaciones para ambas partes. Si una persona invoca influencias o ejecuta un acto material de ayuda para solucionar de manera favorable un asunto judicial o administrativo sin pedir, solicitar, recibir, o hacer prometer cualquier ventaja, sea de naturaleza económica o no, no comete el delito. De ahí que se puede afirmar que en el Perú solo se castiga el tráfico de influencias oneroso y no el gratuito.

Cabe precisar que con referencia a la modificatoria ya no solo se da al hecho de solucionar de manera favorable un asunto judicial o administrativo, sino esta vez respecto de actos relacionado con las funciones de un funcionario o servidor público. Es decir, es generalizado respecto de cualquier función que devenga en un favorecimiento.

3.3. El ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo

El ofrecimiento de intercesión debe recaer sobre un funcionario o servidor que conozca, haya conocido o vaya a conocer, por razón de su jurisdic-

---

(14) MANZINI, V. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tratado 9. Argentina: Ediciones Jurídica Europa, 1996, p. 256.

ción o competencia un determinado caso judicial o administrativo. Quedan excluidos del ámbito de cobertura del tipo aquellos funcionarios públicos que conocen o tienen competencia sobre un caso, pero este no tiene naturaleza ni judicial ni administrativa.

En este aspecto, es importante tener en cuenta la defensa sostenida por el expresidente de la Corte Superior de Justicia del Callao, respecto de la falta de tipicidad sobre los hechos objeto de imputación como delitos de tráfico de influencias[15].

Sostiene el expresidente de Corte, con jurisprudencia que lo respalda, que cuando el tipo penal hace alusión a un «caso administrativo», solo hace referencia a un caso administrativo de carácter litigioso; de no presentarse esta característica, la conducta resultaría atípica.

Así lo ha señalado la propia Corte Suprema en el denominado caso «los Petroaudios»:

> [...] Cuando la norma indica «caso administrativo», se refiere a un procedimiento administrativo en la que ha de existir pronunciamiento respecto de la controversia alegada por un administrado o por una entidad estatal; de ahí que el objeto de tutela penal sea preservar el prestigio y el regular funcionamiento de la Administración Pública, específicamente, en sus ámbitos jurisdiccionales y de justicia administrativa [...][16]-[17].

IV. ANÁLISIS SOBRE LOS NUEVOS ELEMENTOS A PARTIR DE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

Respecto de la nueva redacción, debemos observar cuáles son las diferencias que nos plantea esta nueva regulación del delito de tráfico de influencias.

---

(15) Ver audiencia de prisión preventiva de fecha 20 de julio del 2018 ante Juzgado Especial de la Corte Suprema en https://www.youtube.com/watch?v=d9NJCLGeqpg.

(16) Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, Casación N.° 677-2016-Lima, resolución de fecha 17 de mayo del 2017.

(17) Es importante recalcar que la Corte Suprema mantiene el mismo razonamiento de exigencia de carácter litigioso también para el delito de falsa declaración en procedimiento administrativo.

Artículo N.° 400 del Código Penal	Artículos 582 y 583 del Proyecto de Ley N.° 163/2011-CR (Proyecto del nuevo código penal)
El que **invocando o teniendo influencias reales o simuladas recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio** con el ofrecimiento de interceder ante **un funcionario o servidor público que ha de conocer, está conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo,** será reprimido con pena privativa de la libertad **no menor de cuatro ni mayor de seis años** y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Si **el agente es funcionario o servidor público**, será reprimido con pena privativa de la libertad **no menor de cuatro ni mayor de ocho años** de inhabilitación, según corresponda conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa	**Artículo 582. Tráfico de influencias pasivo** El que invocando o teniendo influencias reales o simuladas solicita, recibe, hace dar o prometer, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para sí o para tercero, con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público para que este realice, retarde u omita un acto relacionado a sus funciones, en violación de sus obligaciones o sin faltar a ellas, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor ocho años, inhabilitación conforme a los literales b, d y n del artículo 38 y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa. Si el agente es un funcionario, servidor público o abogado es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años, e inhabilitación conforme a los literales a, b y n del artículo 38, y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa. **Artículo 583. Tráfico de influencias activo** El que, mediante cualquier modalidad, da o promete a un particular, funcionario o servidor público, en forma directa o indirecta, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido, para este o para un tercero, con la finalidad de que este en ejercicio de sus influencias reales o simuladas, interceda ante un funcionario o servidor público, para que este realice, retarde u omita un acto relacionado a sus funciones, en violación de sus obligaciones o sin faltar a ellas, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, y con ciento cincuenta a doscientos treinta días multa. Si el agente es funcionario o servidor público, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años, inhabilitación conforme a los literales b, d y n del artículo 38, y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

Lo primero que podemos observar es que el tipo penal de tráfico de influencias ha sido dividido en dos tipos penales, el nuevo proyecto de ley nos propone un ejercicio punitivo tanto de la conducta activa y pasiva de la misma.

La acción de invocar o tener influencias reales o simuladas aún se sigue manteniendo en el tráfico de influencias pasivo, dado que por su condición

este es el que recurre a la petición aludiendo tener influencias. No en el tráfico de influencias activo, ya que si bien es complementario a este tipo penal, este tiene una naturaleza distinta.

Además, respecto de la futura modificación a tráfico de influencias pasivo precisa al beneficio como un «beneficio indebido», entonces el legislador trata de precisar con mayor exactitud el tipo penal respecto de la contraprestación.

Nuestra legislación pretende agregar una conducta adicional a la de recibir, hacer dar o prometer, se trata del verbo *solicitar*, ampliándose con un verbo rector que consiste en la acción de pedir directamente la contraprestación. La modificatoria que pretende introducirse a nuestro ordenamiento jurídico, reforma en su totalidad este fragmento del tipo penal y en su lugar reside el siguiente texto: «[...] el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público para que este realice, retarde u omita un acto relacionado a sus funciones, en violación de sus obligaciones o sin faltar a ellas [...]».

Es mediante este nuevo texto que ya no se castigará la conducta en función del conocimiento de las partes que deciden incurrir en estas, tampoco será en función de conocer un caso judicial o administrativo, lo que permite que se convierta en un tipo penal más genérico; es decir, estaría relacionado a todas las funciones del servidor o funcionario público.

Respecto del tráfico de influencias activo ya no se hace referencia al que solicita o recibe, es decir, al que tiene las influencias reales o simuladas sino es aquel que busca al que tiene las influencias reales y simuladas para que interceda ante el funcionario o servidor público y se efectué un beneficio propio de un tercero.

V. CONCLUSIONES

a. El legislador peruano, mediante el proyecto de Código Penal, ha plasmado una técnica de tipificación novedosa para el delito de tráfico de influencias.

b. En el proyecto de Código Penal, el tráfico de influencias admite una forma activa y otra forma pasiva.

c. La técnica legislativa utilizada en el proyecto de Código Penal subsana el vacío legal de no sanción al comprador de influencias.

d. En algunos países de Sudamérica se aplica también la técnica legislativa de bifurcar el delito de tráfico de influencias activo y pasivo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

MANZINI, V. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Argentina: Ediciones Jurídica Europa, 1996.

REÁTEGUI, J. *Parte Especial*. En *Tratado de Derecho Penal*. Lima: Ediciones Legales, 2016.

COHECHO ACTIVO GENÉRICO Y TRÁFICO DE INFLUENCIAS, DESLINDES DOGMÁTICOS, ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL, CONSTITUCIONAL Y DE GESTIÓN PÚBLICA

A propósito de los «kenjivideos»

Jorge Isaac Torres Manrique(*)

SUMARIO: I. Prolegómeno. **II.** ¿Qué debemos entender por «kenjivideos»? **III.** Acerca del cohecho activo genérico. **IV.** Sobre el tráfico de influencias. **V.** Un mirada desde la gestión pública y los derechos fundamentales. **VI.** Análisis del caso *in comento*. **VII.** Conclusiones. **VIII.** Sugerencias. **IX.** Bibliografía.

JURISPRUDENCIA:

Acuerdo Plenario N.° 3-2015/CIJ-116

Casación N.° 374-2015-Lima

I. PROLEGÓMENO

La reciente renuncia de Pedro Pablo Kuczynski a la presidencia de la República del Perú (en fecha 21-04-18) era algo que ciertamente se veía venir, aunque no de manera inmediata como contundente.

Es así que, debido a la propagación de los denominados «kenjivideos», la misma se tornó en imperante como inevitable, ocasionando que dicha crisis finalmente colapse.

(*) Abogado por la UCSM (Arequipa). Doctorados en Derecho y Administración, y maestrías en Derecho Empresarial y Derecho Penal por la UNFV (Lima). Docente principal en WorldWide Legal Consulting de la California Silicon Valley School of the Law, SFO (USA). Consejero editorial de la Revista American Journal of Science and Technology (USA).

El presente tema cobra especial relevancia cuando observamos que ambas figuras penales (cohecho activo genérico y tráfico de influencias) que se analizan a propósito de los referidos videos, corresponden a la histórica como preocupante lacra de los delitos de corrupción de funcionarios.

Los mismos que no hacen más que develar, una de las más grandes lacras que atenta abierta como impune, no pocas veces, en contra del desarrollo de los pueblos, democracia y derechos fundamentales, la cual es la consabida y acechante corrupción.

Así, en esta entrega analizaremos el correspondiente deslinde y consecuencias delictivas de las referidas figuras. Y, con el propósito de impregnarle un enfoque integral como interdisciplinar, también haremos lo propio de los alcances correlacionales respecto de los efectos de su comisión, en el ejercicio de los derechos fundamentales y la gestión pública.

II. ¿QUÉ DEBEMOS ENTENDER POR «KENJIVIDEOS»?

En este acápite nos ocuparemos de los hechos que motivan el desarrollo del presente trabajo, los mismos que han pasado a ser denominado también: «Mamanivideos».

Así, tenemos que *Kenjivideo* es la denominación que se le dio a un grupo de videos elaborados y difundidos, en fecha 20-03-18, por el congresista Moisés Mamani de la agrupación Fuerza Popular, liderada por Keiko Fujimori, donde se observa a los congresistas Kenji Fujimori, Bienvenido Ramírez, Guillermo Bocángel, al asesor Alexei Toledo y, por separado, al abogado Alberto Borea y al policía Fredy Guido Aragón Valdéz, en lugares hasta ahora no identificados. En los videos principales se observa cómo el grupo de Kenji Fujimori —que es el líder de un bloque disidente fujimorista del partido Fuerza Popular— daba la oportunidad al congresista Moisés Mamani, del departamento de Puno, de que sus proyectos tengan acceso privilegiado con el gobierno ejecutivo a cambio de votar «en contra» en el segundo pedido de vacancia presidencial contra Pedro Pablo Kuczynski. El término *kenjivideo* es debido a los Vladivideos, serie de videos del exasesor presidencial del expresidente Alberto Fujimori, donde se observa casos de corrupción[1].

---

(1) S/a. Kenjivideo. En línea, recuperado en fecha 23-04-18, Disponible en https://es.wikipedia.org/wiki/Kenjivideo. San Francisco.

III. ACERCA DEL COHECHO ACTIVO GENÉRICO

Este delito aparece codificado en el artículo 397, del Código Penal peruano, que señala: «El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa».

A continuación, debemos entender su naturaleza de genérica delictiva, en razón a el sujeto activo resulta ser indeterminado y común, corriendo igual tratativa quienes son sobornados por el mismo. Ergo, queda claro que puede ser sujeto activo cualquier persona.

Entonces, estamos hablando de dos voluntades que son absolutamente necesarias para la configuración de dicho hecho delictivo. Es decir, quien corrompe o soborna, y quien se deja corromper o sobornar.

En la presente figura delictiva, el bien jurídico protegido es el debido funcionamiento de la Administración pública o de las entidades estatales. En suma, la institucionalidad de las mismas.

Así también, en ese mismo orden de ideas, se tiene que el objeto específico de tutela radica en brindar protección al ejercicio, regular de las funciones públicas contra los actos de sujetos diversos que intentan corromper a los agentes de la Administración pública(2).

Por su parte, al respecto, en el Exp. N.° 97-191-601- JP-01-Loreto, se refiere: «En el delito de corrupción de funcionarios, el titular del bien jurídico es el Estado correspondiéndole a este la reparación Civil y no las personas

(2) ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Editora Grijley, 2002, p. 534.

que integran los donativos al funcionario públicos los que no puedan figurar como agraviados»[3].

Cabe indicar que el presente no es un delito de resultado, ya que no precisa que su plasmación o la manifestación de las consecuencias en dicho sentido, para que se entienda por consumado.

Además, es un delito doloso, es decir, que requiere la voluntad o intención de quienes participan en el acto configurativo. Al respecto, cabe agregar que en el texto del mismo no figura la frase: «el que por culpa» (que corresponde a la naturaleza de culposo); ergo, *a contrariu sensu*, en el mismo se requiere de dolo.

La finalidad del sujeto activo (cualquier persona) resulta ser la obtención de un provecho del dinero de Estado (sujeto pasivo).

Traemos a colación el importante alcance del Punto 81, de la Sentencia de Apelación de la Primera sala Penal de Apelaciones, Exp. N.° 89-2014-30, que establece: «Esta sala considera, al igual que en el caso de cohecho activo genérico, que se debe corroborarse la existencia de un acuerdo previo donde se haya realizado el ofrecimiento, la entrega o la promesa de poner en disposición del funcionario o servidor público el medio corruptor a cambio que realice u omita un acto en violación de sus obligaciones, debiendo identificarse la modalidad, el medio corruptor específico y la obligación funcional que es vulnerada con el acto u omisión del funcionario o servidor público».

Al respecto, cabe dejar constancia que la citada jurisprudencia otorga mayores como importantes alcances o precisiones de lo que contempla el texto del tipo penal referido.

IV. SOBRE EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS

Seguidamente, tenemos el tipo penal de Tráfico de influencias, contenido en el artículo 400 del Código Penal peruano, y que juridiza:

> El que invocando o teniendo influencias reales o simuladas recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de

(3) Academia de la Magistratura, *Serie de Jurisprudencia*, N.° 4, Lima, 2006, p. 420.

conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36, y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

El presente es un delito doloso, es decir, requiere la voluntad o intención de quienes participan en el acto configurativo de vender una influencia determinada.

En esta figura delictiva, respecto del bien jurídico protegido, el Punto 14 del **Acuerdo Plenario N.° 3-2015/CIJ-116**, de fecha 02-10-15, afirma: «[...] el bien jurídico protegido en las influencias reales es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, en tanto que el sujeto activo logra determinar la voluntad del funcionario o servidor público [...]».

No obstante, el Punto Décimo Quinto de la **Casación N.° 374-2015-Lima**, de fecha 13-11-15, enseña: «[...] el bien jurídico de este tipo penal no podría ser el normal desarrollo o correcto funcionamiento de la Administración pública, ni la imparcialidad de esta. Lo más correcto es que protege la imagen y prestigio de la Administración pública y de forma mediata su regular funcionamiento. Esta mínima lesividad de los actos que se tipifican en el delito de tráfico de influencias simuladas, por la ineficacia a la afectación del bien jurídico citado, se deben de tomar en cuenta al momento de efectuar alguna interpretación, de conformidad con el carácter subsidiario y fragmentario del Derecho Penal (principio de *ultima ratio*)».

Así, apreciamos en la referida jurisprudencia un importante giro; ya que, si en un inicio consideramos que el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias es el debido funcionamiento de la Administración pública o de las entidades estatales, la misma hace prevalecer para el mismo la imagen y el prestigio de la Administración pública y, de forma secundaria o posterior, su regular funcionamiento.

Por otro lado, es de verse que la finalidad del sujeto activo (cualquier persona) resulta ser la obtención de un provecho —donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para sí o para un tercero— del Estado (sujeto pasivo).

Cabe precisar que «caben dos formas de comportamiento típico del interesado. La primera consiste en comprometerse a una "contraprestación" por la intercesión ofrecida del traficante; la segunda, en solicitar las influencias. Nótese que ambas conductas pueden llevarse a cabo directa o indirectamente [...] el delito de tráfico de influencias no se dirige únicamente al que las ofrece, sino también al que las solicita. Los comportamientos típicos son autónomos y esto en virtud de la aplicación irrestricta del principio de responsabilidad por el propio hecho, imprescindible en un derecho penal moderno donde el principio de legalidad cimenta su importancia no en la literalidad del precepto, sino en la exigencia de un uso racional y coherente del ordenamiento penal»[4].

V. UN MIRADA DESDE LA GESTIÓN PÚBLICA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Así también, corresponde dejar constancia de la indisoluble relación existente entre: por un lado, los delitos de cohecho activo genérico y tráfico de influencias; y por otro, la gestión pública y los derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, es de verse el Fund. 9, del Exp. N.° 2939-2004-AA/TC, del Tribunal Constitucional Peruano, que juridiza: «[...] el principio interpretativo de la eficacia vertical de los derechos fundamentales, que exige que los poderes públicos en el ejercicio de sus competencias den a los derechos fundamentales el carácter de verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial, reconociendo, asimismo, su capacidad de irradiarse en las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites a la autonomía privada».

Por su parte, se debe también tener presente el Principio de Buena Administración de la gestión pública.

---

(4) GUIMARAY MORI, Erick. El delito de tráfico de influencias. Algunos apuntes sobre su tipicidad. En *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*. Lima, 2004, pp. 111-112. En línea, recuperado en fecha 27-04/-8, de http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2013/01/Libro-Anticorrupci%C3%B3n-1.pdf.

> Se trata del principio de buena administración, cuyos brotes verdes empiezan a verse en la jurisprudencia y permitirá redefinir el modelo de relaciones entre el uso de la discrecionalidad por la administración y la justicia que la controla. El profesor Julio Ponce Solé, quien ya demostró ser un adelantado en mostrar la vía de la negociación de las normas en obras anteriores, ahora en su excelente trabajo titulado «La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración» (REDA 175, 2016), postula el advenimiento de «un nuevo paradigma del Derecho del siglo XXI. El paradigma del buen gobierno y la buena administración». Y distingue la idea de «buen gobierno» o el modo en que el ejecutivo desarrolla sus funciones reglamentarias y políticas, de la idea de «buena administración» que se refiere al modo de gestión administrativa, que se incumple con la gestión negligente o la corrupción(5).

Lo curioso es que con dos principios benéficos, la gestión pública sería irreprochable. El principio de buena administración en la vertiente objetiva de prudencia, calidad, objetividad y justificación de las decisiones. Y, el Principio de buena fe en la vertiente subjetiva de las intenciones(6).

En ese orden de inteligencia, queda demostrado que la comisión de los delitos de cohecho activo genérico y tráfico de influencias vulneran principios basilares de la gestión pública y los derechos fundamentales.

VI. ANÁLISIS DEL CASO *IN COMENTO*

En principio, es de precisar que se ha desarrollado previamente lo concerniente a los delitos de corrupción de funcionarios, tales como cohecho activo genérico y tráfico de influencias. Ello a efectos de analizar y determinar cuál de ellos es el que se ajusta a lo acontecido en los denominados *Kenjivideos*.

---

(5) CHAVES, José Ramón. *Principio de buena administración: nuevo paradigma de control de la discrecionalidad*, 2016. En línea, recuperado el 27-04-18. Disponible en https://delajusticia.com/2016/06/07/principio-de-buena-administracion-nuevo-paradigma-de-control-de-la-discrecionalidad/.

(6) *Loc. cit.*

Es así que empezamos señalando que cuando se ofrece que los proyectos del congresista Moisés Mamani tengan acceso privilegiado con el gobierno ejecutivo a cambio de votar en contra en el segundo pedido de vacancia presidencial, se estaría cometiendo el delito de cohecho activo genérico, específicamente en el extremo que el contenido que el respetivo tipo penal preconiza: «[...] para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación [...]».

Así, cabe señalar que en un pasaje de los referidos videos se aprecia al congresista Moisés Mamani referir que no quiere tener problemas con la Fiscalía (dando a entender que la misma tendría motivos para investigarlo y acusarlo). Y, sorprendentemente, la respuesta que recibe de los interlocutores es que no se preocupe, ya que si hace lo que piden (esto es, votar en contra de la señalada vacancia), que no se preocupe, pues eso no ocurrirá, ya que estaría con el poder.

En ese sentido, se habría incurrido en el delito de tráfico de influencias, según lo preceptuado en el texto del referido tipo penal: «[...] con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo [...]».

Por otro lado, la diferencia basilar entre el cohecho activo genérico y tráfico de influencias es que mientras que en el primero es para que un funcionario o servidor público realice u omita actos de corrupción en violación de sus obligaciones o sin faltar a su obligación; en el segundo, se solicita para sí o para un tercero un beneficio o ventaja, con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.

Comentario aparte merece el reparo especial y profunda preocupación en la incidencia de los delitos de corrupción en el Estado peruano.

Y no es para menos, pues es de verse respecto del delito de cohecho activo genérico, según el Reporte La Corrupción en el Perú (elaborado por la Defensoría del Pueblo), se concluye: i) el delito de cohecho activo genérico figura en el cuarto lugar (de ocho ubicaciones) con el 8 % y 2638 casos, ii) en cuanto a las entidades agraviadas con mayor casos de corrupción, se encuentran los Ministerios del Estado y Congreso de la República, en las ubicaciones quinta y décimo segunda (de décimo trece), con 2405 y 33 casos, respectivamente, y iii) que en los delitos de corrupción de funcionarios relacionados

con Odebrecht, el delito de cohecho activo genérico aparece en un total de tres, que representan al 6,52 %, ocupando el puesto seis de siete[7].

En ese orden de ideas, amerita mencionar que la Defensoría del Pueblo hizo llegar al presidente de la República las siguientes propuestas anticorrupción: i) elaborar una norma que obligue a declarar el posible conflicto de intereses de los altos funcionarios del Estado; ii) proteger al denunciante e incentivar la denuncia contra actos de corrupción; iii) sancionar el incumplimiento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública; iv) implementar una norma que establezca criterios para la designación, nombramiento y cese de asesores del presidente, así como de los altos funcionarios del Estado. Posteriormente, estas propuestas fueron alcanzadas a la Comisión Presidencial de Integridad, complementándolas con las siguientes: i) contar con una unidad especializada para la identificación de patrones de corrupción; ii) regular la gestión de Intereses en la Administración Pública, derogando la Ley N.° 28024, y iii) establecer la transparencia en los gastos de defensa[8].

Al respecto, cabe agregar que un disvalor del injusto funcionarial que se manifiesta en un uso arbitrario (ilegal) de la competencia funcional del *intraneus*, así como el aprovechamiento de la relación funcional con los bienes y fondos públicos, cuando el agente se apropia o utiliza indebidamente el patrimonio estatal (privado); en el presente, avizoramos una especie de privatización del cargo público, en la medida en que el funcionario deja de servir los intereses estrictamente generales (comunitarios), para servirse ilegalmente de las potestades que le confiere el cargo, incidiendo en actos constitutivos de corrupción[9].

Por su parte, en lo relacionado con el tráfico de influencias, el Reporte de la Corrupción en el Perú (elaborado por la Defensoría del Pueblo) indica que en los delitos de corrupción de funcionarios relacionados con Odebrecht, dicho delito figura con un total de 1, equivalente al 2,17 %, ocupando el puesto 7 de siete.

---

(7) S/a. *Reporte la corrupción en el Perú. Radiografía de la corrupción en el* Perú, 2017, pp. 14 y 18. En línea, recuperado en fecha 23-04-18. Disponible en http://rc-consulting.org/2017/archivos/Reporte-de-corrupcion-DP-2017-01.pdf.

(8) S/a. Reporte la corrupción en el Perú, p. 37.

(9) Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. Lima: Editorial Moreno IDEMSA, 2010, pp. 945-946.

En ese orden de ideas, es de señalar que resulta sumamente preocupante apreciar el peligroso avance de incidencia de los delitos de corrupción, en especial, los delitos de cohecho activo genérico y tráfico de influencias. A propósito, ello genera también la asunción de urgentes medidas a tomar en contra de la corrupción, en tanto que la misma se constituye en uno de los enemigos mortales del avance y desarrollo de los pueblos y sociedades, en todo orden.

Y, es que la corrupción parece haberse enquistado en absolutamente todos los rincones del aparato estatal. Casi no existe funcionario, trabajador o institución, que sea ajeno a dicha plaga. Lo verdaderamente alarmante acontece cuando para su reciente perpetración se asocian representantes de instituciones tutelares de un Estado, como se aprecia en el presente caso de los «Kenjyvideos», donde congresistas y un ministro refieren, sin desparpajo, de disponer cual botín de las arcas estatales.

VII. CONCLUSIONES

- Consideramos que los hechos conocidos mediante los «Kenjivideos», se ajustan a lo preceptuado por los delitos de cohecho activo genérico y tráfico de influencias, en los extremos señalados en el acápite anterior.
- Apreciamos una evolución importante en la doctrina y jurisprudencia, en los delitos de cohecho activo genérico y tráfico de influencias, respecto de la determinación del bien jurídico tutelado, lo cual comporta una saludable mirada de avance en favor de la salvaguarda de la institucionalidad de la gestión pública, preferentemente. Aunque ciertamente, la misma se torna insuficiente, pues amerita la urgente adopción de una Política Criminal de Estado: integral, interdisciplinaria, interinstitucional, cuanto menos.
- Por otro lado, de lo desarrollado y fundamentado en el presente trabajo, colegimos que la gestión pública resulta ser muy importante y trascendente para perfilar los destinos de los pueblos. Por ello, no debe olvidarse el compromiso y obligación imperantes de los funcionarios públicos para realizar una correcta como debida gestión pública, con la finalidad de no incurrir en los delitos de corrupción de funcionarios.
- Finalmente, si con ello no bastase, la asunción de una gestión pública implica el abrace como estricta observancia de salvaguarda de los

derechos y principios fundamentales, a efectos de salvaguardar su no vulneración y realización. Dicho sea de paso, es de precisar que los delitos de cohecho activo genérico y tráfico de influencias, los contrarían abiertamente.

VIII. SUGERENCIAS

- Es necesario capacitar a los funcionarios públicos en temas de gestión pública y la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos, a efectos de lograr y fomentar la sensibilización, capacidad de admiración e intolerancia ante la corrupción; en lo que implica no solamente el desarrollo de los pueblos, sino también, la absoluta observancia del irrestricto respeto y salvaguarda de los derechos fundamentales.
- La gestión pública, corrupción de funcionarios públicos y los derechos humanos (haciendo hincapié en su indisoluble como trascendente relación), son materias que deben ser incluidas en la currícula de educación, de cuanto menos los niveles educativos de primaria y secundaria. Lo que implica que también deberá corresponder lo propio a las carreras profesionales relacionadas a la educación.

IX. BIBLIOGRAFÍA

CHAVES, José Ramón. *Principio de buena administración: nuevo paradigma de control de la discrecionalidad*, 2016. En línea, recuperado el 27-04-18. Disponible en https://delajusticia.com/2016/06/07/principio-de-buena-administracion-nuevo-paradigma-de-control-de-la-discrecionalidad/.

GUIMARAY MORI, Erick. El delito de tráfico de influencias. Algunos apuntes sobre su tipicidad. En *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*. En línea, recuperado en fecha 27-04-18. Disponible en http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2013/01/Libro-Anticorrupci%C3%B3n-1.pdf, Lima, 2004.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. Lima: Editorial Moreno IDEMSA, 2010.

ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Editora Grijley, 2002.

S/a. *Kenjivideo*. En línea, recuperado el 23-04-18. Disponible en https://es.wikipedia.org/wiki/Kenjivideo. San Francisco.

S/a. *Reporte la corrupción en el Perú. Radiografía de la corrupción en el Perú*, 2017. En línea, recuperado el 23-04-18. Disponible en http://rc-consulting.org/2017/archivos/Reporte-de-corrupcion-DP-2017-01.pdf, Lima, 2017.

Este libro se terminó de imprimir en los talleres gráficos
de Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL
<ediciongrijley@gmail.com>,