

RAÚL ERNESTO MARTÍNEZ HUAMÁN
DIRECTOR

PIERO ALONSO MORI SÁENZ
COORDINADOR

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

DEBATES FUNDAMENTALES

Percy García Caveró / Manuel Abanto Vásquez /
Ángeles Jareño Leal / Andrés Benavides Schiller /
Andrés Falcone / Daniel Mendoza Yana / Raúl Martínez
Huamán / Cristina García Arroyo / Jaime Lombana
Villalba / David Rosales Artica / Alcides Chinchay
Castillo / Ronald Vélchez Chinchayán / Mercedes
Herrera Guerrero / Marcelo Almeida Ruivo / Francisco
Álvarez Dávila / Alejandra Mori Sáenz / Ana Lucía
Heredia Muñoz / Bruno Rusca / Roberto Vélchez Limay
/ Piero Mori Sáenz / Camila Ugaz Heudebert



Av. Angamos Oeste N° 526 Urb.
Miraflores Miraflores, Lima-Perú /
☎ (01) 710-8900
www.gacetajuridica.com.pe

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Debates fundamentales

© Percy García Caveró / Manuel Abanto Vásquez / Ángeles Jareño Leal / Andrés Benavides Schiller / Andrés Falcone / Daniel Mendoza Yana / Raúl Martínez Huamán / Cristina García Arroyo / Jaime Lombana Villalba / David Rosales Artica / Alcides Chinchay Castillo / Ronald Vilchez Chinchayán / Mercedes Herrera Guerrero / Marcelo Almeida Ruivo / Francisco Álvarez Dávila / Alejandra Mori Sáenz / Ana Lucía Heredia Muñoz / Bruno Rusca / Roberto Vilchez Limay / Piero Mori Sáenz / Camila Ugaz Heudebert

© Gaceta Jurídica

Director: Raúl Ernesto Martínez Huamán

Coordinador: Piero Alonso Mori Sáenz

Primera edición: junio 2022

3380 ejemplares

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú

2022-05132

ISBN: 978-612-311-961-4

Registro de proyecto editorial

31501222200325

Prohibida su reproducción total o parcial

D. Leg. N° 822

Diagramación de carátula: Carlos Hidalgo De La Cruz

Diagramación de interiores: Henry Marquezado Negrini

Clorinda Inga Valladolid

Corrección: Roberto Valencia Velarde

Carlos de la Vega Romero

GACETA JURÍDICA S.A.

AV. ANGAMOS OESTE N° 526, URB. MIRAFLORES

MIRAFLORES, LIMA - PERÚ

CENTRAL TELEFÓNICA: (01) 710-8900

E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe / www.gacetapenal.com.pe

Impreso en: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.

San Alberto N° 201, Surquillo

Lima - Perú

Junio 2022

Publicado: junio 2022

*A nuestra querida alma máter,
Universidad Nacional Mayor de San Marcos,
Decana de América, como muestra de enorme gratitud.*

PRESENTACIÓN

Actualmente podemos observar que la corrupción en el Perú requiere de una respuesta prioritaria por parte del Estado a través del *ius puniendi*. Sin embargo, dentro de este ámbito, los mecanismos de represión utilizados por los Estados, a través de la creación de tipos penales, para confrontar a la corrupción, no han sido desarrollados de forma adecuada; así, los Estados de la región han introducido reformas del Derecho Penal sustantivo, adjetivo y de ejecución, buscando así aumentar la eficiencia y la celeridad de los procedimientos, así como reforzar los instrumentos de lucha contra la corrupción en el marco de una política penal de “corrupción cero” (entre otras cosas, mediante una mejor definición de los delitos, sanciones más elevadas en algunos casos y procedimientos acelerados)⁽¹⁾.

En ese sentido, resultaría lógico que, contando con información empírica sobre el contexto donde más corrupción se produce⁽²⁾, y que a su vez afecta gravemente al Estado, se haga uso de los medios normativos con que cuente el Estado para reprimir conductas de corrupción; empero, ello está fuera de toda realidad⁽³⁾, pues la aplicación de tipos penales que concretamente se enmarcan en la corrupción es mínima⁽⁴⁾, igualmente, sobre las distintas políticas penales (preventivas y represivas).

Se puede observar que la corrupción ha ocasionado efectos muy perjudiciales; no obstante, no se han apreciado hasta el momento respuestas adecuadas como mejorar el espacio normativo, crear normas pertinentes o planes de

-
- (1) Organización de los Estados Americanos (2013:14). Indica Claudia CRUZ SANTOS que, el endurecimiento del sistema punitivo contra la corrupción se justifica a través de imposiciones generadas por instrumentos internacionales, así como por las demandas sociales debido a la creciente comprensión de la dañosidad de la corrupción. CRUZ SANTOS, Claudia. “Novos Rumos na Prevenção e Repressão da Corrupção (das novidades no direito penal aos problemas para o processo penal)”. En: *Direito Penal e Política Criminal*. Fabio Roberto D’Avila e Daniel Leonhardt dos Santos (Coords.). Porto Alegre: EDIPUCRS (2015:82).
 - (2) MARTINEZ HUAMAN, Raúl Ernesto. *Corrupción de funcionarios y delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica (2021:27 y ss.).
 - (3) DÍEZ RIPOLLÉS y AA. VV., quienes señalan que: “[...] las acusaciones de corrupción han encontrado terreno abandonado en cuestiones como el fraude, blanqueo de dinero y financiación de partidos políticos”. En: *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística. Un estudio de la Costa del Sol*. Valencia: Tirant lo Blanch. (2004:41).
 - (4) PRIETO DEL PINO, Ana María. “Aspectos criminológicos y político-criminales de la corrupción urbanística. Un estudio de la Costa del Sol”. En OLAIZOLA NOGALES, Inés & AA. VV. *Cuadernos penales José María Lidón. Núm. 5. Corrupción y urbanismo*. Bilbao: Universidad de Deusto. (2008:118).

prevención, siempre acompañados de los recursos debidos para su efectividad, a fin de conseguir las metas planteadas en la lucha contra la corrupción⁽⁵⁾, situación que resulta lamentable en relación con los encargados de aplicar la política penal en nuestro país, específicamente en el citado sector. Aunado a ello, se observa que, en la jurisprudencia, muchas veces existe confusión en cuanto a la aplicación de los tipos penales vinculados a la corrupción, lo que produce inconvenientes, debido a que no engloba el sentido propio del injusto penal que se desea reprimir.

La confusión antes señalada genera que la represión penal efectiva por delitos de corrupción sea mínima, en relación a la cantidad de casos que se ventilan en sedes fiscales y judiciales. Así, parece contradictorio que exista un porcentaje muy reducido de condenas efectivas por este tipo de delitos, mientras que la carga a nivel del Ministerio Público haya aumentado, tal como se puede apreciar de los años 2018 (19,542 casos) y 2019 (21,916 casos), período en el que la carga procesal aumentó alrededor de 11 %⁽⁶⁾. Así, se observa un tratamiento más privilegiado para los sujetos con sentencias condenatorias por delitos contra la Administración Pública, a pesar de tener penas muy drásticas⁽⁷⁾ (pena privativa de la libertad).

Entonces, se tiene que sobre la condena social acerca de los actos de corrupción, a nivel de resultados no existe una correspondencia con dichas exigencias sociales, a pesar de que actualmente los delitos de corrupción tienen una serie de restricciones a determinados beneficios que para otros delitos sí se aplican; por ejemplo, no se puede suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad⁽⁸⁾, la aplicación de beneficios penitenciarios es restringida, entre otras.

(5) Nos indica el maestro PARIONA ARANA que es necesaria una reforma al CP, como la de agregar nuevos delitos. PARIONA ARANA, Raúl. "La lucha contra la corrupción en el Perú: El proceso, la experiencia y las elecciones". En: *La lucha contra la corrupción en el Perú. El modelo peruano: la experiencia de las procuradurías anticorrupción*. Jan-Michael Simón & William Ramírez (Coord.) Lima, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos & GIZ. (2012:157).

(6) Véase el Informe estadístico 2019 del Ministerio Público, visto por última vez en: <https://agenciafiscal.pe/Storage/modsnw/pdf/12055-k1N16Ag7Le1Bg4B.pdf>

(7) Menciona Paul MARCUS que en Estado Unidos de Norteamérica el costo de la corrupción es diez veces a los costos combinados de los hurtos, robos y asaltos, dando cuenta de los efectos graves de los actos de corrupción. "Combatiendo a corrupção nos Estados Unidos". En: *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal* - UFRGS vol. 3, N° 1. (2015:119). Cláudia CRUZ SANTOS considera que uno de los problemas para obtener resultados efectivos en la lucha contra la corrupción es una adecuada persecución penal: "A primeira imagem que se tem quando se olha para os novos regimes penais da corrupção é a de extensão das margens incriminadoras ou de endurecimento do sistema repressivo no plano legal - o que não significa necessariamente, note-se, um aumento da eficácia na detecção e na punição dos crimes de corrupção existentes a que possa associar-se o pretendido efeito preventivo orientado para a diminuição da mancha daquela criminalidade" (2015:82).

(8) Sobre dichas restricciones en el delito de colusión, véase MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. *Delito de colusión: doctrina y jurisprudencia*. Lima, Editores del Centro (2019:260).

El marco punitivo es el más elevado en comparación a otros ilícitos penales; las denuncias de corrupción han aumentado en comparación a los años anteriores, más aún en el marco del COVID-19; no obstante, conforme a las cifras del INPE, no existen resultados sobre un mayor número de condenas con penas efectivas; todo lo contrario, se aprecia que 612 internos extramuros sentenciados a penas limitativas de derechos⁽⁹⁾ corresponden a delitos contra la Administración Pública, a pesar de la obligatoriedad en la efectividad de la pena conforme al artículo 57 del CP.

Así, pues, se aprecian resultados escuetos por parte del sistema penal, de la misma manera un trato preferencial para personas condenadas por delitos que tienen penas muy elevadas, como es el caso de la corrupción, a pesar de que los delitos vinculados a la corrupción, regulados en nuestro Código Penal, se han modificado en un 338 %, y siempre en un sentido de mayor represión y creación de nuevos ilícitos (política penal reactiva), apreciando –fácticamente– un trato indulgente a dichas personas.

Aunado a ello, en el Informe N° 168 de la Defensoría del Pueblo se arribó a que alrededor del 50 % del total de denuncias por delitos de corrupción (peculado y colusión) son archivadas; ello, pues, conforme también se menciona en el informe, cuenta con un nivel relevante de “archivos inadecuados”⁽¹⁰⁾, tales como desidia del fiscal para obtener información y realizar peritajes necesarios, mala calificación: problemas con teoría dogmática: “no juicio de subsunción”⁽¹¹⁾, etc. Lo cual desemboca, de acuerdo con las cifras ya presentadas, en una falta de confianza en el Estado en su lucha contra la corrupción. Asimismo, se menciona en el informe que seis de cada diez personas no denuncian estos delitos por las características propias del sistema encargado de tramitar las denuncias⁽¹²⁾.

Dicha situación privilegiada para los autores de delitos en el ámbito de la corrupción, nos presenta a un Derecho Penal más bondadoso, el cual ha sido denominado por la profesora española Prieto del Pino como el “Derecho Penal del amigo”, al señalar:

“Desde mi punto de vista todos estos factores permiten afirmar que la implementación de las medidas represoras de la corrupción en España constituye una clara manifestación de lo que, parafraseando la sobradamente conocida obra de Jakobs, **he denominado Derecho Penal del amigo**. Característica fundamental del Derecho Penal del amigo

(9) Instituto Nacional Penitenciario (2021:59).

(10) Para mayores detalles, véase Informe N° 168 de la Defensoría del Pueblo (2014:16).

(11) Ob. cit. p. 118.

(12) Ob. cit. p. 27.

es la transformación –a través de diversas vías– del instrumento punitivo en un tigre de papel frente a sujetos que ocupan posiciones destacadas social, económica y políticamente”⁽¹³⁾.

Todo lo expuesto resulta necesario para establecer si el sistema de justicia penal ha obtenido resultados positivos ante la persecución y sanción de los delitos de corrupción, pues un Derecho Penal distanciado de la situación real y, por ende, de las expectativas reales de su sociedad, se encontraría a todas luces deslegitimado para actuar.

Así, pues, en el Perú la corrupción es un grave problema que exige, por parte de la sociedad, soluciones inmediatas. En tal sentido, la lucha contra la corrupción requiere de políticas penales (públicas) pertinentes y convenientes por parte del Estado peruano. Rodríguez-Arana Muñoz nos dice sobre el particular que:

“La lucha contra la corrupción, también en materia contractual, no es, sin embargo, un fin en sí misma. Es un medio para que los ciudadanos puedan disfrutar de obras públicas, de servicios públicos que les permitan vivir en mejores condiciones, que les permitan también elegir de entre varias opciones aquella que mejor se adecue a sus necesidades”⁽¹⁴⁾.

Ante dicho panorama, en el presente trabajo se pretende proporcionar a la comunidad jurídica herramientas para la comprensión y respuestas frente a los delitos vinculados a la corrupción, las cuales son brindadas –en la presente obra– por excelentes académicos penalistas, que nos ofrecen una visión más clara de los problemas en el ámbito de la corrupción. En tal sentido, se puede apreciar la participación de autores de primer nivel internacional en los tres apartados que conforman la presente obra.

La primera parte, denominada Parte General, cuenta con contribuciones de autores como el profesor ordinario principal de la Universidad de Piura, doctor Percy García Caveró (doctor en Derecho por la Universidad de Navarra), con su artículo intitulado “El concepto jurídico-penal de funcionario o servidor público en los delitos contra la Administración Pública”, donde desarrolla

(13) PRIETO DEL PINO (2008:106-107). También menciona Paul MARCUS que investigar y acusar a los corruptos no es tarea fácil, pues generalmente son personas con recursos económicos, bien relacionadas políticamente y defendidos por excelentes abogados (2015:124).

(14) RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. “*Compliance y self-cleaning en la contratación pública (especial referencia al Derecho comunitario)*”. En: *La corrupción: criminología, Derecho Penal parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal*. MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl (Dir.). Lima: Editores del Centro. (2018:43).

una línea argumentativa a favor de una interpretación autónoma del elemento típico “funcionario público o servidor público”, característico de la mayoría de los delitos contra la Administración Pública; así como a partir del análisis de los elementos constitutivos del referido elemento, desarrolla tres supuestos particulares sobre dicho tema –por ejemplo, el supuesto en el que una persona ejerce la función pública sin un título habilitante válido (el denominado caso del “funcionario público de hecho”)–.

También se encuentra el aporte del referente peruano en los delitos contra la Administración Pública, el doctor Manuel A. Abanto Vásquez (doctor en Derecho por la Universidad Albert-Ludwig de Friburgo), con su artículo “Corrupción, lavado de activos y defraudación tributaria”, donde reflexiona sobre la práctica perniciosa de subsumir de manera simultánea hechos constitutivos de delitos de corrupción dentro de otras figuras delictivas, tales como el delito de lavado de activos y/o defraudación tributaria. Para ello, el autor analiza las particularidades de los tipos penales señalados y los problemas de concurso generados entre ellos.

Igualmente, contamos con el aporte de la catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Valencia, la doctora Ángeles Jareño Leal (doctora en Derecho por la Universidad de Valencia), quien nos presenta un interesante trabajo titulado “La justificación del contrato público y el control del expediente de contratación como formas de prevenir los delitos de corrupción”, donde la autora aprecia que la jurisdicción penal española ha asumido un papel preponderante en el control de la legalidad en el ámbito de la contratación pública mediante la valoración de la necesidad e idoneidad de la actuación de la Administración Pública.

De la misma manera, se cuenta con la participación del profesor de Derecho Penal de la Universidad de Valparaíso, el doctor Andrés Benavides Schiller (doctor en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad de Sevilla), quien brinda su aporte con el artículo titulado “Notas actuales sobre la corrupción pública y privada en el ordenamiento jurídico chileno”, donde lleva a cabo un análisis de las recientes tendencias legislativas en materia de corrupción pública y privada en Chile.

También se cuenta con el aporte del profesor de la Universidad de Buenos Aires, el doctor Andrés Falcone (doctor en Derecho por la Universidad de Regensburg), con su artículo de nombre “¿Delitos especiales? Reducción del ‘círculo de autores’ en delitos de infracción de un deber de fomento”, donde nos presenta un modelo de intervención delictivo conformado por tres momentos analíticos y elaborado sobre la distinción entre deberes negativos o de abstención y deberes de fomento. Así, analiza la admisibilidad de las distintas

modalidades de autoría (en especial, coautoría y autoría directa) en los delitos de infracción de un deber especial, la participación del *extraneus* en los delitos de infracción de deber especial, la distinción entre los delitos de infracción de deber especial y los delitos de posesión, entre otros temas. Igualmente, se cuenta con la participación del magíster Daniel Mendoza Yana (magíster en Derecho por la Universidad de Gotinga), con el título de su aporte: “Profundización de la crítica contra los delitos de infracción de deber. ¿Hasta qué punto es soportable su aceptación y recepción en el Perú? Reflexiones a partir de su asunción indiscutible en el marco de la discusión de los delitos contra la Administración Pública”, donde presenta una revisión crítica a la recepción unánime por parte de la doctrina jurídica y jurisprudencia nacional de la teoría de los delitos de infracción de deber en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública.

La segunda parte del libro, denominada Parte Especial, está compuesta por un grupo de contribuciones sobre las particularidades o cuestiones problemáticas de los distintos delitos contra la Administración Pública. En dicha sección, se cuenta con los aportes del profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad de Huánuco, el doctor Raúl Ernesto Martínez Huamán (doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos), que llevan como título: “El delito de concusión: análisis del artículo 382 del Código Penal” y “Delito de peculado: cuestiones nucleares”, donde analiza los problemas de interpretación y las respuestas brindadas por la doctrina, la jurisprudencia y la posición personal del autor sobre los delitos anteriormente mencionados. Así también contamos con el aporte del profesor de posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, magíster David Rosales Artica (doctorando en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú), con el nombre: “El delito de patrocinio ilegal de intereses de particulares ante la Administración Pública”; donde reflexiona sobre los distintos elementos del referido delito, planteando diversas pautas interpretativas sobre los mismos.

De la misma manera, contamos con la participación del profesor de la Universidad del Rosario, el magíster Jaime Lombana Villalba (candidato a doctor en Derecho Penal por la Universidad de León), con su artículo “El delito de peculado”, donde aborda los distintos elementos del referido tipo penal.

Así también se cuenta con la participación de la profesora en pregrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad Privada del Norte, la doctora Ana Lucía Heredia Muñoz (doctora en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Autónoma de Madrid), con su artículo “Gestión de fondos públicos: ¿cuándo la mala gestión se vuelve malversación?”, donde desarrolla los diversos aspectos sobre el manejo de fondos públicos, tales como

los criterios a tener en cuenta para una adecuada gestión de fondos y los escenarios conflictivos que pueden presentarse debido a una deficiente gestión; asimismo, la autora reflexiona sobre la justificación de la criminalización del delito de malversación de fondos a partir del análisis conjunto del principio de lesividad y el principio de mínima intervención.

De otro lado, contamos con el valioso aporte del profesor ordinario asociado de la Universidad de Piura, doctor Ronald Henry Vélchez Chinchayán (doctor en Derecho por la Universidad de Navarra), a través de su trabajo intitulado “Los delitos de cohecho: ¿todo vale en la persecución penal?”, quien aborda los diversos elementos y particularidades de los delitos de cohecho. Sobre el mismo tópico, se cuenta con la participación de la profesora del Departamento de Derecho Penal y Ciencias Criminales de la Universidad de Sevilla, la doctora Cristina García Arroyo (doctora en Derecho por la Universidad de Sevilla), con su artículo “Sobre los actos contrarios a los deberes del cargo y propios del cargo como elemento diferenciador de los delitos de cohecho antecedente”, donde analiza el alcance del acto administrativo llevado a cabo por la autoridad o funcionario público a que hacen referencia los tipos penales de cohecho pasivo propio previstos en los artículos 419 y 420 del Código Penal español.

También contamos con el interesante aporte del doctor Marcelo Almeida Ruivo (doctor en Ciencias Jurídico-Criminales por la Universidad de Coímbra), profesor del programa de Maestría y Doctorado de la Pontificia Universidad Católica de Río Grande del Sur, con su artículo “El bien jurídico del delito de corrupción pasiva en el sector público”, quien analiza las principales propuestas doctrinales sobre el bien jurídico en el delito de corrupción pasiva y expone su postura al respecto.

Igualmente, contamos con la contribución del profesor ayudante de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Córdoba, el doctor Bruno Rusca (doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba), referente a nivel latinoamericano sobre los delitos de corrupción, quien nos presenta un interesante trabajo intitulado “¡Feliz cumpleaños, señor funcionario! Sobre la justificación de la criminalización de la aceptación y el ofrecimiento de regalos en el ámbito de la Administración Pública”, donde defiende, con el apoyo de estudios empíricos, la justificación de la criminalización de la aceptación y ofrecimiento de regalos. Como indica el autor, dichos actos tienen la capacidad de influir en las decisiones relativas al cargo del receptor (el funcionario público), colocándolo así en una situación de conflicto de intereses que constituye un riesgo para el normal funcionamiento de la Administración Pública; asimismo, el referido profesor ofrece criterios para determinar en qué casos la aceptación y el ofrecimiento de regalos se mantienen dentro de lo penalmente tolerable y, a su vez, los parámetros de distinción entre estas y los sobornos.

En la contribución del magíster Francisco Álvarez Dávila (doctorando en Derecho por la Universidad Austral) titulada “Tres aspectos problemáticos del delito de negociación incompatible”, se abordan tres aspectos relativos a la configuración del citado tipo penal, que son fundamentales al momento de delimitar el ámbito de la prueba en estos casos.

De la misma manera, se cuenta la participación de la abogada Alejandra Mariel Mori Sáenz (maestranda en Políticas Anticorrupción por la Universidad de Salamanca), a través de su trabajo denominado “Aspectos sustanciales del delito de tráfico de influencias: en especial referencia al título de intervención del tercero interesado (artículo 400 del Código Penal)”, quien aborda los aspectos problemáticos del delito de tráfico de influencias, tales como el bien jurídico protegido, la legitimación del tráfico de influencias simuladas y la punibilidad del tercero interesado en el tráfico de influencias; siendo que respecto a este último, la autora sostiene que la conducta del tercero interesado puede ser subsumida en las figuras de complicidad primaria por su contribución mínima típica o instigación por determinar al vendedor de influencias a cometer el delito.

Sobre la misma temática, contamos con el aporte de la doctora Mercedes Herrera Guerrero (doctora en Derecho –doctorado europeo– por la Universidad de Navarra), intitulado “La participación del interesado en el delito de tráfico de influencias y la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas. Comentarios al Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116”, quien sostiene que la modalidad de tráfico de influencias simuladas no protege ningún bien jurídico esencial para la convivencia social pacífica y justa, así como que al tercero interesado no se le puede imputar el delito de tráfico de influencias a título de cómplice al no cumplir con los parámetros de la tipicidad del ilícito penal; empero, sí podría responder como instigador si se demuestra que a través de un influjo psíquico determinó al vendedor de influencias a incurrir en el delito referido.

Asimismo, el fiscal adjunto supremo en delitos de corrupción de funcionarios Alcides Chinchay Castillo nos presenta su trabajo “Enriquecimiento ilícito: Derecho Penal de poseedor y Derecho Procesal de inversión parcial de la carga de la prueba”, donde aborda las características esenciales del delito de enriquecimiento ilícito y su marco convencional. De la misma manera, el abogado Roberto Carlos Vélchez Limay (estudios de maestría en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica del Perú) nos presenta su artículo: “El delito de enriquecimiento ilícito. ¿Un hecho punible donde se invierte la carga de la prueba?”, donde reflexiona sobre la (in)corrección de la opinión –ciertamente extendida en la doctrina jurídica y en los sistemas de audiencias– consistente en que el delito de enriquecimiento ilícito constituiría una “inversión de la

carga de la prueba”, a partir del análisis dogmático de la construcción del tipo penal y el correcto entendimiento de las categorías procesales de la “inversión de la carga de la prueba” y la “carga dinámica de la prueba”.

Finalmente, la tercera y última parte del libro, *Corrupción y compliance*, cuenta con las colaboraciones de Piero Alonso Mori Sáenz (bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y ex coordinador general del Taller de Dogmática Penal), con su artículo “La responsabilidad penal de las empresas como mecanismo para la lucha contra la corrupción pública en Perú”, donde analiza la vinculación entre la corrupción pública y las empresas, tanto el papel que ejercen estas últimas en los actos de corrupción como los efectos que produce la generalización de la corrupción en el orden de cualquier Estado y en la forma en que se conducen las empresas; asimismo, reflexiona sobre el sistema de incentivos introducido por el legislador nacional a través de la promulgación de la Ley N° 30424 para que las empresas contribuyan con la lucha contra la corrupción. También contamos con el aporte de Camila Ugaz Heudebert (egresada de la carrera de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios especializados en materia Anticorrupción en la Transparency International School of Integrity), con el nombre “Extrapolación del *criminal compliance* al Sector Público: mecanismo de identificación, gestión y mitigación de delitos de corrupción”, quien plantea la posibilidad de aprovechar las virtudes que brinda la figura del *criminal compliance* como mecanismo de prevención de prácticas corruptas en el Sector Público.

Finalmente, debemos agradecer a la prestigiosa editorial Gaceta Jurídica por la publicación y la difusión de la presente obra, lo cual sin lugar a dudas ayudará al debate y la aplicación de las distintas figuras vinculadas a la lucha racional contra la corrupción.

Prof. Dr. Raúl Ernesto MARTÍNEZ HUAMÁN
Director

Piero Alonso MORI SÁENZ
Coordinador

PRIMERA PARTE

PARTE GENERAL

EL CONCEPTO JURÍDICO-PENAL DE FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

PERCY GARCÍA CAVERO^(*)

I. INTRODUCCIÓN

Hace unos meses la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior Nacional Especializada en Delitos de Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios tuvo que pronunciarse, en el marco de una excepción de improcedencia de acción, sobre la cuestión de si —como lo postulaba el Ministerio Público— dos abogados que redactaron un informe legal para absolver la consulta realizada por una institución pública en un proceso de concesión podían ser considerados servidores públicos a efecto de imputarles la comisión de un delito contra la Administración Pública. Más allá del sentido de la decisión judicial finalmente adoptada, lo que cabe destacar es que, con ocasión de este caso judicial, se ha avivado, una vez más, el debate sobre hasta dónde puede ser ampliada la interpretación jurídico-penal del elemento típico “funcionario o servidor público” contenido en los delitos contra la Administración Pública. Concretamente, se discute si cualquiera que contrata con el Estado puede ser calificado por el juez penal como un funcionario o servidor público a efectos de atribuirle responsabilidad penal. En esta contribución me voy a ocupar de dar respuesta a este interrogante, atendiendo a lo establecido en el art. 425 del CP.

II. ¿INTERPRETACIÓN ACCESORIA O AUTÓNOMA?

En el título XVIII del libro segundo del CP se regulan los delitos contra la Administración Pública. La gran mayoría de esos delitos están configurados como delitos especiales, en la medida en que exigen la calidad de funcionario o servidor público para poder ser autor de ellos. Esta exigencia típica

(*) Profesor ordinario principal en la Universidad de Piura. Abogado por la Universidad de Lima. Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra (España). Becario de la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Bonn y Augsburg (Alemania).

constituye lo que doctrinalmente se conoce como un elemento normativo del tipo de carácter jurídico⁽¹⁾, cuya determinación en el caso concreto requiere de la utilización de un referente normativo. Ante esta situación surge entonces la pregunta sobre cuál debería ser ese referente normativo; más exactamente: si el elemento típico “funcionario o servidor público” debe ser interpretado accesoriamente como lo define la normativa administrativa o si su contenido debe ser establecido de manera autónoma en atención a la función atribuida al Derecho Penal.

Si se optase por una interpretación accesorias de la ley penal en relación con la regulación administrativa, el elemento típico “funcionario o servidor público” se circunscribiría al funcionario o servidor público de carrera, por lo que solo podría castigarse como autor de un delito de funcionario público al que se encuentra incorporado formalmente en la burocracia estatal. Tal planteamiento resulta abiertamente insatisfactorio, pues provocaría una sustancial afectación a la función de protección que el sistema penal despliega en favor del correcto funcionamiento de la Administración Pública⁽²⁾. De manera concreta, se dejarían al margen de lo punible las actuaciones indebidas de aquellos que cumplen funciones en una entidad pública sin estar formalmente incorporados en la carrera administrativa, como sería el caso, por ejemplo, de los que se han entrado a una entidad estatal por medio de una contratación laboral de carácter privado.

Para poder sortear los déficits de punibilidad que produce un concepto administrativo de funcionario o servidor público, el referente normativo para la interpretación penal podría atender, más bien, a la normativa sobre los regímenes laborales públicos. En la actualidad existen aproximadamente quince regímenes laborales públicos, que pueden ser ordenados en tres grandes grupos: generales, especiales y otros. Dentro de los primeros están los funcionarios de carrera y los que sin carrera tienen vínculo laboral. En los especiales están los regímenes de los profesores, docentes universitarios, profesionales

(1) En este sentido, DONNA, “El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal”, en *Delitos contra la Administración Pública*, t. II, ROMEO; POLAINO y FIERRO (dirs.), Santa Fe, 2005, p. 27; REYNA ALFARO, Luis, “El concepto penal de funcionario público”, en FRANCISCO, Heydegger y Juliana ATAHUAMÁN (coords.), *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, 2013, p. 74; GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás A., *El delito de enriquecimiento ilícito*, 2.ª ed., Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 87; MONTOYA VIVANCO, Yvan (coord.), *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, p. 50. Recuperado de <<https://bit.ly/3AfeTnH>>. A nivel jurisprudencial, igualmente, la Sala Penal transitoria (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), *Casación N.º 634-2015 Lima*, Lima: 28 de junio del 2016.

(2) Con referencias de la jurisprudencia penal española, véase RAMON RIBAS, Eduardo, “La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 CP (concepto de funcionario público)”, en: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 34, Santiago de Compostela: 2014, p. 180 y s. Recuperado de <<https://bit.ly/3CmV6V6>>.

de la salud, asistenciales de la salud, magistrados, fiscales, diplomáticos, servidores penitenciarios y miembros de las Fuerzas Armadas (FF.AA.) y de la Policía Nacional del Perú (PNP). Y dentro de los otros regímenes se enmarcan los casos de los gerentes públicos, los convenios de administración con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y el Fondo de Apoyo Gerencial. Pese a la mayor amplitud que ofrece esta interpretación accesoria vinculada a los regímenes laborales públicos, las deficiencias punitivas no se resuelven del todo, pues deja de lado a aquellos que se incorporan a las entidades estatales sin un vínculo laboral.

A los problemas que presenta una interpretación accesoria de la ley penal con la normativa administrativa o laboral, debe agregarse el dato de que desde el 2013 entró en vigencia la normativa sobre el servidor civil (Ley N.º 30057, Ley del Servicio Civil), la cual apunta a establecer gradualmente un “régimen único y exclusivo para las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado, así como para aquellas personas que están encargadas de su gestión, del ejercicio de sus potestades y de la prestación de servicios a cargo de estas” (art. 1 del Título Preliminar de la Ley). El concepto de “servidor civil” abarca varios grupos de servidores: el funcionario público, el directivo público, el servidor civil de carrera y el servidor de actividades complementarias (art. 2 de la Ley). En cada uno de estos grupos pueden existir también servidores de confianza (art. 2 de la Ley), “cuya permanencia en el servicio civil está determinada y supeditada a la confianza por parte de la persona que lo designó” (lit. “e” del art. 3 de la Ley). Como puede verse, el término funcionario público constituye solamente un grupo de los servidores del servicio civil, el cual está circunscrito al “representante político o [al] titular de un cargo público representativo que ejerce funciones de gobierno en la organización del Estado” (lit. “a” del art. 3 de la Ley). Hacer, por lo tanto, una interpretación accesoria con la nueva normativa del servicio civil traería una irrazonable limitación del ámbito subjetivo de aplicación de los delitos de funcionarios públicos.

La necesidad de desvincular la interpretación penal de la regulación administrativa o laboral para determinar el alcance del elemento típico “funcionario o servidor público” en los delitos de funcionarios públicos no debe, sin embargo, llevar a la falsa conclusión de que el juez penal puede considerar funcionario o servidor público a cualquiera que realice un trabajo o preste un servicio para el Estado. Tal comprensión dejaría de lado el sentido de los delitos de funcionarios públicos que se estructuran sobre la base de una posición especial del autor del delito en relación con el Estado. Así, seguir una simple interpretación fáctica que se apoye en el solo hecho de realizar alguna labor en favor del Estado llevaría, por ejemplo, a tener que castigar como autor del

delito de peculado al agente de retención de los tributos que se apropia de estos. Está claro que el agente de retención cumple una función de recaudación de tributos en favor del Estado, pero no es un funcionario público. Su actuación indebida podrá dar pie a que se le impute la comisión de un delito tributario, pero no un delito de funcionario público.

La interpretación autónoma que debe orientar la determinación del alcance y el sentido del elemento típico funcionario público tiene que responder al fundamento de la incriminación de los delitos de funcionarios públicos. En este punto, vale recordar, con el AP N.º 2-2011⁽³⁾, que los delitos de funcionarios públicos son delitos de infracción de un deber, por tanto, se estructuran sobre la base de deberes institucionales que aseguran el cumplimiento de los fines estatales⁽⁴⁾. En ese sentido, lo que define a alguien como funcionario o servidor público no es su incorporación formal a la burocracia estatal, ni tampoco la sola realización de un trabajo o prestación en favor del Estado, sino la asignación de un deber institucional derivado de los fines estatales. En consecuencia, lo que corresponde identificar son los criterios para determinar cuándo a una persona se le pueden atribuir, en términos jurídico-penales, la posición institucional de un funcionario público.

III. EL CONCEPTO JURÍDICO-PENAL DE FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO

1. El artículo 425 del Código Penal

El legislador penal procura sentar las bases de una interpretación autónoma del concepto de funcionario o servidor público con el art. 425 del CP. No obstante, no hace una definición general, sino una enumeración de a quiénes se les debe considerar funcionarios o servidores públicos a efectos de imputar la comisión de un delito contra la Administración Pública⁽⁵⁾. Así, el inc. 1 hace mención, en primer lugar, a los que están comprendidos en la carrera

(3) El AP N.º 2-2011 señala: “[E]xisten tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor –característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos–. El autor del delito –de infracción de deber– no puede ser cualquier persona, sino solo aquel funcionario o servidor público que ocupa un estatus especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta”. VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA, *Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116*, Lima: 6 de diciembre del 2012, f. j. N.º 9.

(4) Igualmente, REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*, Lima: Jurista Editores, 2015, p. 854 y s.

(5) *Vid.* ROJAS VARGAS, Fidel, “A propósito del concepto jurisprudencial peruano de funcionario público. Apuntes sobre los conceptos administrativo, penal y anticipado de funcionario público”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, vol. 27, Lima: diciembre del 2000, p. 44; REYNA ALFARO, “El concepto penal de funcionario público”, art. cit., p. 82.

administrativa⁽⁶⁾. Para superar la limitación que produce un concepto administrativo en la persecución penal de los delitos de funcionarios públicos, el inc. 2 extiende el concepto penal de funcionario o servidor público a los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular. Si bien esta extensión tuvo inicialmente sentido porque el art. 40 de la Constitución los excluye de la carrera administrativa⁽⁷⁾, con la actual regulación del servicio civil no hay duda de su inclusión dentro de la función pública. Con el inc. 3 del art. 425 del CP el legislador penal da un paso más en su tendencia expansiva, al abarcar a aquellos que ejercen funciones en una entidad u organismo público, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta, bajo cualquier régimen laboral o contractual⁽⁸⁾. De esta manera, la interpretación penal puede alcanzar a todo aquel que ejerce funciones en una entidad u organismo estatal por medio de un vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza. Pese a que lo establecido en el inc. 3 alcanzaría indiscutiblemente a los distintos regímenes laborales especiales (personal sanitario, profesores, magistrados, fiscales, etc.), el inc. 5 comprende específicamente al personal militar y policial.

El art. 425 del CP no limita el alcance del término funcionario o servidor público a los que están incorporados, de alguna manera, en la estructura organizativa de la Administración Pública, sino que incluye supuestos de personas que, manteniéndose al margen del aparato burocrático del Estado, ejercen igualmente funciones públicas. Ese es el caso concretamente de los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares (inc. 4), a los que el Estado les asigna la función pública de cautelar determinados bienes litigiosos o sometidos a una medida cautelar⁽⁹⁾. Lo que el dispositivo penal no incluye, sin embargo, de manera específica es el caso de delegación de la función

(6) Respecto al funcionario público de carrera, véase ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, 4.ª ed., Lima: Grijley, 2007, p. 178 y s.; GÁLVEZ VILLEGAS, *El delito de enriquecimiento ilícito*, ob. cit., p. 79; REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*, ob. cit., p. 876. Como lo indica GARCÍA ARROYO: “la definición otorgada por el derecho administrativo no es coincidente con la descrita en el Código Penal, pero no cabe duda de que los criterios que marca el derecho administrativo sirven de base y punto de partida para delimitar el concepto penal de funcionario público, que reúne unos perfiles más amplios que el administrativo”. GARCÍA ARROYO, Cristina, “La implementación de la normativa internacional en el ordenamiento español: el concepto penal de funcionario público tras la LO 1/2019”, en: *Revista General de Derecho Penal*, n.º 31, Madrid: mayo del 2019.

(7) Vid. REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*, ob. cit., p. 880.

(8) Vid. ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública*, p. 35 y s.; REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*, ob. cit., p. 864 y s.

(9) Vid. REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*, ob. cit., p. 893 y s.; ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, ob. cit., p. 184.

pública a particulares⁽¹⁰⁾. En esta constelación de casos, la institución estatal, que tiene la competencia para ejercer la función pública, delega válidamente su ejercicio a un particular, quien, si bien no entra en la estructura burocrática del Estado, asume las potestades y responsabilidades propias de la función pública delegada. Como ejemplo de este último supuesto puede citarse el caso de los árbitros o los fiscalizadores.

Siendo consciente el legislador penal de que una técnica legislativa casuística podría dejar fuera supuestos que merecen un mismo tratamiento, introdujo en el inc. 7 del art. 425 del CP una cláusula abierta, conforme a la cual se considera también funcionarios o servidores públicos a aquellos que indica la Constitución y la ley⁽¹¹⁾. Por esta vía se han podido incluir ciertos supuestos especiales de delegación de funciones públicas, que, como se indicó, no está recogida de manera específica. En efecto, aunque el art. 425 del CP no contempla el caso de la delegación de funciones públicas como un supuesto de funcionario o servidor público, la tercera disposición complementaria, transitoria y final de la Ley N.º 26917 (Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo) dispone que se considere funcionario público en los términos del art. 425 del CP a las empresas a las que el OSITRAN delega funciones de fiscalización. En consecuencia, este supuesto específico de delegación de función pública entra dentro del concepto penal de funcionario o servidor público por medio de la cláusula abierta del inc. 7 del art. 425 del CP.

A raíz del proceso penal seguido contra el excongresista Alberto Kouri por haber recibido dinero de Vladimiro Montesinos para pasarse a la bancada oficialista, en la doctrina penal se discutió intensamente sobre la posibilidad de admitir también un concepto anticipado de funcionario público, con el que se pudiera también castigar, como funcionarios públicos, a los que estuviesen ya elegidos o designados para un cargo público, pero que aún no hayan entrado a ejercerlo. Las posiciones se inclinaban para uno u otro lado, acudiendo a diversas teorías o a lo establecido en las convenciones internacionales como

(10) Situación distinta a la normativa penal alemana que se recoge en el supuesto de delegación de funciones públicas en el § 11 (1), 2. c) del StGB. Vid. LEMKE, *NomosKommentar StGB*, Tomo 1, 2. Aufl., Baden-Baden, 2005, § 11, n.m. 27. En efecto, de manera general se considera funcionario público a quien se le encarga labores de la Administración Pública (como sería el caso de los administradores o depositarios) y a quien se le delega esas labores (lo que no recoge el art. 425 del CP). Sobre esta distinción, véase KINDHÄUSER, *Strafgesetzbuch*, 3. Aufl., Baden-Baden, 2006, § 11, n.m. 17 y s.

(11) Reconoce la naturaleza de cláusula abierta la Casación N.º 634-2015 Lima. (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), *Casación N.º 634-2015 Lima*, Lima: 28 de junio del 2016. Igualmente, CHANJAN DOCUMET, Rafael, “El concepto de funcionario público en el Derecho Penal peruano y su vinculación con los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción”, en *Revista General de Derecho Penal*, N.º 33, Madrid: mayo del 2020, p. 7.

respaldo⁽¹²⁾. Al final, el legislador penal resolvió la discusión con la incorporación de un supuesto más de funcionario público en el art. 425 del CP: se consideran también funcionarios o servidores públicos a los “designados, elegidos o proclamados por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades” (inc. 6)⁽¹³⁾.

2. Los elementos constitutivos de la definición jurídico-penal de funcionario público

Como se ha podido ver, el legislador penal nacional utiliza una formulación casuística para determinar quiénes pueden ser considerados funcionarios o servidores públicos a efectos de imputarles la comisión de delitos contra la Administración Pública. Sin embargo, la Cas. N.º 634-2015-Lima hace la puntualización de que el art. 425 del CP debe ser interpretado en atención a la definición general de funcionario o servidor público contenida en la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita y aprobada por el Perú⁽¹⁴⁾. Tal afirmación se sustenta en la remisión que el inc. 7 del art. 425 del CP hace a la Constitución para indicar quién puede ser considerado también un funcionario o servidor público y en que el art. 55 de la Constitución, por su parte, establece que los tratados en vigor celebrados por el Perú forman parte del Derecho interno, lo que sería el caso precisamente de la Convención Interamericana contra la Corrupción⁽¹⁵⁾. En consecuencia, los supuestos específicos del art. 425 del CP se deben ordenar con base en la definición general de la referida convención.

Según el art. 1 de la Convención Interamericana contra la Corrupción se considera “funcionario público” o “servidor público” a “cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”. Con independencia del tenor más o menos amplio de esta definición general,

(12) Sobre la discusión, véase NAKAZAKI SERVIGÓN, César, “¿Existe en la Convención Interamericana contra la Corrupción el concepto anticipado de funcionario público”, en UNIVERSIDAD INCA GARCILASO DE LA VEGA, *Libro homenaje por el XXV aniversario de la fundación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega*, Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2007, p. 355 y ss.; REYNA ALFARO, “El concepto penal de funcionario público”, art. cit., p. 89 y ss.

(13) Vid. GÁLVEZ VILLEGAS, *El delito de enriquecimiento ilícito*, ob. cit., p. 92 y s.

(14) SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), *Casación N.º 634-2015 Lima*, Lima: 28 de junio del 2016.

(15) En el mismo sentido, MONTOTOY VIVANCO, *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*, ob. cit., p. 48; CHANJAN DOCUMET, “El concepto de funcionario público en el Derecho Penal peruano y su vinculación con los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción”, art. cit., p. 5.

no hay duda de que se mantiene en la exigencia, establecida por la doctrina⁽¹⁶⁾ y la jurisprudencia⁽¹⁷⁾, de que concurren dos elementos constitutivos: el título habilitante y el ejercicio de una función pública.

2.1. El título habilitante

El elemento del título habilitante significa la existencia de un acto lícito que incorpora al sujeto a la Administración Pública o le asigna el cumplimiento de una función pública. El carácter institucional de los deberes estatales que se recoge en los delitos de funcionarios públicos exige, pues, un título formal que incorpore al sujeto a la Administración Pública o le autorice a ejercer la función pública. Si bien, a diferencia de la regulación penal española, el art. 425 del CP no hace una expresa indicación de cuáles podrían ser los títulos de habilitación, estos pueden ser determinados inductivamente de los supuestos específicamente regulados.

La ley es el primer título habilitante⁽¹⁸⁾, lo que sucede precisamente con los funcionarios públicos de carrera a los que se les nombra legalmente en el cargo o función pública⁽¹⁹⁾. En segundo lugar, cabe mencionar a la elección, que utiliza un proceso de votación para habilitar el acceso a cargos políticos⁽²⁰⁾. Un tercer título habilitante es el nombramiento o designación para un cargo o función por parte de la autoridad competente con facultades para adscribir a un sujeto a un concreto cargo público y para crear una relación jurídica válida⁽²¹⁾. En cuarto lugar, puede tenerse también como título habilitante a la selección, la cual se presenta cuando la autoridad competente elige a una

(16) Vid. ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública*, ob. cit., p. 22 y s.; REYNA ALFARO, “El concepto penal de funcionario público”, art. cit., p. 77; NAKAZAKI SERVIGÓN, “¿Existe en la Convención Interamericana contra la Corrupción el concepto anticipado de funcionario público”, art. cit., p. 357; GARCÍA ARROYO, “La implementación de la normativa internacional en el ordenamiento español: el concepto penal de funcionario público tras la LO 1/2019”, art. cit.; MONTOYA VIVANCO, *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*, ob. cit., p. 40.

(17) La Revisión de Sentencia N.º 503-2017 Callao señala: “Desde el derecho penal se exige, entonces, para ser considerado funcionario o servidor público (i) un elemento referido a la participación en el ejercicio de funciones públicas; y (ii) un título de habilitación de dicha participación [...]”. Sala Penal Permanente (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), *Revisión de Sentencia N.º 503-2017 Callao*, Lima: 5 de noviembre del 2018, f. j. n.º 5. Recuperado de <<https://bit.ly/3AksL06>>.

(18) Así también lo reconoce la Revisión de Sentencia N.º 503-2017 Callao. Sala Penal Permanente (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), *Revisión de Sentencia N.º 503-2017 Callao*, Lima: 5 de noviembre del 2018.

(19) En este sentido, VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y ‘personas que desempeñan una función pública’”, en: *Cuadernos de Política Criminal*, N.º 62, Madrid: 1997, p. 456.

(20) Así, ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública*, ob. cit., p. 25; MONTOYA VIVANCO, *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*, ob. cit., p. 40.

(21) Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y ‘personas que desempeñan una función pública’”, art. cit., p. 456. Igualmente, la Revisión de

persona entre otras. Finalmente, la figura del contrato se erige como otro título habilitante, tal y como se desprende del inc. 3 del art. 425 del CP, al establecer que se considera funcionario o servidor público a 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”. Ninguna relevancia se le reconoce a aspectos como la denominación del cargo al que se accede, la remuneración pactada, el plazo de vigencia del contrato o el régimen de contratación utilizado⁽²²⁾.

En la doctrina penal nacional se ha sostenido que el título habilitante debe ser entendido como una incorporación heterónoma a la función pública. Eso significa que el ejercicio del cargo debe estar autorizado por un órgano o autoridad competente de la Administración Pública, de manera tal que se excluyan a las personas que por sí mismas se arrojan del ejercicio del cargo⁽²³⁾. Precisamente esta caracterización del título habilitante ha sido el principal punto de apoyo de la posición defendida por la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en el *amicus curiae* presentado en el caso Gasoducto del Sur Peruano para sostener que la ex primera dama, Nadine Heredia, sería una funcionaria pública. En efecto, el referido *amicus curiae* señala:

En virtud de todo ello, debe entenderse que Nadine Heredia ha sido incorporada a la función pública de manera heterónoma. Lo anterior se sostiene en la medida que el cargo de “primera dama” como tal constituye un título habilitante. En efecto, las mencionadas normas administrativas invistieron con el cargo de primera dama de la Nación a Nadine Heredia, cargo público al que autónomamente decidió sujetarse y, luego, desempeñar efectivamente⁽²⁴⁾.

Lo que el planteamiento de la incorporación heterónoma produce, en resumidas cuentas, es equiparar la complacencia o el aval de un órgano o autoridad público respecto a la asunción fáctica de las funciones públicas con el título habilitante. Tal planteamiento convierte al usurpador consentido por la

Sentencia N.º 503-2017 Callao, Sala Penal Permanente (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), *Revisión de Sentencia N.º 503-2017 Callao*, Lima: 5 de noviembre del 2018.

- (22) Igualmente, en concordancia con los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción, CHANJAN DOCUMET, “El concepto de funcionario público en el derecho penal peruano y su vinculación con los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción”, art. cit., p. 5 y ss.
- (23) En este sentido, CHANJAN DOCUMET, “El concepto de funcionario público en el Derecho Penal peruano y su vinculación con los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción”, art. cit., p. 10.
- (24) Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, *Amicus curiae*. Recuperado de <<https://bit.ly/3m9IJat>>.

autoridad en un funcionario o servidor público⁽²⁵⁾. Dicho esquema conceptual, además de prescindir del elemento esencial del título habilitante, abre un espacio de interpretación que puede encerrar el riesgo de cierta arbitrariedad. De hecho, su aplicación al caso de Nadine Heredia lo evidencia. Si el delito de colusión que se le imputa hubiese sido cometido en el ejercicio de su cargo de primera dama, no habría mayor problema para sostener que existe un título habilitante, más allá de la discusión de si ese cargo implica realmente el ejercicio de una función pública. Sin embargo, a la ex primera dama se le imputa un delito de colusión, el que solamente puede ser cometido por el funcionario público que, por razón de su cargo, interviene en la contratación estatal correspondiente. En consecuencia, su entrada en esa posición especial habría sido absolutamente fáctica, sin ningún título habilitante, por lo que se le podrá castigar por el delito de usurpación de funciones, pero no como una funcionaria pública (de hecho). El que previamente haya accedido al cargo de primera dama no cambia en nada el análisis, pues una forma de usurpación de funciones se presenta precisamente cuando un funcionario público usurpa funciones que no le son propias.

2.2. El ejercicio de la función pública

El segundo elemento del concepto jurídico-penal de funcionario o servidor público es el ejercicio de la función pública, es decir, a través del título habilitante el habilitado pasa a ejercer funciones públicas⁽²⁶⁾. En relación con lo que se debe entender por función pública, se han planteado en la doctrina penal fundamentalmente tres perspectivas: aquella que responde al criterio formal de si la actividad del ente público está sometida a una normativa pública (perspectiva objetiva o formal), aquella que se centra en la finalidad de alcanzar el bien común o satisfacer un interés general (perspectiva teleológica o finalista) y la que tiene en cuenta que la actividad sea imputable al Estado (perspectiva subjetiva)⁽²⁷⁾. Todas estas perspectivas han sido sometidas

(25) Así, CHANJAN DOCUMET, “El concepto de funcionario público en el derecho penal peruano y su vinculación con los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción”, art. cit., p. 10.

(26) RAMON RIBAS lo destaca como elemento nuclear del concepto jurídico-penal de funcionario público. RAMON RIBAS, “La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 CP (concepto de funcionario público)”, art. cit., p. 179.

(27) Sobre estas perspectivas, véase OLAIZOLA FUENTES, Inés, “Concepto de funcionario público a efectos legales”, en ASÚA BATARRITA, Adela (dir.), *Delitos contra la Administración Pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, 1997, p. 79 y s.; MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, Barcelona: Bosch, 2000, p. 23; DONNA, “El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal”, art. cit., p. 28 y s.; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y María OSSANDÓN WIDOW, *Delitos contra la función pública*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 124 y s.; GARCÍA ARROYO, “La implementación de la normativa internacional en el ordenamiento español: el concepto penal de funcionario público tras la LO 1/2019”, art. cit.; GÁLVEZ VILLEGAS, *El delito de enriquecimiento ilícito*, ob. cit., p. 53; ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, ob. cit., p. 26. Por el contrario, CHANJAN DOCUMET hace referencia a una

a diversas críticas que apuntan a demostrar su insuficiencia para abarcar las distintas formas de expresión de la función pública. Así, a la perspectiva objetiva o formal se le cuestiona que muchas veces a los privados se les delega el cumplimiento de funciones públicas, por lo que un criterio formal los excluiría, a pesar de ser auténticos agentes administrativos, simplemente por tener una fachada jurídica-privada⁽²⁸⁾. A la perspectiva teleológica se le cuestiona, por su parte, encerrar el riesgo de abrir excesivamente el concepto de función pública, pues también los privados pueden contribuir con su propia actividad al bien común, sin que eso los haga titulares de una función pública⁽²⁹⁾. La perspectiva subjetiva no está exenta de cuestionamientos, en la medida en que no establece un filtro para el caso en que se asigne a la Administración Pública funciones ajenas a su finalidad.

A raíz de las críticas hechas a cada una de las perspectivas antes mencionadas, se han formulado planteamientos mixtos o combinaciones de perspectivas. Así, desde una perspectiva teleológico-formal se entiende que la función pública abarca las manifestaciones de la actividad del Estado por medio de las cuales persigue sus fines⁽³⁰⁾. Una combinación de la perspectiva objetiva con la perspectiva teleológica sostiene, por su parte, que por función pública debe entenderse toda actividad, cubierta de las potestades públicas, dirigida a alcanzar el bien público o común⁽³¹⁾. Como puede verse, se trata de propuestas que buscan salvar las críticas a una perspectiva mediante un ajuste con otra perspectiva.

A nuestro modo de ver, la definición de la función pública no puede ser efectivamente reducida a una sola perspectiva, siendo necesaria su combinación. El punto de partida debe ser la perspectiva teleológica, en la medida en que la determinación del contenido del deber especial, cuya infracción sustenta la imputación de los delitos de funcionarios públicos, no puede estar desligada

concepción material teleológica estricta, teleológica material amplia, teleológica material intermedia y la concepción formal. CHANJAN DOCUMET, "El concepto de funcionario público en el derecho penal peruano y su vinculación con los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción", art. cit., p. 8 y ss.

- (28) Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario. El delito de cohecho*, Madrid: Edersa, 1995, p. 60 y s.; ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, ob. cit., p. 27.
- (29) Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, "Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y 'personas que desempeñan una función pública'", art. cit., p. 466.
- (30) Vid. COBO DEL ROSAL, Manuel, "Examen crítico del párrafo 3 del artículo 119 del Código Penal español (sobre el concepto de 'funcionario público' a efectos penales)", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 212, Madrid: febrero de 1962, p. 229 y s.
- (31) ABANTO VÁSQUEZ destaca en el ejercicio de la función pública el uso de las potestades que corresponde a los poderes públicos. ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública*, ob. cit., p. 31.

de la finalidad de tal deber. En ese sentido, función pública es aquella actividad desplegada por el Estado en favor del bien común. Sin embargo, para evitar la indeterminación de la referencia teleológica se debe acudir a otra perspectiva. La perspectiva subjetiva no produciría esa mayor definición, pues, al aceptar una actuación estatal indirecta⁽³²⁾, podría considerarse función pública a la prestación de cualquier servicio de privados en favor de la Administración Pública. La perspectiva objetiva, por el contrario, atiende al tipo de actividad que debe desarrollar el Estado, lo que se corresponde mejor con el fin de protección del derecho penal. En ese sentido, el concepto de función pública debe ser caracterizado por el dato distintivo de que su ejercicio se hace por medio de potestades públicas. En consecuencia, por función pública debe ser entendida la actividad, revestida de potestades públicas, orientada al bien común.

Con base en la perspectiva teleológico-objetiva que se acaba de proponer, se puede conseguir un adecuado dimensionamiento del elemento del ejercicio de función pública. En el caso de personas que están integradas en el aparato burocrático del Estado, la potestad pública que respalda la actividad dirigida a alcanzar el bien común está indiscutiblemente en la misma entidad u organismo público del que se forma parte. Lo que presenta, sin duda, una mayor dificultad de determinación es el caso de los privados que ejercen una función pública al margen de la estructura organizativa del Estado. Solamente si su actividad cuenta con una potestad pública reglamentaria, supervisora o sancionatoria se le podría calificar propiamente de ejercicio de una función pública. Importante es precisar que no se trata de que el privado simplemente contribuya de alguna manera al ejercicio de algunas de potestades públicas ejercidas por la Administración Pública, sino de que las asuma total o parcialmente. De esta manera, es posible distinguir entre el privado que presta un servicio en favor de la Administración Pública y el privado al que se le asigna o delega el ejercicio de una función pública. Solamente a este último se le podría calificar de funcionario o servidor público.

Una vez caracterizada la función pública que debe necesariamente ejercer el funcionario o servidor público, debe determinarse si las funciones ejercidas por uno u otro son las mismas. El art. 425 del CP hace referencia a ambos, pero no establece un criterio de distinción. En la Convención Interamericana contra la Corrupción se les trata básicamente como sinónimos. A nivel de la doctrina penal, sin embargo, se hace una distinción con base en el criterio de la capacidad de decisión. En ese orden de ideas, se sostiene

(32) Como lo proponen VALEIJE ÁLVAREZ, "Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y 'personas que desempeñan una función pública'", art. cit., p. 473; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Adaptando la legislación penal de Perú a la Convención Interamericana contra la Corrupción*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, p. 15.

que a los funcionarios públicos les alcanzan funciones públicas que requieren de facultades decisorias, mientras que los servidores públicos realizan fundamentalmente labores de ejecución en el cumplimiento de las funciones públicas⁽³³⁾. En consecuencia, tanto el funcionario como el servidor público ejercen funciones públicas, radicando la diferencia en que el primero lo hace con facultades decisorias, en tanto que la intervención del segundo es en un nivel puramente ejecutivo o propositivo.

3. Supuestos particulares

La definición jurídico-penal de funcionario o servidor público a partir de los elementos del título habilitante y el ejercicio de la función pública ha suscitado una especial discusión en tres supuestos particulares: el funcionario público nombrado o proclamado que no ha entrado aún en funciones, el funcionario público de hecho y los administradores de empresas estatales de Derecho privado. En lo que sigue veremos si estos supuestos encajan o no dentro del concepto jurídico-penal de funcionario o servidor público.

3.1. El concepto anticipado de funcionario o servidor público

Como se mencionó anteriormente, el caso del excongresista Alberto Kourid dio pie a una discusión sobre si se podía considerar funcionario público en el marco del delito de cohecho a quien se encontraba elegido para un cargo público sin haber entrado aún en funciones. Si bien la sentencia que lo condenó evitó entrar en esta discusión, al sostener que en el caso concreto hubo una conducta continuada de cuatro entregas, de las cuales la última se hizo cuando ya ejercía el cargo, lo cierto es que desliza la idea de que un congresista solamente elegido podría ser considerado también un funcionario público en atención a que la norma constitucional que le asigna la prerrogativa del antejuicio político lo hace desde que es elegido⁽³⁴⁾. La pregunta entonces es si este concepto anticipado de funcionario público reúne efectivamente las exigencias de la definición jurídico-penal de funcionario o servidor público.

Es evidente que la discusión en el caso en cuestión no radica en el título habilitante, sino en el ejercicio de la función pública. A nuestro entender, el ejercicio de la función pública no debe ser siempre efectivo para poder afirmar la calidad de funcionario o servidor público, sino que puede bastar la

(33) Vid. SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración Pública*, Lima: Iustitia-Grijley, 2009, p. XLVI. Recuperado de <<https://bit.ly/2VBRnmk>>; DONNA, Edgardo, *Derecho penal. Parte especial*, t. III, Buenos Aires: Rubiznal-Culzoni, 2001, p. 22 y ss.

(34) Sala Penal Especial, *Expediente N.º 6-2001*, Lima: 12 de febrero del 2003, f. j. N.º 15. Recuperado de <<https://bit.ly/3iS6d0F>>.

habilitación para el ejercicio de la función pública⁽³⁵⁾. Si bien lo usual es que el delito se cometa en el ejercicio de la función pública, puede suceder también que el tipo penal esté referido a un acto previo que pueda comprometer el posterior ejercicio de la función pública. En tales casos, no habrá ningún inconveniente para considerar al autor del delito un funcionario público bajo la tesis del llamado concepto anticipado de funcionario público. En el plano legal, si bien la redacción originaria del art. 425 del CP no dio entrada a este concepto, fue expresamente incorporado por la Ley N.º 30124, de 13 de diciembre del 2013, en el inc. 6 del art. 425 del CP, al calificar de funcionario o servidor público al que se encuentra elegido, designado o proclamado, aunque no haya entrado aún a ejercer la función pública. Esta perspectiva adelantada es fundamental para una lucha eficaz contra la corrupción que puede operar en momentos previos a la efectiva asunción del cargo público.

3.2. El funcionario público de hecho

El funcionario público de hecho tiene lugar cuando quien ejerce la función pública no cuenta con un título habilitante válido⁽³⁶⁾. Si se asume una interpretación formal del elemento del título habilitante, no se le podría considerar funcionario o servidor público, por lo que no podría hacerse responsable como autor de los delitos de funcionario público cometidos durante el ejercicio fáctico de la función pública (p. ej., peculado, prevaricato, etc.). Tal solución resulta poco satisfactoria desde la función de protección desplegada por el Derecho Penal, especialmente en el caso de aquel que ha sido nombrado como funcionario público, pero que, por algún vicio, su nombramiento deviene en nulo. Por ello, la doctrina penal ha señalado que, en estos casos, sí se le puede considerar un funcionario público y que podría ser sancionado como tal en los delitos de funcionario público que cometa⁽³⁷⁾. Pero entonces surge la siguiente pregunta: ¿cómo es esto posible si no cuenta con un título habilitante? ¿basta el simple ejercicio de las funciones públicas para poder ser sancionado como un funcionario público?

(35) Igualmente, MONTOTO VIVANCO, *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*, ob. cit., p. 44.

(36) Vid. ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública*, ob. cit., p. 27; REYNA ALFARO, “El concepto penal de funcionario público”, art. cit., p. 87; NAKAZAKI SERVIGÓN, César, “Problemas de aplicación de la figura del funcionario público de hecho en la doctrina judicial del subsistema de justicia anticorrupción del Perú”, en NAKAZAKI SERVIGÓN, César, *El Derecho Penal y procesal penal desde la perspectiva del abogado penalista litigante*, Lima: Gaceta Jurídica, 2017, p. 365 y ss.

(37) Vid. ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública*, ob. cit., p. 27 y ss.; REÁ-TEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*, ob. cit., p. 842; NAKAZAKI SERVIGÓN, “Problemas de aplicación de la figura del funcionario público de hecho en la doctrina judicial del subsistema de justicia anticorrupción del Perú”, art. cit., p. 365.

A lo anterior debe responderse en el sentido de que un funcionario público de hecho puede ser sancionado penalmente si es que su título habilitante es declarado nulo⁽³⁸⁾. En estos casos, sí existe un título de habilitación, aunque el mismo no haya desplegado efectos jurídico-administrativos⁽³⁹⁾. Si bien no ha tenido lugar una vinculación institucional administrativamente válida con el Estado, el ejercicio fáctico de la función pública bajo un título aparente ha generado una situación de confianza especial respecto de los ciudadanos que permite seguir tratándolo como un funcionario público para el Derecho Penal y, por lo tanto, hacerlo responsable del incumplimiento de los deberes derivados de la función pública ejercida⁽⁴⁰⁾. La imputación ya no se basará en la infracción de los deberes estatales por su pertenencia formal al Estado, pero sí por la confianza especial de naturaleza también institucional que ha producido el cumplimiento efectivo de un cargo frente a los administrados.

Mayor discusión suscita la cuestión de si dentro del concepto de funcionario público de hecho puede ser incluido el que se arroga funciones públicas. En el caso de Vladimiro Montesinos, los tribunales nacionales no tuvieron ningún inconveniente en condenarlo primero por el delito de usurpación de las funciones y luego por otros delitos de funcionario público cometidos en la posición funcional usurpada (peculado, fundamentalmente). Así, en la sentencia de 29 de mayo del 2003 expedida por la Sala Penal Especial Superior de Lima en el Exp. N.º 10-2001 se dice textualmente que el asesor de Alberto Fujimori “tiene la condición de autor del delito [...] [de peculado], por cuanto detentó la administración de hecho de los fondos públicos”⁽⁴¹⁾. Esta posición fue confirmada incluso por el Tribunal Constitucional a raíz del hábeas corpus interpuesto por los que fueron condenados como cómplices del delito de peculado cuya autoría se atribuyó a Vladimiro Montesinos⁽⁴²⁾. Recientemente

(38) Es importante precisar que un título de habilitación nulo no es cualquier acto material de autorización para desempeñar un cargo p facultad, sino uno que tenga la apariencia de legalidad, pero que adolece de algún vicio que lo invalida. Por ello, no coincidimos con NAKAZAKI SERVIGÓN cuando considera como designación nula la asignación fáctica a una persona de la facultad de administrar unos fondos públicos. NAKAZAKI SERVIGÓN, “Problemas de aplicación de la figura del funcionario público de hecho en la doctrina judicial del subsistema de justicia anticorrupción del Perú”, art. cit., p. 370.

(39) En el mismo sentido, NAKAZAKI SERVIGÓN, “Problemas de aplicación de la figura del funcionario público de hecho en la doctrina judicial del subsistema de justicia anticorrupción del Perú”, art. cit., p. 366.

(40) Similarmente, ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública*, ob. cit., p. 28; GÁLVEZ VILLEGAS, *El delito de enriquecimiento ilícito*, ob. cit., p. 96. Aunque este autor no cae en la cuenta de que esta solución se hace desde una perspectiva funcionalista que el referido autor critica por dejar estos casos en la impunidad.

(41) SALA PENAL ESPECIAL, *Expediente N.º 10-2001-SPE/CSJL*, Lima: 29 de mayo del 2003, f. j. N.º IV.B. recuperado de <<https://bit.ly/3sliD4n>>.

(42) El Tribunal Constitucional señaló: “Este Tribunal coincide con lo señalado en la sentencia cuestionada en el sentido de que sí se configura, en el caso, el delito de peculado. Si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos Torres ocupaba el cargo de asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad, ejercía, de hecho, la Jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia

en el caso del proyecto Gasoducto del Sur Peruano se ha considerado igualmente como funcionaria pública de hecho a la ex primera dama Nadine Heredia para imputarle un delito de colusión cometido en el proceso de concesión del mencionado proyecto especial (Carpeta Fiscal N.º 12-2017). Se sostiene que sería autora del delito “toda vez que es funcionaria de facto y/o de hecho por delegación de funciones de su cónyuge Ollanta Humala, quien era entonces presidente de la República”. El que otros funcionarios o particulares reconocieran esa potestad *de facto* sería suficiente para catalogarla de funcionaria pública de hecho⁽⁴³⁾.

A la línea de pensamiento jurisprudencial antes expuesta cabe oponer la que ha sido desarrollada por la Cas. N.º 442-2017 Ica, en la que, si bien se hace alusión a las sentencias condenatorias de Vladimiro Montesinos, se distingue claramente entre el funcionario público de hecho y el usurpador de funciones. Así, se puede leer en la referida casación lo siguiente:

Sobre este punto, conforme ya se anotó, la doctrina mayoritaria nacional y la jurisprudencia judicial han asumido una posición restringida respecto a quienes pueden ser considerados funcionarios de hecho. Se hace necesario un acto de nombramiento o conferimiento de la función, pero que por ser irregular no le otorga al designado la condición de funcionario *de jure*; puesto que la falta absoluta de la investidura, daría lugar al supuesto de usurpador y no de funcionario de hecho⁽⁴⁴⁾.

En consecuencia, al usurpador de funciones no se le puede considerar un funcionario público de hecho; por eso, uno de los requisitos destacados por la referida casación es la ostentación de un cargo público de manera “pácífica, pública, continuada y de buena fe”⁽⁴⁵⁾.

y administración de fondos públicos, por lo que puede considerársele sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387 del Código Penal”. Tribunal Constitucional, *Expediente N.º 2758-2004-HC/TC*, Lima: 23 de noviembre del 2004, f. j. N.º 10. Recuperado de <<https://bit.ly/3k1ZWPg>>.

(43) En tal sentido, CHANJAN **sostiene**: “En teoría, por ende, si se llegase a probar que la ex primera dama asumió de facto funciones de dirección de las decisiones que se tomaron en determinada licitación pública a fin de favorecer ilícitamente a determinados postores perjudicando los intereses del Estado y, además, los otros funcionarios intervinientes y particulares **le reconocían dicha potestad de facto**, podría ser considerada autora de **delitos de colusión o negociación incompatible**”. CHANJAN, Rafael, “Reflexiones en torno al ‘funcionario de facto’ en el Derecho Penal: a propósito del caso de la ex primera dama Nadine HEREDIA, en *Idehpucp*, Lima: 25 de febrero del 2020. Recuperado de <<https://bit.ly/3CTUejm>>.

(44) Sala Penal Transitoria (ponente: Sra. juez PACHECO HUANCAS), *Casación N.º 442-2017 Ica*, Lima: 11 de diciembre del 2019, f. j. N.º 40. Recuperado de <<https://bit.ly/3D3efMm>>.

(45) Sala Penal Transitoria (ponente: Sra. juez PACHECO HUANCAS), *Casación N.º 442-2017 Ica*, Lima: 11 de diciembre del 2019, f. j. N.º 33.2.

En nuestra opinión, el concepto de funcionario público de hecho no debe asumir la perspectiva amplia que incluye la sola arrogación fáctica de funciones públicas. Arrogación que no se reduce al caso en el que se usurpa directamente la función pública, sino que incluye también el caso en el que un funcionario asume sin título habilitante algunas funciones públicas ajenas a su cargo. El que se arroga la función pública no se encuentra en una situación de confianza especial que justifique la asignación de los deberes estatales cuya infracción pueda dar pie a los delitos de funcionarios públicos. Se le podrá castigar por el delito de usurpación de funciones y, dependiendo de cada caso, por las afectaciones comunes a los bienes jurídicos de otros (secuestros, hurtos, etc.), pero no por un delito de funcionario público⁽⁴⁶⁾. La arrogación fáctica de una función pública no constituye un título habilitante para el ejercicio de esa función⁽⁴⁷⁾.

3.3. Los trabajadores de empresas estatales de Derecho Privado

Otro supuesto especialmente discutido es el caso de los administradores o empleados que trabajan en empresas estatales de Derecho Privado, o sea, en sociedades anónimas o sociedades de responsabilidad limitada cuyo propietario o accionista es el Estado. ¿Son también funcionarios públicos para la normativa penal? La redacción original del inc. 3 del art. 425 del CP dio una respuesta afirmativa, al establecer que eran funcionarios o servidores públicos “los de empresas del Estado o sociedades de economía mixta y de organismos sometidos por el Estado”. Posteriormente la situación se ensombreció con la Ley N.º 26713, de 27 de diciembre de 1996, que modificó sustancialmente el tenor del inc. 3 del art. 425 del CP, limitándose únicamente a ampliar el título de incorporación a la función pública de la siguiente manera: “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 y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos”. Esta redacción suscitó la duda razonable acerca de si los que trabajaban en empresas estatales habían dejado de ser funcionarios públicos para la normativa penal. Esa duda fue desvanecida por la modificación realizada por la Ley N.º 30124, de 13 de diciembre del 2013, pues se incluyó expresamente el caso de las empresas del Estado o de las sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado. Con

(46) Igualmente, REYNA ALFARO, “El concepto penal de funcionario público”, art. cit., p. 88.

(47) Posición defendida en su tesis de magister por RODRÍGUEZ OLAVE, Giovanna, *El concepto de funcionario público en el Derecho Penal y la problemática del “funcionario de hecho” en los delitos contra la Administración Pública*, tesis para optar el grado académico de magister con mención en Derecho Penal, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, p. 124 y ss. Recuperado de <<https://bit.ly/3g6qDBs>>.

ello parecería que la discusión estaría hoy legalmente zanjada, en el sentido de que los trabajan en empresas estatales, sin importar su estatuto regulatorio, son también funcionarios o servidores públicos.

A nuestro modo de ver, el tenor actual del inc. 3 del art. 425 del CP no puede ser interpretado literalmente sin relacionarlo con los elementos constitutivos del concepto jurídico-penal de funcionario o servidor público. En el caso de empresas de derecho privado con participación en el mercado, como cualquier otro agente económico, los que las administran o gestionan no ejercen función pública alguna, por lo que, si bien existe una incorporación en lo que es del Estado por su nombramiento o contratación, esta incorporación no conlleva el ejercicio de funciones públicas. En consecuencia, no se les puede considerar funcionarios públicos en los términos de los delitos de funcionarios públicos. La inclusión prevista en el inc. 3 del art. 425 del CP debe circunscribirse, por lo tanto, a empresas cuya actividad se encuentren vinculada de alguna manera a una función pública, como sería el caso de actividades económicas estratégicas reservadas al Estado⁽⁴⁸⁾.

La interpretación precedente no está lo suficientemente clara en la jurisprudencia nacional, que cae en una interpretación literal sin un análisis crítico. En el caso de una persona jurídica de derecho privado en la que el administrador, por ejemplo, se apropia de los capitales de la empresa o hace una malversación de los mismos, lo usual es que se le procese penalmente por un delito de funcionario público. Lo que parece guiar la interpretación jurisprudencial es el carácter público del patrimonio, por ser el Estado el titular. Pero ese enfoque no es el correcto, pues los delitos de funcionarios públicos no son delitos especiales impropios que simplemente agraven la pena por perjudicar el patrimonio en un ámbito especial: el estatal. Los delitos de funcionarios públicos son delitos de infracción de un deber, por lo que el eje central del tipo penal es el deber especial derivado de la función pública. Sin función pública no hay deber especial que infringir ni, por lo tanto, funcionario público que castigar.

IV. LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS POR PARTE DEL ESTADO

La amplitud asumida por el inc. 3 del art. 425 del CP en relación con el título habilitante⁽⁴⁹⁾ trae consigo el riesgo de terminar considerando funcionario

(48) En el mismo sentido, ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública*, ob. cit., p. 30 y s.; CHANJAN DOCUMET, "El concepto de funcionario público en el Derecho Penal peruano y su vinculación con los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción", art. cit., p. 9.

(49) *Vid.* GÁLVEZ VILLEGAS, *El delito de enriquecimiento ilícito*, ob. cit., p. 90 y s.; REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*, ob. cit., p. 891.

o servidor público a todo el que contrate con el Estado para prestar un servicio⁽⁵⁰⁾. No debe olvidarse, sin embargo, que también es necesario acreditar el ejercicio de una función pública, y eso significa que la vinculación contractual debe producir la entrada en una entidad pública, en virtud de la cual se ejercen funciones en dicha entidad⁽⁵¹⁾. Históricamente esa situación era la que sucedía con los llamados contratos de servicios no personales y más recientemente con los llamados contratos administrativos de servicios (CAS). Se trataba de contratos por los cuales se entraba a realizar labores en las entidades u organismos públicos sin una vinculación de carácter laboral. En términos materiales, sin embargo, las labores realizadas por los contratados no eran muy distintas de las que se encargaban a funcionarios públicos. La razón del uso extendido de estos contratos por parte de la Administración Pública era la falta de funcionarios públicos nombrados para el desarrollo de las actividades de la entidad estatal o la falta de presupuesto para poder realizar incorporaciones con vínculo laboral.

De lo anterior se puede concluir que resulta incorrecto seguir una interpretación desmedida del inc. 3 del art. 425 del CP que intente atribuir el carácter de funcionario o servidor público a todo el que presta servicios al Estado. Para poder sostener la presencia de un funcionario o servidor público en términos penales la relación contractual debe producir una incorporación material del particular en la estructura del Estado. No de otra forma se puede entender el propio tenor del referido dispositivo legal cuando señala que “en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos”. En este orden de ideas, no se podrá considerar como funcionario o servidor público, por ejemplo, al abogado contratado por una institución pública para ejercer el patrocinio de un funcionario público en un proceso penal o a los medios de comunicación a los que una entidad estatal contrata para que le presten el servicio de publicidad estatal. Por medio de estos contratos, el particular no entra materialmente en la estructura burocrática del Estado para ejercer funciones en una entidad u organismo público, por lo que se encontrará fuera del alcance del inc. 3 del art. 425 del CP.

Tampoco puede acudir sin más a la figura de la delegación de función pública para calificar de funcionario o servidor público a quien contrata con el Estado. En una delegación, si bien al particular no se le incorpora en una entidad u organismo público, se le habilita para ejercer una función pública. El título habilitante está constituido por un contrato de delegación de funciones

(50) Así parecer ser la opinión de ARISMENDIZ AMAYA, Eliu, *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*, Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 82.

(51) Similarmente, GÁLVEZ VILLEGAS, *El delito de enriquecimiento ilícito*, ob. cit., p. 90 y s.; REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*, ob. cit., p. 891.

públicas que se encuentre autorizado por ley⁽⁵²⁾, sin interesar si el privado se encuentra organizado con base en la regulación civil o comercial⁽⁵³⁾. En consecuencia, la sola contratación de un particular por parte de una entidad pública para que le preste servicios no puede ser tratada como una delegación de funciones públicas. Es necesario que esa contratación se haga para el desarrollo de una actividad, revestida de potestades públicas, dirigida a alcanzar el bien público o común⁽⁵⁴⁾. Adicionalmente, debe recordarse que el art. 425 del CP no recoge, de manera general, los casos de delegación de funciones públicas como un supuesto de funcionario o servidor público. Por ello, para incluir supuestos de delegación de funciones públicas, será necesario que, por razones de legalidad, la ley que autorice la delegación correspondiente determine que al delegado se le considere un funcionario o servidor público conforme a lo establecido en el inc. 7 del art. 425 del CP.

V. LA CONTRATACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS

En la actualidad es usual que el Estado contrate con personas jurídicas para la prestación de distintos servicios. Si bien el título habilitante recae formalmente sobre la persona jurídica, son sus trabajadores quienes se incorporan materialmente en la estructura burocrática del Estado, es decir, quienes entran en la entidad u organismo público para la realización de funciones. La discusión que este supuesto suscita es si la calidad de funcionario o servidor público debe recaer sobre quien ejerce la representación legal de la persona jurídica que suscribió el contrato o, más bien, sobre los trabajadores que asumen materialmente el desarrollo de las actividades en la entidad u organismo público. De lo que se trata finalmente es de determinar si debe seguirse el criterio formal de la relación de representación o, más bien, el criterio material de la efectiva realización de la actividad en la entidad u organismo público.

Como ya se indicó, la calidad de funcionario o servidor público requiere no solo un título habilitante (que, en el presente caso, serían los contratos con las personas jurídicas), sino sobre todo el ejercicio efectivo de funciones en una entidad u organismo público. Y es obvio que quien despliega la labor asumida contractualmente por la persona jurídica no es su representante legal, sino el personal correspondiente. Este razonamiento ha sido utilizado por el Segundo Despacho del Equipo Especial en la Carpeta Fiscal N.º 12-2017. En efecto, en esta investigación, referida a la concesión del Proyecto Gasoducto

(52) No es necesaria una forma especial, como lo pone de manifiesto KINDHÄUSER, *Strafgesetzbuch*, § 11, n.m.16.

(53) *Vid.* LEMKE, *NomosKommentar StGB*, t. 1, § 11, n.m. 29.

(54) En ese sentido, KINDHÄUSER destaca que lo relevante es que las labores delegadas por su propia naturaleza estén reservadas al Estado. KINDHÄUSER, *Strafgesetzbuch*, § 11, n.m. 16.

del Sur Peruano (GSP), el Ministerio Público imputó a los abogados de un estudio jurídico la calidad de funcionario público. Si bien el proceso de selección fue ganado por el estudio de abogados y el contrato de servicios profesionales suscrito por su representante legal, la calidad de funcionario público no recayó sobre este último, sino sobre los concretos abogados que se encargaron de emitir los informes legales ante las consultas realizadas por PROINVERSION en el marco del proceso de concesión del proyecto antes referido. No es, por lo tanto, la calidad de representante legal de la persona jurídica contratante con el Estado la que sustenta la atribución del estatus de funcionario o servidor público, sino la concreta realización de las labores encargadas contractualmente por parte del Estado.

La situación es obviamente distinta si es que el representante legal de la persona jurídica, aun cuando no despliegue directamente las actividades en la entidad o el organismo público, tiene la capacidad de decidir sobre los encargados de realizar dichas actividades. Este control sería prácticamente el mismo que tendría un superior dentro de la estructura estatal, lo que permitiría imputarle también el carácter de un funcionario público. Tal posibilidad obviamente presupone determinar la existencia de un efectivo manejo de la actividad de los trabajadores de la persona jurídica destacados en la entidad u organismo público. En tal caso, el dominio sobre la actividad desplegada por los trabajadores en la entidad u organismo público habilitaría a considerar que también ejerce función pública.

VI. CONCLUSIONES

- Los delitos de funcionarios públicos están configurados típicamente como delitos especiales que requieren de la calidad especial de funcionario o servidor público para poder ser autor del delito. Ese elemento típico constituye un elemento normativo del tipo que debe determinarse mediante una interpretación autónoma que no se encuentre limitada por una definición administrativa o laboral del funcionario o servidor público.
- El art. 425 del CP asume, para el Derecho Penal, un concepto autónomo de funcionario o servidor público mediante una enumeración de supuestos específicos. La incorporación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, así como una conceptualización inductiva a partir de los supuestos específicos legalmente considerados, permiten concluir que el concepto jurídico-penal de funcionario o servidor público requiere de dos elementos constitutivos: un título habilitante y el ejercicio de función pública.

- El elemento del título habilitante significa la existencia de un acto lícito que incorpora al sujeto a la Administración Pública o le asigna el cumplimiento de una función pública. Este título puede ser la ley, la elección, el nombramiento o designación, la selección o el contrato. No resulta de recibo el planteamiento de la incorporación heterónoma, pues equipara injustificadamente la complacencia de un órgano o autoridad público respecto a la asunción fáctica de las funciones públicas con el título habilitante.
- El elemento del ejercicio de la función pública debe ser entendido como la actividad, revestida de potestades públicas, orientada al bien común. En el caso de personas que están integradas en el aparato burocrático del Estado, la potestad pública que respalda la actividad dirigida a alcanzar el bien común está indiscutiblemente en la misma entidad u organismo público del que se forma parte. En el caso de los privados que ejercen una función pública al margen de la estructura organizativa del Estado, solamente si su actividad cuenta con una potestad pública reglamentaria, supervisora o sancionatoria se le podría calificar propiamente de ejercicio de una función pública.
- El ejercicio de la función pública no debe ser siempre efectivo para poder afirmar la calidad de funcionario o servidor público, sino que puede bastar la habilitación para el ejercicio de la función pública. Si bien lo usual es que el delito se cometa en el ejercicio de la función pública, puede suceder también que el tipo penal esté referido a un acto previo que pueda comprometer el posterior ejercicio de la función pública. En tales casos, no habrá ningún inconveniente para considerar al autor del delito un funcionario público bajo la tesis del llamado concepto anticipado de funcionario público (inc. 6 del art. 425 del CP).
- El funcionario público de hecho tiene lugar cuando quien ejerce la función pública no cuenta con un título habilitante válido. Si cuenta con un título habilitante administrativamente nulo, podrá ser considerado igualmente un funcionario público para el Derecho Penal, pues sí existe un título de habilitación, aunque no haya desplegado efectos jurídico-administrativos. El ejercicio fáctico de la función pública bajo un título aparente ha generado una situación de confianza especial respecto de los ciudadanos que permite seguir tratando penalmente al autor como un funcionario público y, por lo tanto, hacerlo responsable del incumplimiento de los deberes derivados de la función pública ejercida. La situación es distinta en el caso del que se

arroga funciones públicas, en la medida en que no se presenta una situación de confianza especial que justifique la asignación de los deberes estatales cuya infracción pueda dar pie a los delitos de funcionarios públicos. La arrogación fáctica de una función pública no constituye un título habilitante para el ejercicio de esa función.

- Los administradores o empleados de empresas estatales de Derecho privado tampoco pueden ser considerados funcionarios o servidores públicos a efectos penales, en la medida en que no ejercen función pública alguna. La inclusión de las empresas estatales prevista en el inc. 3 del art. 425 del CP debe circunscribirse a empresas de economía mixta o a aquellas cuya actividad se encuentren vinculada de alguna manera a una función pública.
- El inc. 3 del art. 425 del CP no autoriza a considerar funcionario o servidor público a todo el que contrata con el Estado la prestación de servicios. Para hacerlo, la relación contractual debe producir una incorporación material del particular en la estructura burocrática del Estado. Tampoco puede acudirse sin más a la figura de la delegación de función pública para calificar de funcionario o servidor público a quien contrata con el Estado. Es necesario que esa contratación se haga para el desarrollo de una actividad, revestida de potestades públicas, dirigida a alcanzar el bien público o común, así como que la normativa que autorice la delegación determine que al delegado se le considere un funcionario o servidor público conforme a lo establecido en el inc. 7 del art. 425 del CP.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública*, 2ª ed., Lima: Palestra, 2001.
- ARISMENDIZ AMAYA, Eliu, *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*, Lima: Instituto Pacífico, 2018.
- CHANJAN, Rafael, “Reflexiones en torno al ‘funcionario de facto’ en el derecho penal: a propósito del caso de la ex primera dama Nadine Heredia”, en *Idehpucp*, Lima: 25 de febrero del 2020. Recuperado de <<https://bit.ly/3CTUcjm>>.
- CHANJAN DOCUMET, Rafael, “El concepto de funcionario público en el derecho penal peruano y su vinculación con los instrumentos

internacionales de lucha contra la corrupción”, en *Revista General de Derecho Penal*, N.º 33, Madrid: mayo del 2020.

- CLÍNICA JURÍDICA DE ACCIONES DE INTERÉS PÚBLICO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ, *Amicus curiae*. Recuperado de <<https://bit.ly/3m9lJat>>.
- COBO DEL ROSAL, Manuel, “Examen crítico del párrafo 3 del artículo 119 del Código Penal español (sobre el concepto de ‘funcionario público’ a efectos penales”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, N.º 212, Madrid: febrero de 1962.
- DONNA, Edgardo, *Derecho Penal. Parte especial*, t. III, Buenos Aires: Rubiznal-Culzoni, 2001.
- DONNA, Edgardo, “El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal”, *Revista de Derecho Penal: Delitos contra la Administración Pública*, t. II, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás A., *El delito de enriquecimiento ilícito*, 2.ª ed., Lima: Instituto Pacífico, 2017.
- GARCÍA ARROYO, Cristina, “La implementación de la normativa internacional en el ordenamiento español: el concepto penal de funcionario público tras la LO 1/2019”, en *Revista General de Derecho Penal*, N.º 31, Madrid: mayo del 2019.
- KINDHÄUSER, Urs, *Strafgesetzbuch*, 3. Aufl., Nomos:Baden-Baden, 2006.
- LEMKE, Michael, *NomosKommentar StGB*, t. 1, 2. Aufl., Nomos: Baden-Baden, 2005.
- MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, Barcelona: Bosch, 2000.
- MONTROYA VIVANCO, Yvan (coord.), *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015. Recuperado de <<https://bit.ly/3AfeTnH>>.
- NAKAZAKI SERVIGÓN, César, “¿Existe en la Convención Interamericana contra la Corrupción el concepto anticipado de funcionario público”, en UNIVERSIDAD INCA GARCILASO DE LA VEGA, *Libro homenaje por el XXV aniversario de la fundación de*

la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2007.

- NAKAZAKI SERVIGÓN, César, “Problemas de aplicación de la figura del funcionario público de hecho en la doctrina judicial del sub-sistema de justicia anticorrupción del Perú”, en NAKAZAKI SERVIGÓN, César, *El Derecho Penal y procesal penal desde la perspectiva del abogado penalista litigante*, Lima: Gaceta Jurídica, 2017.
- OLAIZOLA FUENTES, Inés, “Concepto de funcionario público a efectos legales”, en ASÚA BATARRITA, Adela (dir.), *Delitos contra la Administración Pública*, Instituto Vasco de Administración Pública: 1997.
- RAMON RIBAS, Eduardo, “La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 CP (concepto de funcionario público)”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 34, Santiago de Compostela: 2014. Recuperado de <<https://bit.ly/3CmV6V6>>.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*, Lima: Jurista Editores, 2015.
- REYNA ALFARO, Luis, “El concepto penal de funcionario público”, en FRANCISCO, Heydegger y Juliana ATAHUAMÁN (coords.), *Delitos contra la Administración Pública*, Lima: Idemsa: Lima, 2013.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y María OSSANDÓN WIDOW, *Delitos contra la función pública*, 2ª edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008.
- RODRÍGUEZ OLAVE, Giovanna, *El concepto de funcionario público en el Derecho Penal y la problemática del “funcionario de hecho” en los delitos contra la Administración Pública*, tesis para optar el grado académico de magister con mención en Derecho Penal, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015. Recuperado de <<https://bit.ly/3g6qDBs>>.
- ROJAS VARGAS, Fidel, “A propósito del concepto jurisprudencial peruano de funcionario público. Apuntes sobre los conceptos administrativo, penal y anticipado de funcionario público”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, vol. 27, Lima: diciembre del 2000.

- ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, 4.^a ed., Lima: Grijley, 2007.
- SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración Pública*, Lima: Iustitia-Grijley, 2009, p. XLVI. Recuperado de <<https://bit.ly/2VBRnmk>>.
- VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario. El delito de cohecho*, Madrid: Edersa, 1995.
- VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y ‘personas que desempeñan una función pública’”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N.º 62, Madrid: 1997.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Adaptando la legislación penal de Perú a la Convención Interamericana contra la Corrupción*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.

CORRUPCIÓN, LAVADO DE ACTIVOS Y DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA

MANUEL A. ABANTO VÁSQUEZ^(*)

Últimamente se tiende a recurrir cada vez más a tratar de abarcar penalmente hechos supuestamente constitutivos de algún delito de corrupción (cohecho, peculado, fraude a la administración, etc.) de una manera “indirecta”⁽¹⁾, es decir buscando la subsunción de tales hechos en otros tipos penales, especialmente el lavado de dinero y la defraudación tributaria. Así, los hechos investigados como delito de corrupción suelen ser además subsumidos indistintamente dentro de alguna de las mencionadas figuras delictivas, o incluso, dentro de las tres figuras delictivas al mismo tiempo para de este modo “garantizar” tanto la obtención de suficientes pruebas como finalmente la condena por alguno de los tres delitos cuando no por los tres al mismo tiempo.

Entonces, si el sujeto ha obtenido ganancias a través de actos de corrupción, podría verse en esto no solamente un delito contra la Administración Pública (p. ej. un delito de cohecho pasivo impropio), sino también uno de defraudación tributaria (porque normalmente no se suelen declarar los sobornos recibidos) unido a otro de lavado de activos en la modalidad de “autolavado” cuando el funcionario público hubiera de alguna manera “utilizado” las ventajas recibidas (p. ej. para realizar gastos de cualquier tipo). Y si a esto se suma la eventual imputación por participación en una “organización criminal” (p. ej. cuando el autor hubiera realizado los hechos aprovechándose de la organización de una empresa, del aparato administrativo o de cualquier otra institución) se lleva al máximo la “efectividad” de los aparatos de justicia gracias a la amplitud de posibilidades procesales que actualmente permite la ley peruana.

Con esto, la “efectividad teórica” de la persecución penal peruana parece querer emular a la hispana en lo relacionado con el correspondiente tipo de “blanqueo de capitales” (art. 301 C.P. español de 1995)⁽²⁾: el castigo por

(*) Doctor por la Universidad Albert-Ludwigs de Friburgo (Alemania).

(1) Este “fenómeno” ocurre también en otras latitudes. Para España, cfr. QUINTERO OLIVARES, “La lucha contra la corrupción ...”, p. 242 y ss.

(2) QUINTERO OLIVARES, “La lucha contra la corrupción ...”, p. 242 y ss. En Europa, los cambios legislativos que habrían “impulsado” esta nueva política de persecución penal se habría debido a informes

blanqueo (lavado) como “sanción adicional” como “cajón de sastre” propiciada por su desvirtuación, inicialmente concebido como ayuda postdelictual punible con un contenido autónomo.

Independientemente de si esto es más “efectivo” o no en la lucha contra la corrupción, deberá estar permitida aquí la reflexión sobre si de este modo acaso se están sacrificando principios básicos del Estado de Derecho en aras de una supuesta exitosa lucha contra el delito, y si este “daño colateral” no sería incluso más perjudicial que el beneficio obtenido por las mayores posibilidades de represión penal de los imputados por corrupción. Por ello, conviene recordar cuáles son los límites que tradicionales principios de Derecho Penal y derecho constitucional imponen a la que con justicia se ha denominado “perversión de uso” de “herramientas modernas” en la lucha contra la corrupción⁽³⁾ (I) para luego analizar las interrelaciones que podrían realmente existir entre aquella forma de corrupción tradicionalmente conocida en el Derecho Penal como “cohecho” y las figuras de “lavado de activos” (II), “defraudación tributaria” (III) y otras más (IV).

I. ALGUNOS CONCEPTOS PRELIMINARES

1. Los delitos de corrupción

Para la *lucha penal* contra la corrupción el legislador ha previsto una serie de tipos penales que suelen ubicarse dentro del grupo de delitos contra la Administración Pública. Pero el término “corrupción” no describe un tipo penal determinado sino un fenómeno social y criminológico cuyo contenido es muy polémico. Así, si bien casi no se discute que un primer elemento de la corrupción consiste en el “abuso del poder” que confiere una posición social determinada (funcionario público, árbitro, político, etc.), el círculo de “corruptos” puede ser restringido aún más en función de si se exigieran una conducta

y recomendaciones supranacionales (Comisión Europea, Consejo de Europa) e internacionales (GAFI) que habrían constatado la escasa recuperación de las ganancias obtenidas por organizaciones criminales, así como la “decepcionante” aplicación de los tipos de lavado o blanqueo por parte de jueces y tribunales nacionales, cfr. Cristina FARALDO C., p. 175 y s.; también refiriéndose a la recepción acrítica y asistemática en la legislación nacional (peruana) de las recomendaciones internacionales, ABANTO VÁSQUEZ, en L. H. a Arroyo Zapatero (próxima publicación); anteriormente ídem, “El delito de lavado de activos”, p. 262 y ss.

(3) Atinada crítica de QUINTERO OLIVARES que él entiende como el uso del tipo de “blanqueo de capitales” (en nuestro país: “lavado de activos”) como “... uno de los mayores riesgos para el Estado de Derecho, la seguridad jurídica, la proporcionalidad y el principio de *ne bis in idem*” debido a la “progresiva desvirtuación de su sentido”. Cfr. “La lucha contra la corrupción ...”, p. 243.

específica de “abuso” (la compraventa de la función encargada), un “beneficio propio” o para “terceros”, o un perjuicio para otros⁽⁴⁾.

Es cierto que muchas veces se confunde al delito de “cohecho” con el término más genérico de la “corrupción”, pero sea como fuere, es innegable que el primero siempre va a integrar el núcleo de lo que pudiera entenderse por el concepto más amplio de “delitos de corrupción”. Esto es aún más evidente cuando se habla de “corrupción de funcionarios públicos” o “corrupción pública”, pues aquí ya se delimita el círculo de autores que realizan o participan en la ejecución del delito: los funcionarios públicos. Pero, aun así, todavía queda suficiente margen para distinguir los delitos de corrupción de funcionarios públicos de los de cohecho. Si se trata de aquel abuso de funciones públicas que implicare una compraventa de la función pública y/o un perjuicio o un peligro de perjuicio para el patrimonio de la Administración Pública, tendría que añadirse más tipos penales como los de negociación incompatible (art. 399), tráfico de influencias (art. 400), concusión (art. 382), fraude a la Administración Pública (art. 384), peculado (art. 387), malversación (art. 389).

Para efectos del presente trabajo importa también que el “delito de corrupción” en cuestión *genere ganancias ilegales* que puedan ser lavadas o ingresos cuya declaración se omita declarar al fisco. Luego, debe tenerse claro que tampoco cualquier figura incluida en el grupo de delitos de “corrupción de funcionarios públicos”, sea cual fuere la definición va a generar siempre bienes maculados o rentas ilícitas.

Por otro lado, cuando se trata de los *tipos de cohecho*, un delito de naturaleza contractual (pacto injusto) donde por lo general existe una parte que vende la función pública (el funcionario público) y otra que la compra (el interesado o cohechador activo), la realización del delito podría generar ganancias en ambas partes: el funcionario público recibe el soborno (en forma de dinero o cualquier otro tipo de “ventaja”) mientras que el cohechador activo podría obtener un ejercicio funcional que le permita ganancias patrimoniales a él o a otros, como p. ej., su empresa u organización (p. ej. un contrato sobrevaluado, una exoneración de tributos, etc.). Ambos casos de ganancias, rentas o ingresos ilícitos o bienes “maculados” podrían dar pie a la imputación, por separado para cada uno de los cohechadores, por delitos de lavado de activos y/o defraudación tributaria.

(4) Cfr. BANNENBERG, quien distingue por eso entre un concepto “amplio” (también polémico) y otro “penal” de corrupción en Wabnitz/Janovsky/Schmitt, p. 823, n. 4 y s. Más al respecto c. más refs., GRÜTZNER/BEHR en Momsen/Grützner, p. 1343 y s., n. marg. 8 y ss. También, con referencia al entendimiento del término en Perú, ABANTO VÁSQUEZ en “Dogmática penal...”, p. 948 y ss.; para España, en especial en cuanto atañe a los delitos de corrupción como agravantes del delito de blanqueo tras la reforma de 2010, cfr. GÓMEZ INIESTA, p. 1433 y ss.

2. El lavado de activos y el autolavado

En términos muy generales, el delito de lavado de activos consiste en toda conducta de *ocultamiento de bienes procedentes de un delito, bajo conocimiento de esta procedencia y sabiendo que de este modo se aparta dichos bienes del alcance de las autoridades encargadas de la persecución penal*.

Luego, el delito de “lavado de activos” presupone la existencia de “bienes maculados” provenientes de algún “hecho ilícito previo” (imprecisamente conocido también como “delito precedente” o “delito fuente”). Este “hecho ilícito previo” suele ser mencionado en la propia ley (en Perú: el art. 10 del D. Leg. 1106) mediante una lista que incluye sobre todo delitos graves (inicialmente: tráfico ilícito de drogas) y que suele ampliarse periódicamente.

Ha surgido así desde hace casi tres décadas una “legislación antilavado” que desde el principio fue discutible debido a la existencia de tipos penales que cubrían ya las conductas que se quería perseguir (receptación y encubrimiento real). Pero lo que parece cada vez más evidente es que esta legislación no solamente ha demostrado ser ineficaz (de lo contrario, no tendría por qué renovarse —léase: ampliarse— periódicamente ante el descubrimiento de vacíos de punibilidad) sino también distorsionadora del sistema penal pues su permanencia y expansión se suele realizar a costa del quebrantamiento de principios penales; en especial, del de *ne bis in idem*, el de proporcionalidad y el *nemo tenetur*⁽⁵⁾.

En efecto, desde que, por recomendaciones internacionales, los tipos de “lavado” o “blanqueo” fueran introducidos en las leyes penales la lista de ilícitos penales previos ha ido acogiendo cada vez más conductas delictivas en bloque (entre ellos a *delitos tributarios* y a los referidos a la *corrupción de funcionarios*) hasta llegar en algunos casos (como en España) a permitir su aplicación a todo tipo de delitos⁽⁶⁾. Y no solamente eso: ahora tiende a permitir expresamente que *el propio autor del delito previo* (en nuestro caso: el autor del delito de corrupción o de defraudación tributaria) también pueda ser perseguido como autor del delito conexo de lavado de activos. En Alemania, en el 2015 se introdujo en el párrafo IX del § 261 StGB la llamada “retroexcep-

(5) Ver las refs. en ABANTO VÁSQUEZ, “El delito de lavado de activos”, p. 257 y ss., 262 y ss.

(6) Inicialmente el tenor del tipo penal hispano de “blanqueo de capitales” (art. 301 C. P. de 1995) se refería a “delitos graves”. Con la reforma del 2003 (LO 15/2003 de 25 de noviembre) se eliminó la referencia a la “gravedad” de los delitos generadores de los bienes maculados. Aun así, la doctrina parece integrar interpretativamente el elemento en el texto legal y entiende la “gravedad” tal como la define la parte general de su propio C. P.: en función de las penas conminadas (art. 33); entre otras, la prisión superior a cinco años; cfr. por todos QUINTERO OLIVARES en Quintero Olivares/Morales Prats, “Comentarios...”, tomo II, p. 516.

ción” que limita los alcances de la excepción a la punibilidad de los autores del delito previo. La oración 2, segunda frase del citado precepto exceptuaba de la persecución por lavado de dinero a los intervinientes en el delito previo. La nueva frase 3 “exceptúa” la aplicación de esta excepción cuando el “autor” introdujera en el tráfico comercial bienes maculados enmascarando su origen antijurídico. En España, la reforma del 2010 no solamente introdujo expresamente la punibilidad del autor del delito previo sino también su posible vinculación con actos de “posesión” y “utilización”⁽⁷⁾, así como una asistemática agravación del blanqueo relacionado con delitos contra la Administración Pública y delitos urbanísticos⁽⁸⁾.

Pero, aun cuando los reformados textos penales parezcan autorizar la represión del autoblanqueo o autolavado, no parece ni sistemática ni dogmáticamente correcto (y por último tampoco deseable por política criminal) admitir su aplicación irrestricta, y menos aún a través de actos de posesión y utilización. Esto se explica de la siguiente manera: como la lógica interna del delito de autoblanqueo, como atentado contra la administración de justicia, es la de la receptación⁽⁹⁾, para admitir el “autoblanqueo” (o autolavado) tendrían que presentarse situaciones muy específicas que presenten un injusto punible propio. En palabras de QUINTERO OLIVARES⁽¹⁰⁾: “... cuando es un tercero el que ayuda a esa tarea la *esencia de lo injusto* se centra en su conocimiento del origen y de que está *ayudando a un delincuente*. Es evidente que así no se pueden configurar los elementos del ‘autoblanqueo punible’” (cur-sivas en el original).

También por esta razón y ante textos legales que parecen obligar a la justicia penal a penar el “autoblanqueo”, está en plena discusión, el si existirían casos en los cuales el autor del delito previo puede ser imputado como “autor” de lavado de los activos que él mismo ha obtenido con el delito previo.

(7) Por todos, QUINTERO OLIVARES en Quintero Olivares/Morales Prats, “Comentarios ...”, tomo II, p. 510 y ss.

(8) Cfr. las críticas sobre esta última agravación general, c. más ref. en GÓMEZ INIESTA, p. 1447 y ss. Este autor concluye amargamente: “(...) cuando estamos ante el blanqueo y la corrupción todas las garantías penales, aquellas que derivan del principio de legalidad, así como la proporcionalidad, se derrumban por su amplitud y ambigüedad, y, además, impulsado por la normativa internacional y europea”.

(9) Pese a la posibilidad existente de modificar los tipos de “receptación” (ayuda posdelictual para lucrar con los bienes obtenidos mediante delitos contra el patrimonio) o de “encubrimiento real” (ayuda postdelictual para ocultar los efectos del delito y ayudar así al delincuente a escapar de la persecución penal), se tomó entonces la decisión de crear una nueva figura penal. Pero el parentesco entre estas tres figuras era indiscutible. Por ello también la doctrina penal identificó el bien jurídico tutelado como la “administración de justicia”, al cual también se agrega la protección (indirecta) de los bienes jurídicos de los ilícitos previos. Sobre la ilustrativa discusión al respecto en Alemania, ver ABANTO VÁSQUEZ, “El delito de lavado de activos”, p. 30 y ss.

(10) En “La lucha contra la corrupción...”, p. 244 y s.

En Alemania y España ya hay una nueva jurisprudencia que, basándose en el nuevo tenor de su respectiva legislación (§ 261, párrafo StGB, párrafo IX, oración 3; art. 301 C.P.), han admitido esta posibilidad, interpretación que ha merecido aprobación por parte de la doctrina, aunque también críticas⁽¹¹⁾.

Por lo demás, no deja de ser alarmante el hecho de que la legislación anti-lavado muestre una distorsión paulatina de su razón de ser inicial. Las exposiciones de motivos, los considerandos de los instrumentos internacionales y las declaraciones jurídico-políticas (que aún ahora se siguen citando) de los años 90 del siglo pasado atribuían inicialmente el origen de este nuevo tipo delictivo al deseo de cortar las fuentes de financiamiento a las organizaciones criminales dedicadas al tráfico ilícito de drogas, las cuales fácilmente podían reintroducir al mercado sus enormes ganancias gracias a la ayuda de terceros (en muchos casos empresas financieras y bancarias)⁽¹²⁾. En efecto, si se trataba de esto, el lavado o blanqueo siempre debería constituir un delito distinto de aquel al cual iba vinculado (y en tal medida era defendible la existencia del tipo penal). Luego difícilmente podía encajar en el tipo de blanqueo o lavado aquella conducta postdelictual del autor del delito previo que tan solo implicare el aprovechamiento de las ventajas obtenidas con el primer delito.

Ahora bien, si las posibilidades de reprimir el “autolavado” en general son discutibles, la situación es aún más polémica cuando tal conducta se refiere a delitos que por su naturaleza parecen contradecir aún más la “lógica” de aquel tipo delictivo. Tal es el caso de la “defraudación tributaria”.

3. La defraudación tributaria: ¿obligación de declarar ingresos de origen delictivo?

El defraudador tributario es aquel que, bajo una conducta fraudulenta, no paga en todo o en parte la deuda tributaria que le compete pagar. Esta deuda surge, en el caso del “impuesto a la renta” de ingresos por actividades legales que hubiera realizado el contribuyente en el año fiscal.

Pero como es lógico, los sujetos que hubieran obtenido “ganancias” de fuente ilícita usualmente no van a querer declarar tributariamente estos “ingresos” pues con ello, aparte de incrementar su base impositiva, están reconociendo haber cometido hechos ilícitos, eventualmente delictivos, o sea, se estarían

(11) Amplias referencias sobre las posiciones mayoritariamente en contra y otras a favor del “autoblanqueo” en España pueden verse en Cristina FARALDO C., p. 181 y s., nota al pie 21. Más sobre esta discusión, incluyendo la situación en Alemania y Perú, ABANTO VÁSQUEZ, “Autoblanqueo...”, pp. 1179-1217; sobre la situación anterior, ídem, “El delito de lavado de activos”, p. 174 y ss.

(12) Cfr. QUINTERO OLIVARES en Quintero Olivares/Morales Prats, “Comentarios...”, tomo II, p. 507; más refs. ABANTO VÁSQUEZ, “El delito de lavado de activos”, p. 15 y ss.

autoinculcando. Por otro lado, al no declarar los bienes y más bien ocultarlos, es fácil usar contra ellos la imputación por delito de defraudación tributaria.

Por su parte, a la administración tributaria tradicionalmente no le interesa el origen de los ingresos ni está obligada a investigarlo; para imputar una infracción o delito tributario tan solo le basta con detectar ingresos y personas sujetas a tributación⁽¹³⁾. En favor de esta postura se ha argumentado que si bien los bienes de fuente delictiva no constituirían jurídicamente un ingreso generador de un deber de declarar, *de facto* sí incrementan el patrimonio del beneficiario que, por razones de *igualdad* frente a los demás contribuyentes, tendría que ser sometido al pago de impuestos⁽¹⁴⁾. Pero si esto debe ser así, las leyes también deben ser configuradas de tal manera que, en el cumplimiento de este deber, el sujeto no se vea perjudicado a sí mismo, p. ej. autoinculpándose al tener que declarar el origen de los bienes, por un lado, y obligando, por el otro, a las autoridades tributarias a romper el secreto tributario y denunciar los hechos a la justicia penal.

En Alemania las propias leyes tributarias, por una parte, han consagrado la “neutralidad valorativa de la tributación”, pero por otra parte suelen facilitar la declaración de todo tipo de ingresos al no exigir que se señale su origen. Esta “neutralidad valorativa” ha sido prevista expresamente el art. 40 de la Ordenanza Tributaria (AO)⁽¹⁵⁾ para efectos tributario-administrativos, y ha sido acogida también para las consecuencias penales (aunque expresamente solo para delitos aduaneros) en el art. 370, párrafo V⁽¹⁶⁾. En especial, la Ley de Impuesto a la Renta (EStG) ha previsto la posibilidad de que trabajadores dependientes (como los funcionarios públicos) puedan y deban declarar bajo el rubro “otros ingresos” todas las ganancias que no provengan de sus sueldos (art. 22, numeral 3, primera frase EStG)⁽¹⁷⁾. Esto permite que, en principio, los funcionarios públicos puedan ser abarcados por el tipo penal de defraudación tributaria (art. 370 AO) por la no declaración (fraudulenta) de sobornos. En el caso de los empresarios y demás trabajadores independientes, si bien están obligados a declarar las ventajas que obtuvieren “con motivo de la actividad empresarial” (incluyendo las que son consecuencia del pago de sobornos), la

(13) Cfr. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, p. 326 y s.

(14) También esto lo ha decidido el Tribunal Constitucional peruano en el Exp. 4985-2007-AA de 9-1-2008, y Exp. 4382-2007 de 12-11-2007, citados y criticados por SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, p. 327, p. 46.

(15) Dice el § 40 AO: “Para la imposición tributaria es irrelevante el si la conducta subsumible total o parcialmente en una ley tributaria atente contra mandatos o prohibiciones legales o contra las buenas costumbres” (traducción libre).

(16) Cfr. TIEDEMANN, p. 268, n. marg. 638.

(17) C. más refs. jurisprudenciales, GRÜTZNER/BEHR/CORDES en Momsen/Grützner, p. 1472, n. marg. 566 y s.

persecución penal podría tropezar con el entendimiento penal vigente en Alemania de la no-persecución del “titular de la empresa” (Betriebsinhaber)⁽¹⁸⁾. La única restricción que parece oponerse a una persecución penal por defraudación tributaria de “ingresos maculados” estaría en que el delito del cual provenga, por su propia naturaleza (p. ej. apropiación indebida, administración desleal) no presupongan un pacto injusto, o sea una “contraprestación”, una “renta” por algo realizado⁽¹⁹⁾.

Esto ha bastado para que el BGH niegue que en estos casos pudiera presentarse un problema de violación del principio *nemo tenetur* (sentencia del TFA en wistra 2004, p. 391 y ss.). La doctrina, sin embargo, critica esta suposición por considerarla impracticable: precisamente la falta de precisión del origen de los ingresos declarados (sobre todo si se trata de sumas elevadas) podría atraer el interés de los órganos de persecución penal. Por ello, el sistema debería ser complementado con una prohibición absoluta de aprovechamiento de prueba para brindar un auténtico respeto al principio *nemo tenetur*⁽²⁰⁾.

4. El problema: ¿concurso de delitos o concurso aparente?

En adelante nos concentraremos en la figura del *cohecho* pues, desde la perspectiva del tipo penal de lavado de activos este tipo delictivo contiene más problemas que las demás figuras: por un lado tendría que analizarse la imputación al *receptor del soborno* (el cohechador pasivo, es decir el funcionario público) así como la del *dador del soborno* (el cohechador activo); por otro lado debe considerarse cómo debería tratarse el caso cuando el soborno hubiera estado destinado a *favorecer a un tercero* (persona natural o jurídica) y este no declarara tales ingresos. Además, se tendrá que reducir el análisis a la conducta punible del “autor” del correspondiente delito de cohecho (funcionario público en el cohecho pasivo; dador del soborno en el cohecho activo),

El ejemplo básico sería el siguiente: *un funcionario público recibe por parte de una empresa diversos beneficios patrimoniales (viajes pagados, contratos ficticios con testaferros, sumas en efectivo etc.) para realizar una actividad*

(18) GRÜTZNER/BEHR/CORDES en Momsen/Grützner, p. 1472, n. marg. 568.

(19) Cfr. TIEDEMANN, p. 268, n. marg. 568. Por lo demás, muchos otros delitos podrían generar ganancias cuya falta de declaración tributaria podría llevar a la aplicación adicional del tipo (§ 370 AO), y eventualmente de lavado de dinero (§ 261 StGB) además del delito fuente (concurso real): extorsión, receptación, tráfico de drogas, etc.; cfr. c. refs. jurisprudenciales, PFLAUM, p. 1512, n. marg. 105. Pero este autor interpreta que según la regulación germana y por la naturaleza del delito tributario, nunca sería posible el “lavado” de *ahorros* supuestamente contaminados por no haber “objeto lavable” que hubiera “surgido” del delito precedente; un delito de lavado solamente sería posible en el caso concreto de la obtención fraudulenta de devoluciones y beneficios tributarios; ibídem, p. 1513, n. marg. 107.

(20) Cfr. SPATSCHECK, p. 642, col. izquierda.

funcionarial en contra de sus deberes (cohecho pasivo propio antecedente). Los hechos son descubiertos y procesados dos años más tarde cuando el funcionario ya había gastado gran parte del soborno, el cual, por cierto, en gran medida (sobre todo las cantidades de dinero) no había declarado al fisco.

Partiendo de que el delito de cohecho ha quedado probado, se plantea la cuestión de si el funcionario sobornado habría cometido también otros delitos; o sea si el delito de cohecho pasivo entraría en concurso con el de defraudación tributaria (por no haber declarado fraudulentamente los ingresos ilícitos) y el de lavado de activos (por haber convertido, ocultado, poseído, etc., bienes maculados).

Si se considerara que los actos posteriores de ocultamiento y aprovechamiento por parte de los cohechadores forman parte del agotamiento de su correspondiente delito, no podría imputárseles a estos sujetos un delito adicional de lavado de activos (por los actos de conversión, ocultamiento o traslado) o uno de fraude tributario (por la falta de declaración de dichos ingresos patrimoniales de fuente ilícita). Solamente habría un “concurso aparente” en el cual el delito previo (cohecho, en nuestro caso) absorbería al posterior. Pero si se considerara que los actos posteriores realizados por el autor ni siquiera constituyen delito alguno (p. ej. no existe un deber de tributar bienes ilícitos, por lo cual tampoco es posible cometer defraudación tributaria con ellos), ni siquiera podría hablarse de un concurso aparente, pues siempre resultará aplicable un solo tipo penal: el referido a la corrupción. Por otro lado, si se admitiera la realización de un delito posterior (p. ej. tras recibir varios sobornos estos son ocultados con ayuda de empresas-buzón creados y administrados en paraísos fiscales), tendría que debatirse si con ello habría una unidad de hechos (concurso ideal) o una pluralidad de hechos (concurso real) que llevarían, aunque de distinta forma según las reglas previstas para cada figura, a la aplicación de dos o más tipos penales y a una elevación de la pena finalmente aplicable.

II. COHECHO Y LAVADO DE ACTIVOS

Desde que los actos de corrupción generan ganancias para los intervinientes, se puede hablar de bienes *sucios* o *maculados* que, en teoría y atendiendo tan solo al texto de la ley penal, podrían ser objeto de acciones de lavado o blanqueo. Luego, en nuestro medio, al funcionario público que se ha apropiado de caudales que debía administrar según sus funciones se le podría imputar no solamente un delito de peculado (art. 378 C. P.) sino también un acto de lavado de activos en su modalidad de “conversión” (art. 1 D. Leg. 1106) cuando depositare tal dinero en su cuenta en dólares (eventualmente en un banco extranjero). Entonces, desde esta perspectiva, es decir, con la

mira puesta, en términos meramente criminológicos o en general desde una perspectiva extraña a la dogmática penal, puede afirmarse inicialmente que existiría una especie de *relación de necesidad* entre el delito de corrupción y el lavado de dinero: por un lado, los sobornos recibidos, para ser utilizados, llevarían a su previo “lavado”; por otro lado, bienes lavados, podrían ser utilizados para sobornar a funcionarios públicos⁽²¹⁾.

Ahora bien, no todos los “delitos de corrupción” ni, de manera más específica, los delitos de cohecho son capaces de generar “ganancias ilegales” en el sentido de bienes idóneos de acciones de conversión, ocultamiento, traslado, etc. porque no en todos los casos tales ganancias pueden ser valoradas como bienes patrimoniales y menos aún pueden ser transferidas, movilizadas u ocultadas⁽²²⁾. Así, podría uno preguntarse dónde estaría el “bien maculado” en un caso de malversación (art. 389 C. P.) cuando el funcionario público hubiera aplicado los bienes públicos a la realización de una obra pública distinta a aquella para la cual habían sido destinados. O cuando la contraprestación de un cohecho no consistiera en una “ventaja” que pueda ser traspuesta en un monto dinerario ni que tampoco pueda ser “lavada” en el sentido del tipo de lavado de activos (p. ej. si se admitiera una prestación sexual, una intermediación, un ascenso, un título honorífico, etc.). Otros tipos de “corrupción”, ya por sus elementos objetivos, se consuman sin necesidad de que el sujeto activo obtenga siquiera una ventaja cuantificable que pueda ser “lavada”, como p. ej. el nombramiento ilegal y la aceptación de nombramiento ilegal (art. 381), el fraude a la Administración Pública (art. 384), el tráfico de influencias (art. 400). Y, en general, en los tipos penales unilaterales como en las negociaciones incompatibles (art. 399) o el patrocinio ilegal (art. 385), los tipos no presuponen, para su consumación, la generación de un bien “maculado” que pueda ser lavado. Luego, ya por su naturaleza, solo en muy contados casos los delitos de corrupción podrán generar “ganancias” en el sentido de objetos capaces de ser lavados. En la práctica, se tendrá que esperar al agotamiento del delito o a la comisión continuada de tales delitos, o la aparición de elementos adicionales (p. ej. en un fraude a la administración o colusión para que surjan bienes capaces de ser lavados: que el funcionario público reciba a cambio alguna ventaja patrimonial posterior) con lo cual, sin embargo, ya pasaría a configurarse otro tipo penal (en el ejemplo dado: un cohecho).

Por lo demás, cuando se trata del delito de cohecho, podría ser discutible si el “soborno” consiste en un *bien susceptible de lavado* según si el análisis

(21) Afirmación que se ha vuelto lugar común entre los investigadores. Cfr. entre otros, GUIMARAY MORI, p. 137; c. más refs. GÓMEZ INIESTA, p. 1430 y s.

(22) Esto está en la naturaleza del tipo de “lavado” o “blanqueo”; por todos, QUINTERO OLIVARES, en Quintero Olivares/Morales Prats, “Comentarios...”, tomo II, p. 516.

se centra en el dador (el cohechador activo) o el receptor (el cohechador pasivo, o sea: el funcionario público). Cuando el soborno es visto desde la *perspectiva del cohechador activo*, podría tratarse de un bien que no se origina en un delito previo sino ya estaba en el patrimonio lícito de este sujeto y solamente es usado como “instrumento” del delito⁽²³⁾, pero desde la *perspectiva del cohechador pasivo*, este bien entra a su patrimonio precisamente como producto del delito, como “ganancia ilícita” (bien maculado). Por eso la jurisprudencia y buena parte de la doctrina admiten el carácter lavable del soborno recibido *según* el tipo de cohecho pasivo⁽²⁴⁾, pese a que la lista expresa de la ley penal se refiera a ambos tipos de cohecho (activo y pasivo). Por otra parte, la “contraprestación” que el cohechador activo recibe por parte del funcionario público también implica un “bien” proveniente del delito, esta vez como cohecho activo, aunque no siempre pueda ser cuantificable. El Tribunal Federal alemán (BGH) ha admitido la idoneidad de lavado de la contraprestación (prestaciones sociales indebidas) realizada por el funcionario público al cohechador activo (BGH en NJW 2008, p. 2516 y s); igualmente en el caso BGH, s. penal, tomo 53, p. 205 y ss., 208. En la obtención de un contrato público que, debido a la ayuda del funcionario público sobornado, genere sobre costos a la Administración Pública (en el sentido de mayor gasto o menor calidad de la contraprestación), tales sobre costos pueden ser la contrapartida de ganancias para el cohechador activo (en forma de ahorro de gastos o una retribución mayor de la debida), por lo tanto, las cuales podrán ser consideradas como “bien maculado”.

Ahora bien, en los dos supuestos de cohecho, pasivo y activo, es altamente polémico admitir la punibilidad por lavado de activos cuando los hechos hubieran sido realizados por los “autores” de dichos delitos (*autolavado*). Como se ha visto arriba en 1.2, el “autolavado” es polémico y tan solo parece ser admisible cuando, por un lado, el tipo penal lo describiera de manera expresa y, por otro lado, constituyera un injusto punible autónomo separable de aquél otro del ilícito previo. Así, el hecho de *recibir, poseer y disfrutar* del soborno obtenido por parte del funcionario público no puede, por sí mismo constituir un acto de “lavado”. Es decir, no puede haber “autolavado” cuando el funcionario público guardare el dinero recibido en su propia cuenta de ahorros, debajo del colchón o en una alcancía, o si comprare con él un automóvil, acciones, o pagare una deuda o la cuota inicial para comprar un departamento de lujo, porque todo esto forma parte del injusto punible del cohecho.

(23) ALTENHAIN, c. más refs. en NK-StGB, p. 546 y s., n. marg. 63, nota 195 y nota 199.

(24) Por todos HECKER c. más refs., en Schönke/Schröder, § 261, n. marg. 9 al final.

Es más discutible el que deba haber punibilidad por lavado de activos si más allá de estos casos de “aprovechamiento” del soborno obtenido, el funcionario público realiza actos de ocultamiento que demuestren claramente la *finalidad de “enmascarar” el origen delictivo de los bienes* (p. ej. depositar el soborno en una cuentas de amigos, o fingir operaciones generadoras de ganancias, etc.), e “*introducirllos al mercado*” (p. ej. invertir estas ganancias en acciones, compras, pagos de deudas, etc.) pues aquí no solamente el sujeto estaría realizando injustos adicionales de “ocultamiento” (atentado contra la administración de justicia) sino también supuestamente un atentado autónomo contra la “pureza del mercado”⁽²⁵⁾.

En efecto, si se quiere respetar el principio *ne bis in idem*, cuando se trata del propio autor del delito previo, el injusto punible no puede consistir en que él mismo entre en posesión o se aproveche de lo que ha obtenido con el delito pues ello no afecta ningún bien jurídico distinto que la doctrina hubiera establecido como protegido por el tipo penal de lavado⁽²⁶⁾. Con justicia se ha alegado que aquí existiría un paralelo con el “autoencubrimiento” impune⁽²⁷⁾: el autor del delito previo generador de ganancias ilícitas (cohecho, peculado, etc.) precisamente ha cometido el delito para disfrutar de estas para lo cual su ocultamiento forma parte de la conducta corrupta por cuyo hecho es merecedor de la pena prevista en el correspondiente tipo penal. La misma descripción de la conducta típica del cohecho presupone ya aquella conducta de “autolavado” que se le quiere achacar como delito adicional: el cohechador pasivo recibe, mantiene en su poder, utiliza, convierte, oculta, etc. los bienes constitutivos del soborno. En cambio, cuando estas conductas la realizan otros para favorecerlo a él, al funcionario público corrupto, estos sujetos son indudablemente “lavadores”. Esta es la “lógica interna” del lavado que choca frontalmente con la del “autolavado” y produce una doble punibilidad aparte de problemas de aplicación práctica⁽²⁸⁾.

Entonces, gran parte del problema interpretativo para delimitar entre la consumación del delito previo (aquí: el cohecho) y el de lavado de activos se origina ya en la mala técnica empleada por el legislador (inspirado en las recomendaciones internacionales) al describir la conducta típica; en vez de referirse a cualquier conducta de “ayuda a ocultar bienes maculados para

(25) Esta es también la interpretación restrictiva de muchos autores y parte de la jurisprudencia penal comparada. Cfr. QUINTERO OLIVARES, “La lucha contra la corrupción...”, p. 250 y ss.; Cristina FARALDO C., p. 181 y ss., 183. Un desarrollo más amplio de esta problemática c. más refs. puede consultarse en ABANTO VÁSQUEZ, en L. H. a Arroyo Zapatero (próxima publicación).

(26) Claramente en este sentido Cristina FARALDO C., p. 183.

(27) Destaca este paralelo QUINTERO OLIVARES, “La lucha contra la corrupción...”, p. 253. También ABANTO VÁSQUEZ, “El delito de lavado de activos”, p. 178.

(28) Cfr. QUINTERO OLIVARES, “La lucha contra la corrupción...”, p. 256 y s.

evitar su detección”⁽²⁹⁾, ha preferido ser exageradamente descriptivo: recibir, poseer, utilizar, ocultar, trasladar, convertir, etc. Pero, aunque pueda parecer que esta trasposición en ley nacional de mandatos internacionales mal elaborados vincularía al aplicador de la ley a darle aquella interpretación amplia que sus propulsores abiertamente declaran, lo cierto es que no es obligatorio (y tampoco puede exigirlo así el Derecho Internacional Público) violar los principios nacionales de nuestra legislación penal y constitucional⁽³⁰⁾.

Por otra parte, tampoco encaja como “autolavado” el que los tipos exijan que el (auto)lavador “conozca o deba presumir” el origen ilícito de los bienes o que tenga “la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso”. Al funcionario público corrupto no le interesa el origen del soborno que recibe (que puede provenir de un patrimonio lícito) como tampoco que se conozca o desconozca el origen de estos bienes. Y, por supuesto, menos interesa al corrupto que las autoridades de persecución penal detecten o incauten estas “ganancias”, como tampoco interesa esto a ningún otro autor de delitos. De ser así el sicario que “recibe” su pago; el secuestrador, el monto del rescate; el traficante de drogas, el traficante de armas, el contrabandista, etc., el pago por su mercancía, estarían cometiendo siempre y adicionalmente un lavado de activos. Aquí se ve claramente la “efectividad” de esta forma de aplicar el Derecho Penal: se comete un delito, pero se recibe una pena por dos delitos, de los cuales, el segundo (el lavado de activos) podría merecer una pena incluso más grave que el primero.

Por otro lado, según la redacción del tipo de cohecho, podrían resultar diferentes las cosas en el supuesto en el cual el funcionario público **recibe las ventajas para terceros** a cambio de su actividad funcional. La legislación anticorrupción, influida por recomendaciones internacionales también tiende a la “efectividad” mediante cambios en la estructura del injusto penal del tipo de cohecho; entre otras cosas, que el “soborno” pueda estar destinado enteramente a terceros sin ningún beneficio siquiera indirecto por parte del funcionario público sobornado⁽³¹⁾. En Alemania o España esta modalidad está prevista expresamente en los correspondientes tipos penales (en Alemania: §§ 331 y s.; en España: arts. 419 y ss.).

(29) Cfr., las acertadas críticas de QUINTERO OLIVARES, “La lucha contra la corrupción, pp. 251, 266 y ss.

(30) Como dice acertadamente QUINTERO OLIVARES: “(...) los mandatos internacionales se pueden cumplir incorporando solo modalidades de autoblanqueo que no pugnen con la lógica interna del Derecho penal”; al respecto también ABANTO VÁSQUEZ, “El delito de lavado de activos”, p. 269.

(31) Vacío legal observado en varias ocasiones sin que hasta ahora el legislador nacional hubiera reaccionado; cfr. c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ en “Dogmática penal...”, p. 770.

Pero en el art. 393 C. P. peruano falta aún la referencia específica a la solicitud o recepción de ventajas para o en provecho de terceros, motivo por el cual es posible interpretar que el tipo tendría que quedar limitado a casos de *provecho propio* del funcionario público, sea que este beneficio se presente de manera directa o indirecta (p. ej. que se beneficie a un pariente, a una empresa vinculada con el funcionario, etc.). Luego, si debido al tenor legal se declarara la atipicidad penal del acto corrupto por falta de “provecho propio” (p. ej. el beneficio fue para una institución caritativa), tampoco podría afirmarse que el soborno recibido para terceros consistiría en un bien “maculado”. Si, en cambio existiera un “provecho mediato” y con ello la tipicidad por “cohecho”, no habría dudas sobre el carácter maculado de estos bienes y se tendría que plantear ahora qué conducta concreta de lavado (o autolavado) habría cometido el funcionario público. Así, la recepción del bien y su ulterior tenencia o custodia podría ser visto como un hecho constitutivo de lavado de activos en el sentido del art. 2 del D. Leg. 1106 (recepción, custodia, tenencia, ocultamiento, etc.). Pero aquí sale a relucir la mala técnica del legislador peruano en los delitos de lavado: mientras que se puede admitir sin problemas un “concurso aparente” entre corrupción y lavado por en la “recepción” o “tenencia” del soborno pues estos actos son propios, inmanentes, del cohecho pasivo, no parece suceder lo mismo con el “custodiar” (actos de cuidado del bien por encargo de otro) o el “ocultar” los bienes materia del soborno⁽³²⁾, pese a que todas estas conductas son equiparadas en el referido tipo penal de lavado.

En suma, es un contrasentido, por la naturaleza de ambos delitos (cohecho y lavado de activos) que se dé cabida a un “autolavado” del funcionario público por el hecho de recibir y aprovechar sobornos a cambio de una actividad funcional determinada. Pero esto no quiere decir que un funcionario público no pueda cometer nunca *actos de lavado* en el marco de atentados contra la Administración Pública. Podría ocurrir que el funcionario público sí conocía el origen ilícito del soborno que está recibiendo de parte del interesado (p. ej. un tráfico ilícito de drogas, minería ilegal, defraudación tributaria, etc.) y que con su conducta receptora quiera ayudar al autor del ilícito previo a esconder parte del bien maculado, además de obtener él mismo ganancias ilegales. En este caso sí podemos hablar de un concurso ideal heterogéneo entre cohecho y lavado de activos (unidad de acción; atentado contra dos bienes jurídicos distintos y dos tipos penales distintos). Pero debe observarse que en nuestro país el tipo penal correspondiente de “lavado de activos” es extremadamente represivo pues se estaría ante una modalidad agravada (art. 4 D. Leg. 1106) que, incluso en su interpretación más favorable que vincula los dos niveles de agravación (en este caso, la condición de funcionario público y el tipo

(32) Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, “El delito de lavado de activos”, respectivamente, pp. 88, 90 al final.

de delito fuente)⁽³³⁾, podría llevar hasta un mínimo de prisión de veinticinco años. Además, aquí el funcionario público no estaría propiamente realizando un “autolavado” (o por lo menos no en el sentido que se discute en la doctrina) sino un “lavado” de bienes maculados que otro (el cohechador activo) ha obtenido con el delito previo.

III. COHECHO Y DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA

También se ha discutido la posibilidad de concurso (real) entre los tipos de corrupción y defraudación tributaria, pues podría considerarse que las ganancias obtenidas por los corruptos estarían sujetas a tributación y su no-declaración (fraudulenta) podría implicar la comisión de un delito tributario.

En primer lugar, la práctica demuestra que no pocas veces los órganos de justicia, incluso mucho antes de la figura de moda del “lavado de activos”, han recurrido a la imputación por **delito tributario** contra aquel de quien sospechaban haber intervenido en un delito de corrupción. Por una parte, se suele considerar que la defraudación fiscal sería un tipo acompañante o residual de los tipos de corrupción, aunque también es cierto que no pocas veces se trata simplemente de aprovechar las investigaciones fiscales para acceder a pruebas sobre el acto de corrupción atentando así contra el secreto tributario⁽³⁴⁾.

En el campo de la *gran corrupción*, en el cual las empresas pueden efectuar pagos de gran magnitud a funcionarios públicos para obtener de ellos decisiones funcionariales favorables (especialmente en el marco de la contratación pública), es prácticamente inevitable que aquellas tengan que recurrir a maniobras de defraudación fiscal para poder *generar los fondos necesarios* destinados a financiar los sobornos. Aquí existen dos modalidades según si los montos que van a constituir la “ventaja” para el funcionario público corrompido son totalmente “oscuros”, o sea *no son contabilizados* (negocios sin recibos), o si, pese a formar parte de la contabilidad, tienen como base un *negocio ficticio* (p. ej. el pago de un servicio jamás contratado) que en realidad no generan gastos para dicho negocio sino solamente permiten disponer de montos destinados a realizar actos de soborno. En ambos casos hay “engaño” a la administración tributaria pues, o bien *no se declara un ingreso* sujeto a tributación (primer caso), o *se generan gastos inexistentes* que reducen las utilidades y también del monto de la base imponible cuando se deduce el pago de impuesto (IVA, IGV) que figura en los recibos correspondientes⁽³⁵⁾.

(33) Al respecto, ABANTO VÁSQUEZ, “El delito de lavado de activos”, p. 197 y ss., 200 y s.

(34) Cfr. la evaluación de la práctica en Alemania hecha por SPATSCHECK, p. 641, columna derecha, p. 645, columna derecha.

(35) Cfr. c. más refs. y jurisprud. alemana, SPATSCHECK, p. 641 y s.

Y tanto los dadores como los receptores de sobornos (los funcionarios públicos) tratan de mantener ocultos estos montos utilizados con la consecuencia lógica de que tampoco van a querer declararlos tributariamente ni como gastos los primeros (en relación con las ganancias que obtengan de la actividad funcional corrupta) ni como rentas los segundos (en relación con los sobornos recibidos)⁽³⁶⁾.

Aquí podrían producirse *fricciones entre el Derecho Penal y el tributario*. En efecto, mientras que del lado penal existen tipos de cohecho, fraude tributario y omisión de denuncia por parte de autoridades (incluyendo a las tributarias), del lado tributario, puede existir la *obligación de declarar ingresos de fuente ilícita* al mismo tiempo que la *prohibición de deducir gastos* generados en la comisión de hechos delictivos o infracciones administrativas (graves)⁽³⁷⁾.

La práctica alemana ofrece un panorama muy interesante al respecto. En general, en **Alemania** la doctrina penal no discute en la actualidad que sea posible la pluralidad de hechos (o sea el concurso real) entre el cohecho (pasivo) y los actos que constituyan defraudación tributaria según el § 370 AO⁽³⁸⁾ (véase también arriba en 1.3). Más problemas existen con la comprobación del origen delictivo de los montos declarados para efectuar deducciones tributarias por parte de las empresas, pues, aunque la ley tributaria las prohíba, ellas — como se ha dicho arriba — son prácticamente inevitables para las empresas que quieran contar con montos importantes que les permitan sobornar a los funcionarios públicos. Por lo general, las *deducciones sospechosas* de estar vinculadas con pagos de sobornos suelen ser descubiertas en auditorías sin que hubiera habido una condena previa por cohecho⁽³⁹⁾. Pero para poder prohibir la deducción tributaria con el argumento de su proveniencia delictiva, el auditor tiene que probar esto, algo muy difícil especialmente cuando los pagos se han hecho en el extranjero. Por ese motivo, el Ordenamiento Tributario alemán (AO) prevé la posibilidad de seguir un procedimiento administrativo más sencillo para obligar al sujeto a mencionar el nombre del receptor del gasto (§ 160 AO), procedimiento que puede culminar con la prohibición de

(36) Cfr. GRÜTZNER/BEHR/CORDES, en Momsen/Grützner, p. 1471, n. marg. 563, 1472, n. marg. 566; LINARES, p. 520 y s.

(37) Esta prohibición de deducir “gastos” provenientes de la comisión de delitos o infracciones tributarias graves fue mejorada definitivamente con la nueva redacción del § 4 V 1 Nr. 10 EstG en 1999; al respecto GRÜTZNER/BEHR/CORDES, en Momsen/Grützner, p. 1469 y ss., n. marg. 555 y ss. No todos están de acuerdo con esta disposición. Así, SPATSCHECK dice: “Dentro de la estructura general tributaria, que parte de la tributación neta, esta norma constituye una ruptura sistemática. Si se tributan los ingresos por sobornos independientemente de su carácter penal, consecuentemente, para evitar una doble captación tributaria, también tiene que ser posible la deducción de gastos de la empresa o costos productivos”; p. 644, columna izquierda.

(38) C. más refs. HEINE/EISELE, § 331, p. 3234.

(39) Cfr. sobre la práctica en Alemania, SPATSCHECK, p. 644, columna izquierda.

la deducción, aunque tampoco pueda fundamentar un delito de defraudación tributaria⁽⁴⁰⁾. Ahora bien, el auditor también está obligado a comunicar a la fiscalía la sospecha de un hecho de corrupción (§ 4, quinto párrafo, 1 Nr. 10, frase 3 EStG), pero al mismo tiempo los datos contenidos en el procedimiento de auditoría están protegidos por el secreto tributario (§ 30, primer y segundo párrafos AO) y solamente puede ser levantado bajo presupuestos muy rígidos previstos en la misma ley tributaria (§ 4, quinto párrafo 5, frase 1 Nr. 10, frase 3 EStG): preparación de una guerra, alta traición, tráfico de personas grave y un delito económico grave que pueda afectar toda la economía o la confianza en la integridad de las autoridades⁽⁴¹⁾.

En lo que se refiere al delito de defraudación tributaria, por el lado del *receptor de los sobornos* (el funcionario público), él ha tenido un ingreso que, según la jurisprudencia, y en parte también la doctrina penal, debe ser declarado. Es decir, podría cometer una defraudación tributaria por la no-declaración de estos ingresos ilícitos. Aquí, el *dador del soborno* también podría responder como *cómplice* de este delito tributario pues ya la forma enmascarada del pago (p. ej. de noche en un restaurante de la autopista) podría ser vista como una contribución a dicho delito. Pero hay jurisprudencia que, desde la perspectiva del fraude tributario, considera el mero pago del soborno como una conducta neutral (empresarial) a la cual deberían sumarse aún otras circunstancias para que pueda convertirse en un acto de complicidad delictiva. No bastaría con recomendar al funcionario público invertir el dinero en un paraíso fiscal, pero sí indicar con qué persona debería contactar para ello u ofrecerse a hacerlo en su nombre⁽⁴²⁾.

El Tribunal Constitucional Alemán (TCA) ha decidido sobre un caso en el cual un empresario mantenía una cuenta de “gastos empresariales no deducibles” sin mencionar los receptores (“caja negra” o “caja de guerra”). El TCA sostuvo que, por sí misma, esta conducta no sería punible y que el hecho de no mencionar a los receptores de los montos no fundamentaría una sospecha de corrupción (privada) activa, motivo por el cual, al no mediar más motivos de sospecha, estaban prohibidas las medidas investigadoras de registro⁽⁴³⁾. O sea, estas medidas solamente podrán dictarse cuando exista una “sospecha previa”, mas no deberían servir para, recién gracias a ellas, demostrar hechos destinados a fundamentar esta sospecha. Lo mismo rige para la comunicación de sospechas de parte de la autoridad tributaria a la fiscalía: hechos poco cla-

(40) SPATSCHEK c. más refs., p. 645, columna derecha.

(41) Cfr. SPATSCHEK, p. 644, columna derecha.

(42) BGH NJW 2003, p. 2996. Al respecto SPATSCHEK, p. 642, columna derecha.

(43) Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) en NStZ-RR 2005, p. 207 y ss.

ros no dan derecho a la administración tributaria a entregar informaciones a la fiscalía para que proceda penalmente y recién se ocupe de fundamentar la sospecha; esta sospecha debe existir antes y además referirse a un delito de corrupción de gran magnitud⁽⁴⁴⁾.

En **España**, donde no se tiene una base legal tributaria específica sobre la “neutralidad valorativa de la tributación”, la discusión ha llevado a dos posiciones totalmente opuestas: la que niega que sea posible construir un delito de defraudación tributaria sobre la base de ingresos provenientes de fuentes delictivas, por un lado, y por otro lado, la que admite que ello sí sería posible y por lo tanto considera posible el concurso (ideal) entre delito de corrupción (cohecho, peculado, etc.) y delito tributario⁽⁴⁵⁾. Mientras los primeros recurren a la no obligación de declarar contra sí mismo (declarar ingresos provenientes de cohechos), los segundos recurren básicamente al principio de “igualdad tributaria” y a la “capacidad económica” existente⁽⁴⁶⁾. En la jurisprudencia hispana⁽⁴⁷⁾ parece haberse adoptado una solución intermedia pragmática que suele recalcar la obligación de tributar ingresos provenientes de delitos aunque admite un “concurso de normas” (con la “absorción” de la defraudación tributaria por parte del delito fuente) cuando los ingresos no declarados tributariamente provinieran “directamente” del delito previo (cohecho, malversación, estafa, etc.), el delito previo hubiera dado lugar a una condena en la cual se hubiera ordenado también el decomiso de las ganancias correspondientes o la devolución y que exista una investigación y acusación por la defraudación tributaria para que, en caso de falta de condena por el delito previo, se condene autónomamente por el delito fiscal⁽⁴⁸⁾. Es decir, el tipo de defraudación tributaria es empleado como *tipo residual* en relación con el tipo penal cuya realización hubiera generado las ganancias no declaradas (y que tampoco se estaría obligado a declarar).

No obstante, con esto parece haber una grave contradicción conceptual pues si ya de principio no hay obligación de declarar bienes de origen delictivo, no se entiende cómo de todos modos tenga que haber una condena cuando

(44) SPATSCHECK, p. 645, columna izquierda.

(45) Cfr. LINARES, p. 520 y ss.

(46) Sobre ambas posturas, c. más refs., cfr. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO p. 310 y s.; también brevemente LINARES, p. 521.

(47) La doctrina hispana cita en este contexto, entre otras las sentencias del Tribunal Supremo (STS) 220/1998 de 16-11-98 (caso “Nécora”), 1493/1999 de 21-12-99 (caso “Roldán”), 20/2001 de 28-3-2001 (caso “Urralburu”), STS de 20-3-2007 (caso “Los Charlines”), etc.; cfr. LINARES; también críticamente SERRANO GONZÁLES DE MURILLO, p. 317 y s., 322 y Cristina FARALDO C., p. 177 y ss.; QUINTERO OLIVARES, “La lucha contra la corrupción...”, p. 249 y s.

(48) Cfr. c. las refs. jurisprud. LINARES, p. 522 y s.

estos bienes no hubieran podido ser decomisados⁽⁴⁹⁾. Por lo visto, lo que interesa finalmente a la justicia hispana es el decomiso de estos ingresos ilícitos⁽⁵⁰⁾ aunque la fundamentación jurídica sea algo confusa y hasta contradictoria. Por un lado, no tendría que afirmarse siempre un “concurso de normas” si con las acciones corruptas y la no-declaración fraudulenta de ingresos se vieran afectados bienes jurídicos distintos: en el cohecho, el funcionamiento de la Administración Pública y en concreto la imparcialidad; en los delitos tributarios, la gestión del patrimonio estatal. Por otro lado, no hay una explicación lógica de por qué la atipicidad de la conducta (por inexistencia del deber de tributar por ingresos de fuente ilícita) deba conducir de repente a una imputación por delito tributario solamente cuando no hubiera habido un decomiso resultante de una investigación o proceso por el delito previo: si no hay un deber de tributar sobre bienes maculados no puede haber defraudación sobre estos bienes; luego tampoco puede haber siquiera concurso aparente porque no hay un segundo tipo penal (el fraude tributario) en el cual puedan ser subsumidos los hechos⁽⁵¹⁾. El decomiso de los bienes de origen delictivo no cambia nada respecto a esto; no convence la afirmación de la jurisprudencia hispana en el sentido de que el decomiso haría inviable la defraudación tributaria porque no habría rentas sujetas a tributación; si con los bienes de origen delictivo se trataba de bienes sujetos a tributación, su pérdida no tendría por qué hacer desaparecer la obligación tributaria como tampoco lo hace cuando el contribuyente oculta patrimonio lícito que luego se pierde⁽⁵²⁾. Pero para evitar el atentado contra el principio *ne bis in idem*, parte de la jurisprudencia hispana, avalada por algunos autores, insiste en querer reconocer carácter de riqueza gravable a los bienes de origen delictivo y la existencia de una defraudación tributaria cuando no fueran declarados. Sin embargo, continúa esta jurisprudencia, el delito fiscal quedaría absorbido si se hubiera producido una condena por el delito previo (sobre todo estafa, cohecho o tráfico ilícito de drogas) unido al correspondiente decomiso de los bienes; pero si no hubiera sucedido esto,

(49) También observa esta contradicción SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, p. 308 y s.; en el mismo sentido Cristina FARALDO C., p. 179. La solución adoptada por el Tribunal Supremo hispano sería una plasmación del principio de subsidiariedad (aunque en la interpretación de la ley) pues “la suerte del castigo por delito fiscal se hace depender esencialmente de las vicisitudes de la responsabilidad penal por el delito de origen y sus consecuencias accesorias”; *ibídem*.

(50) Reconociendo esto expresamente LINARES, c. más refs., p. 523. Esta autora resume la situación de la siguiente manera: “cuando el delito de cohecho como delito fuente sea objeto de sanción penal y, además, se decreta el decomiso de las ganancias derivadas del mismo o la devolución como responsabilidad civil, no cabrá ulteriormente apreciar la eventual condena por un delito de defraudación tributaria, puesto que este delito habrá quedado absorbido por el especial desvalor del cohecho”, p. 523; *ibídem*, c. más refs.

(51) A esta conclusión llega también SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, p. 325.

(52) Similar SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, p. 322.

pueden ser decomisados y devueltos a sus titulares legítimos o pasar a poder del Estado⁽⁶⁰⁾. Para este **enriquecimiento sin causa**⁽⁶¹⁾ se ha incluido últimamente en la legislación, aparte de las posibilidades civiles de restitución de los bienes, el “decomiso” o **comiso sin condena** (*non-conviction based confiscation*) que entretanto han introducido prácticamente todas las legislaciones antilavado más reconocidas⁽⁶²⁾. Mientras que las razones político-criminales puedan ser comprensibles (según la exposición de motivos de la reforma alemana de 2017: eliminar la perturbación del patrimonio para impedir el aprovechamiento de las ganancias provenientes del delito o su reinversión en actividades criminales), la fundamentación jurídico penal de la medida no deja de ser polémica pues parece chocar con los derechos constitucionales como el derecho a la propiedad y de ser oído por la justicia⁽⁶³⁾. Esta figura permite el decomiso de bienes de proveniencia desconocida, independientemente de la existencia de títulos de propiedad sobre ellos y sin la necesidad de una condena previa por delito de lavado de activos (o cualquier otro delito) para lo cual bastaría la convicción sobre la proveniencia ilícita.

IV. OTRAS POSIBILIDADES DE SUBSUNCIÓN

Finalmente, no debería dejarse de por lo menos mencionar otras posibilidades ofrecidas por la ley penal vigente. Así, es posible subsumir en otros tipos penales muchos de los hechos analizados. Para ello se tendría que repensar

(60) Esta propuesta ya la había hecho a inicios de los años 90 ARZT, quien proponía previsiones expresas en la legislación civil, “Geldwäscherei...”, p. 787. También HEINRICH se manifestaba en el mismo sentido para todo lo que implique producto del delito: “El ‘botín’ pasa a no tener valor material en las manos del autor previo. El que el Estado se lo quite por la vía del decomiso es, de algún modo, tan solo una cuestión formal”; en Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, § 29, n. marg. 8. Al mismo resultado llegan las reflexiones de SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, cuando niega el carácter de “riqueza gravable”: “(...) unas ganancias que carecen de reconocimiento jurídico, que solo se adquieren fácticamente, no generan capacidad económica contributiva, no pueden constituir riqueza gravable, dada su contingencia, esto es, la posibilidad de su pérdida a la luz de las consecuencias previstas para ellas en el ordenamiento jurídico”; c. más refs. p. 310 y ss., 315.

(61) Resulta ilustrativo lo que ha expresado el legislador hispano cuando introdujo la figura en el Código Penal de 1995 mediante la LO 1/2015: “(...) el decomiso sin condena no tiene una naturaleza propiamente penal, pues no tiene como fundamento la imposición de una sanción ajustada a la culpabilidad por el hecho, sino que es más comparable a la restitución del enriquecimiento injusto que a una multa impuesta bajo la ley penal”; cfr. FERRÉ OLIVÉ, p. 578, § 273.

(62) Al respecto, ESER/SCHUSTER en Schönke/Schröder, vor §§ 73 ff., p.1247 y s. Para España, RAMÓN RIBAS en Quintero Olivares/Morales Prats, tomo I, p. 859 y ss. Resaltan esta figura como posibilidad para decomisar bienes de origen ilícito en vez de recurrir al tipo de “defraudación tributaria” o el de “blanqueo de capitales”, Cristina FARALDO C., p. 179 y s. 184 y s.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, p. 327 y s.

(63) Cfr. c. más refs. ESER/SCHUSTER, en Schönke/Schröder, § 76a, p. 1290, n. marg. 10. Críticamente también RAMÓN RIBAS, pues considera que la medida tendría naturaleza penal (y debería ser sometida a principios penales), en Quintero Olivares/Morales Prats, tomo I, p. 862; más refs. en FERRÉ OLIVÉ, p. 578, § 273 al final.

el reproche penal y ver las cosas desde la perspectiva de la empresa o de la Administración Pública y sus respectivos patrimonios. Es decir, ver en el actuar de los representantes, directivos, gerentes, etc., de las empresas, y correspondientemente, de los funcionarios públicos un delito que atenta contra bienes jurídicos cuyo portador es, en el caso concreto, la propia empresa o institución en cuyo marco se han cometido los hechos.

Recurriendo a la práctica comparada (Alemania), se podría subsumir como *estafa* (art. 196 C. P. peruano; § 263 StGB) o fraude en la administración de personas jurídicas (art. 198 C. P. peruano; § 266 StGB) aquellos acuerdos entre funcionario público e interesados que hubieran realizado en el marco de una licitación, contratación, ejecución de contrato o modificación de este y que hubieran llevado a ganancias para una de las partes o para las dos. Esta posibilidad está abierta cuando por algún motivo los hechos no pudieran subsumirse como delito contra la Administración Pública (especialmente como colusión o fraude a la Administración Pública según el art. 384, o como cohecho según los arts. 393 y ss.), aunque sí se hubiera demostrado un *perjuicio para el patrimonio* del ente colectivo involucrado.

La *estafa* existiría cuando se pudiera afirmar que el funcionario público solo o con ayuda de los interesados (colusión) ha provocado un error en la Administración Pública (a través del funcionario competente) que llevó a una disposición y a un correspondiente perjuicio patrimonial, siempre que por cierto también pueda probarse el dolo de los intervinientes. Según las circunstancias, también desde la perspectiva de la empresa que no había autorizado las acciones de soborno de su empleado, podría tratar de subsumirse los hechos como una estafa: empleado y funcionario la habrían “engañado” para que ordenara o autorizara una disposición patrimonial que finalmente la ha perjudicado económicamente. Desde esta última posición resulta sin embargo más factible invocar una *administración desleal* de los representantes, empleados o actuantes a favor de empresas (en Perú, de manera más estrecha: un *fraude en la administración de personas jurídicas* según el art. 198 C. P., especialmente el numeral 8: “usar en provecho propio o de otro el patrimonio de la persona jurídica”) cuando, por lo menos bajo dolo eventual, el empleado hubiera arriesgado el patrimonio empresarial que debía administrar fielmente y lo hubiera perjudicado. Esta imputación no es aplicable en Perú para el caso de los funcionarios públicos porque sus conductas funcionariales que atacaren el patrimonio público se rigen sobre todo por los tipos de peculado (art. 387 C. P.) y fraude a la administración o colusión (art. 384 C. P.) mientras que en otros países (como Alemania) la imputación analizada es imprescindible pues su Código Penal no cuenta con estos tipos penales específicos y sigue un modelo distinto que admite una “administración desleal en

el ejercicio de funciones públicas” como una modalidad del amplísimo tipo de “administración desleal” o “infidelidad patrimonial”⁽⁶⁴⁾.

Por último, y en especial para la legislación penal peruana, no hay que olvidar que se tiene a disposición el dudoso tipo penal de *enriquecimiento ilícito* (art. 400 C. P.) que es capaz de cubrir precisamente aquellos casos en los que el funcionario público presentare un notable desbalance patrimonial y no pudiese explicar el origen lícito de este. En mi opinión este tipo penal es inconstitucional porque tiende a invertir la carga de la prueba e implica un delito de sospecha⁽⁶⁵⁾, motivo por el cual tampoco ha encontrado cabida en otras legislaciones y, cuando lo ha hecho (Portugal), ha sido declarado inconstitucional⁽⁶⁶⁾.

Recientemente se ha dado un importante cambio en la legislación tributaria peruana como consecuencia de la *lucha contra la corrupción*. Siguiendo recomendaciones internacionales de la OCDE, la ONU y la OEA, el D. Leg. 1522 ha incorporado en el texto único ordenado de la ley del impuesto a la renta una quincuagésima cuarta disposición transitoria y final que excluye expresamente la “deducibilidad de los pagos por cohecho” según los arts. 20 (ingresos que constituyen la renta bruta), 37 (deducciones para las rentas de tercera categoría, o sea las obtenidas por el comercio, la empresa, ganancias de capital, etc.) y 51-A (deducciones a la renta neta de fuente extranjera) de dicha ley. En esta disposición llama la atención que utilice el término “cohecho” aclarando que este abarcaría “...sus distintas modalidades reguladas en el Código Penal o en leyes penales especiales”. No utiliza el término más amplio “delito de corrupción” al cual recurre usualmente el propio legislador peruano en otros contextos. Con ello, estaría limitando la norma realmente a los tipos auténticos de cohecho activo y pasivo en todas sus modalidades excluyendo con ello otros delitos cometidos por funcionarios públicos y que suelen ser considerados “delitos de corrupción” (aunque no de “cohecho”); p. ej. la “concusión” (art. 382), la “colusión” (art. 384), el peculado (art. 387), el tráfico de influencias (art. 400), etc. Parece que hubiera sido preferible referirse de manera general a delitos de corrupción de los que sugieran ingresos patrimoniales. Incluso podría pensarse en una futura prohibición general de deducir como gastos pagos hechos en el marco de la comisión de cualquier delito.

Ahora bien, esta tibia reforma puede tener dos consecuencias interpretativas tal vez no deseadas: entender que tales bienes maculados sí eran deducibles anteriormente (con todo lo que esto implica para la interpretación de

(64) Al respecto cfr. ABANTO VÁSQUEZ, “Dogmática penal...”, p. 897 y ss., esp. 934 y ss.

(65) ABANTO VÁSQUEZ c. más refs. últimamente en “Dogmática penal...”, p. 964 y ss.

(66) En este sentido Cristina FARALDO C., c. más refs. p. 185 y s.

hechos investigados o procesados bajo el anterior régimen), y que a partir de la vigencia de la nueva norma otros bienes maculados provenientes de ilícitos distintos (desde delitos hasta infracciones administrativas) seguirían siendo deducibles. Además, esto también podría reforzar la posición de los que defienden la no-exigibilidad de declarar ingresos de proveniencia ilícita (por lo menos de delitos de corrupción): si ya se reconoce su deducibilidad esto significa que no pueden tener relevancia tributaria, la contrapartida lógica de esto es que tampoco deban ser considerados “ingresos” en sentido tributario.

V. CONCLUSIONES

- La práctica de los tribunales tiende a **sobreimputar** las conductas investigadas con la esperanza de conseguir una condena penal por los hechos de corrupción “aunque sea” como “lavado de activos” o por lo menos como “delito tributario” (“segunda línea de combate”). Y como, además, la subsunción de los hechos como una conducta de “organización criminal” ofrece ventajas procesales, también se suele recurrir a esta calificación.
- A largo plazo, la “derrota” en esta “lucha” es casi segura porque esta sobrecriminalización práctica compra el “éxito” de una imputación inicial de los hechos como muy o extremadamente graves para facilitar la investigación con medidas muy severas pagando el “precio” de la **infracción de una serie de principios penales** (*ne bis in idem*, *in dubio pro reo*, proporcionalidad, etc.). A esto se suma el antecedente que supone haber abierto camino a una interpretación de consecuencias sobrecriminalizadoras, cuyo uso y abuso no se va a limitar a los casos mediáticos de la corrupción de alto nivel. Con esto ningún ciudadano va a estar a salvo de las posibilidades de abuso que tienen en sus manos los órganos de persecución penal, aún si al final todo fuera a desembocar en absoluciones.
- En lo que respecta al **lavado de activos**, tanto el delito de cohecho como la defraudación tributaria no siempre constituyeron ilícitos previos. En nuestro país, ambos delitos (con más exactitud: “grupos de actividades ilícitas previas”) fueron incluidos en la lista recién a partir de la vigencia de la Ley 27765 (Ley contra el lavado de activos de 2002), aunque ya entonces de manera global como “delitos contra la Administración Pública” y “delitos tributarios”. Esto se ha mantenido en el texto de la ley vigente, el D. Leg. 1106 de 2011 (arts. 1 y ss., en vinculación con el art. 10), la cual también habría abierto la puerta para la punibilidad (y no solamente la “investigación penal” permitida por la ley anterior) del autor del delito previo. El art. 10 del

D. Leg 1106 dice ahora expresamente que “también podrá ser considerado autor del delito y por tanto sujeto de investigación y juzgamiento por lavado de activos quien ejecutó o participó en las actividades criminales generadoras de dinero, bienes, efectos o ganancias”.

- Por cierto, que aquí es posible argumentar de distinta manera para entender que incluso con este texto legal, no sería posible la punibilidad generalizada como lavador del “autor” del delito previo, o sea del **autolavado**. A diferencia de la legislación comparada, el texto no se refiere expresamente al “autor del delito previo” sino al “ejecutor” o “partícipe” del delito previo. Y, como es conocido en la doctrina penal, el ejecutor no siempre es autor (puede ser p. ej. instrumento de un “autor mediato” o instrumento doloso no cualificado de un intraneus). El texto solamente considera la *posibilidad* de que tal sujeto sea considerado también como “autor” del lavado de activos (“...podrá...”), lo cual avala la tesis de que existirían tan solo algunos supuestos en los que esto ocurriría. Precisamente ésta es la *tesis restrictiva* que se está abriendo paso en España y Alemania, aunque incluso a ella se le ha objetado, no sin razón, la falta de taxatividad necesaria para la punibilidad del “autolavado”. En mi opinión, sería preferible renunciar a la punibilidad del autolavado por actos de cohecho (con la salvedad del supuesto indicado en II al final) pese a que el legislador y la jurisprudencia nacionales –siguiendo fiel y acríticamente mandatos internacionales- se inclinan a favor de interpretar en el sentido de que el D. Leg. 1106 y sus últimas reformas admitirían la plena punibilidad por autolavado⁽⁶⁷⁾.
- Lo mismo tiene que ocurrir con el tipo de **defraudación tributaria** en relación con los bienes que tienen su origen en actos de corrupción. Es altamente discutible que las “ganancias” obtenidas a través un delito de corrupción (o de un delito en general) puedan ser vistas como “rentas” sobre las cuales el sujeto tenga la “obligación” de declarar bajo amenaza de persecución penal en caso de no hacerlo. Cuando se trata de delitos de corrupción, lo correcto es decomisar estos bienes, ya sea dentro del proceso penal por el delito fuente, o, si esto no fuera posible, aplicar el procedimiento de “decomiso sin condena” (en nuestro país: pérdida de dominio según el D. Leg. 1104). Solamente cuando no se tuviera conocimiento sobre el origen de los bienes patrimoniales detectados, es decir cuando tengan la condición

(67) Al respecto, polemizando con la doctrina y jurisprudencia nacionales, ABANTO VÁSQUEZ, “El delito de lavado de activos”, p. 174 y ss.

de “negros” en vez de “maculados”, es posible el procedimiento administrativo sancionador correspondiente y un eventual proceso penal por defraudación tributaria.

- También podría pensarse, como sugiere la jurisprudencia hispana, en una *aplicación subsidiaria* del tipo de lavado o del de defraudación tributaria; o sea solamente entrarían a tallar cuando la tenencia o disfrute del soborno por algún motivo no hubieran sido investigados, procesados o sentenciados como delito de corrupción (p. ej. debido a la prescripción de la acción), o lo hubieran sido de manera insuficiente (p. ej. no se incautaron todos los bienes maculados). Pero esta interpretación, aunque pueda ser defendible por política criminal para no dejar vacíos de punibilidad, no encuentra una justificación dogmática razonable: no se entiende por qué deban ser perseguidos hechos ya investigados, procesados y materia de una sentencia (aunque deficiente). Además, el funcionario público no ha lavado bienes ajenos de origen ilícito, sino ha atentado contra el correcto funcionamiento de la Administración Pública a cambio de una retribución para cuyo disfrute realizará acciones de recepción, ocultamiento y utilización impunes por sí mismas. Lo correcto sería, también aquí, tan solo proceder al decomiso de los bienes.
- Las posibilidades de **abuso**, así como la carga que supone para el ciudadano la investigación y el proceso por estos hechos, junto con la posibilidad de sufrir una serie de limitaciones a la libertad mientras dure todo esto, podrían fomentar precisamente aquello contra lo que se quiere luchar: **más corrupción**. No puede menos que suscribirse la tajante afirmación de QUINTERO OLIVARES: “La lucha contra la corrupción requiere de un armamento muy amplio, pero eso no puede llevarse al extremo de corromper el sistema jurídico”⁽⁶⁸⁾.
- La mejor solución a los problemas interpretativos que puedan derivar en infracciones a principios básicos y sobrerrepresión precisa de una **reestructuración de los tipos penales correspondientes** para abarcar mejor las maniobras que se puedan hacer con ingresos provenientes de delitos⁽⁶⁹⁾. Y en este marco, lo más urgente es coordinar, tanto en lo material como en lo procesal, la lucha contra la corrupción, el lavado de activos y la defraudación tributaria. El legislador debe tipificar clara y expresamente los (pocos) casos en los cuales se

(68) En “La lucha contra la corrupción...”, p. 263, al final.

(69) Esta exigencia también la manifiesta QUINTERO OLIVARES, “La lucha contra la corrupción...”, p. 246 y s.

presenta un injusto punible de lavado de activos cuando el autor del ilícito previo (un delito de cohecho o, en general, de corrupción) realiza acciones de “ocultamiento” o apartamiento de las posibilidades de detección de los bienes materia del delito. No puede bastar para ello cualquier acto de agotamiento o mero aprovechamiento de las ganancias ilícitas. Y si se quiere perseguir penalmente también los actos de defraudación tributaria relacionados con bienes de origen delictivo, el modelo alemán ofrece una posibilidad: la ley tributaria debería no solo introducir el principio de “neutralidad valorativa” de la tributación sino también prever mecanismos que permitan al contribuyente declarar dichos bienes sin tener que autoinculparse. Ya se vio arriba que esta vía tampoco está libre de problemas prácticos en su aplicación.

- La reciente reforma tributaria (D. Leg. 1522), al impedir la deducción de gastos derivados de “delitos de cohecho” (o sea el pago de sobornos), también permite la interpretación de denegar a tales pagos la calidad de “ingresos” en sentido tributario a su beneficiario y, llevar con ello en cuanto a este último, a excluir su obligación de tributar sobre ellos.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*, Lima, 2014; *El delito de lavado de activos*, Lima, 2017; “Autoblanqueo de capitales y su relación con la defraudación tributaria”, en: *Libro homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho Penal humanista*, Universidad de Castilla - La Mancha, diciembre 2021, volumen II, pp. 1179-1217.
- ALTENHAIN, Karsten; comentarios al § 261 StGB en: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, *Nomos Kommentar StGB* (NK), 5ta. ed., Baden Baden, 2017, pp. 516-587.
- ARZT, Gunther; “Geldwäscherei - Eine neue Masche zwischen Hehleerei, Strafreitelung und Begünstigung”, *NStZ* 1990, pp. 1-6.
- BANNENBERG, Britta; “13. Kapitel. Korruption” en: Wabnitz/Janovsky/Schmitt, *Handbuch Wirtschafts- und steuerstrafrecht*, 5ta. edición, Múnich, 2020, pp. 815-892.

- FARALDO CABANA, Cristina; “Ganancias ilícitas derivadas de la corrupción: entre el decomiso, la defraudación tributaria y el blanqueo de capitales”, *RPCP*, n°. 31, Lima, julio 2017, pp. 171-191.
- FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; *Tratado de los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social*, Valencia, 2018.
- GÓMEZ INIESTA, Diego; “Blanqueo de dinero y corrupción pública”, *Libro Homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho Penal humanista*, volumen II, Universidad de Castilla-La Mancha, diciembre de 2021, pp. 1429-1449.
- GRÜTZNER, Thomas/BEHR, Nicolai; “§ 30 Korruption - Strafrecht, Zivilrecht, Steuerrecht, Vergaberecht“, secciones I a IV (p. 1334-1469) y VI (pp. 1473-14839; en Momsen/Grützner, *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 2da. edición, Múnich, 2020.
- GRÜTZNER, Thomas/BEHR, Nicolai/CORDES; “§ 30 Korruption - Strafrecht, Zivilrecht, Steuerrecht“, sección V. (Steuerrecht), pp. 1469-1473.
- GUIMARAY MORI, Erick; “Sobre la relación existente entre los delitos de corrupción y el delito de lavado de activos”, *Foro Jurídico* 14 (2015), PUCP, Lima, pp. 133-143.
- HECKER, Bernd; comentarios al § 261 en: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, 30ma. ed., Múnich, 2019, pp. 2562-2577.
- HEINE, Günter/EISELE, Jörg; comentarios al § 263 en: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, 30ma. ed., Múnich, 2019, pp. 3214-3234.
- HEINRICH, Bernd; comentarios al § 26 (Geldwäsche), en “Artz/Weber/Herinrich/Hilgendorf, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 3ra. edición, Bielefeld, 2015.
- LINARES, María Belén; *El delito de defraudación tributaria. Análisis dogmático de los artículos 305 y 305bis del Código Penal español*, Barcelona, 2020.
- PFLAUM, Ulrich; “21. Kapitel: Steuerstrafrecht“, pp. 1477-1571, en Wabnitz/Janovsky/Schmitt, 5ta. edición, Múnich, 2020.

- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; “La lucha contra la corrupción y la pancriminalización del autblanqueo”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXVIII (extr.), 2018, pp. 241-263; “comentarios al artículo 301”, en: Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios al Código Penal español*, tomo II, 7ma. edición, Cizur Menor, 2016, pp. 505-518.
- RAMÓN RIBAS, Eduardo; comentarios a los arts. 127 a 128 (decomiso), en: Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios al Código Penal español*, tomo I, 7ma. edición, Cizur Menor, 2016, pp. 821-876.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis; “De nuevo acerca de la tributación de las ganancias de fuente delictiva”, *RPCP* n°. 27, Lima, diciembre 2015, pp. 307-328.
- SPATSCHEK, Rainer; “Die Rolle des Steuer(straf)rechts bei der Korruptionsbekämpfung“, *NJW* 2006, pp. 641-720.
- TIEDEMANN, Klaus: *Wirtschaftsstrafrecht*, 5ta. edición, Múnich, 2017.

LA JUSTIFICACIÓN DEL CONTRATO PÚBLICO Y EL CONTROL DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN COMO FORMAS DE PREVENIR LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN^(*)

ÁNGELES JAREÑO LEAL^(**)

I. AUSENCIA DE JUSTIFICACIÓN DEL CONTRATO PÚBLICO: INCIDENCIA EN CONDUCTAS DELICTIVAS

La necesidad de justificar el gasto que conlleva un contrato público se exige expresamente por la Ley de Contratos (*Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*), en su artículo 28. Los momentos de “riesgo” de delito a lo largo de todo el procedimiento y ejecución del contrato son diversos, pero, tal y como puede comprobarse analizando la jurisprudencia penal, cierto número de condenas podrían haberse evitado si previamente hubieran funcionado los mecanismos de control administrativo, supervisando la necesidad e idoneidad de las decisiones sobre el gasto público. Lo cierto es que llegan a los tribunales penales asuntos que, desde el principio, deberían ser interceptados por la propia Administración. Ello puede ocurrir cuando la decisión de contratar carece de una base sólida, es decir, se adopta sin justificación alguna que sustente la necesidad en el caso concreto.

Por supuesto que estamos ante decisiones que son difícilmente controlables cuando provienen de un órgano individual o colectivo (por ejemplo, del pleno de un ayuntamiento), pues no parece fácil “interceptar” una decisión de gasto que constituye, en definitiva, una elección de política económica. No se trata aquí de abogar por un control de la actividad decisoria (y discrecional) de la Administración, sino de postular la idea de que pueda “interceptarse” a tiempo la celebración de un contrato innecesario (o que no es idóneo), es decir, carente de justificación, a efectos de evitar el dispendio del patrimonio

(*) Este artículo ha sido publicado en la *Revista Internacional de Transparencia e Integridad (R.I.T.I.)* N° 9, 2019.

(**) Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Valencia (España).

público y, en su caso, la realización de posibles conductas delictivas. Naturalmente, esto último solo en el caso de que detrás de esta falta de justificación se esconda un acuerdo entre funcionario y particular, con el objetivo de defraudar o malversar dinero público. Pues lo cierto es que en los hechos probados de algunas decisiones jurisprudenciales puede observarse cómo, desde el momento inicial en que se adopta la decisión de contratar, tal acuerdo responde a una intención de defraudar al ente público, razón por la cual precisamente la justificación del gasto es inexistente en tales casos. Naturalmente, ello no quiere decir que siempre que se da esta circunstancia (la necesidad de contratar no ha quedado demostrada) exista detrás la preparación de una conducta delictiva, ya que muchas veces solo se tratará de un mal hacer las cosas. Pero, tanto en un caso como en otro, exista intención delictiva, o exista solo una mala gestión pública, lo cierto es que la propia Administración debería tener (¿la tiene?) la capacidad de reconocer y detener este comportamiento irregular en su fase inicial, antes de que se efectúe el gasto, el desembolso irregular del patrimonio y, en definitiva, la intervención penal.

Por su parte, el art. 28 de la Ley de Contratos (*"Racionalidad y consistencia de la contratación del sector público"*) dispone que:

1. Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.

Este precepto declara la obligación de justificar cada actividad contractual, que deberá conectarse con fines institucionales. En este sentido, la referencia expresa a que deben determinarse con precisión las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado no deja espacio para justificaciones excesivamente genéricas o vagas. Además, también se refiere el art. 28 a la "idoneidad" del contrato elegido, lo que significa que debe relacionarse el objeto perseguido con la forma contractual seleccionada. Ello quiere decir que debe existir racionalidad entre el fin que se persigue y el medio utilizado para alcanzar dicho fin, trámites que también nos remiten a la proporcionalidad como regla límite en la actividad contractual. Así, podemos encontrarnos

con una situación en la cual se justifica correctamente la necesidad de efectuar un contrato, porque debe satisfacerse un fin de carácter público, pero puede resultar un gasto irracional si el presupuesto dedicado a ello está desconectado de dicho fin, por ejemplo, porque es claramente excesivo; o porque los medios concretos utilizados para satisfacer dicho fin nada tienen que ver con el objetivo que se persigue.

En estos casos estaríamos ante el incumplimiento de lo dispuesto en el art. 28.1 de la Ley de Contratos; y debido a los controles que debe superar el gasto en la Administración tal situación debiera percibirse con cierta facilidad, para activar los mecanismos de control y censura correspondientes (ya se trate del control administrativo o del contencioso administrativo), evitando de esta forma la continuidad de un desembolso que está ayuno de justificación. Debemos convenir en que una eficiente intervención de la Administración en esta fase impediría pérdidas patrimoniales y, además, evitaría el recurso al Derecho Penal para “solucionar” el problema causado, pues en materia de contratación pública este sector del ordenamiento se está convirtiendo en *prima ratio*, en lugar de ocupar el puesto de *ultima ratio* que le corresponde. Un análisis de la jurisprudencia de los últimos años pone de relieve que el orden penal se está erigiendo, poco a poco, en el máximo controlador de la legalidad en la contratación pública, ocupando a veces un espacio que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, que es la que debe resolver sobre la nulidad de un contrato ilegal y los efectos que ello debe conllevar. La respuesta en el orden contencioso quedaría completa si, a la vez que se resuelve sobre la legalidad del contrato, se depuran responsabilidades disciplinarias (si hubiesen sido previamente planteadas por la propia Administración), en aquellos casos en que la actuación ilegal del funcionario tenga respuesta cabal y suficiente en el ámbito administrativo, lo que, a nuestro juicio, ocurre en un número de casos nada desdeñable.

1. ¿Indicio de delitos de fraudes o de malversación?

Sobre el problema de la falta de justificación del contrato y la incidencia penal que tal circunstancia puede tener, podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo N° 606/2016, de 7 de julio. Según los hechos probados, desde la consejería de una comunidad autónoma se adjudica a un empresario (compañero de partido político de los autores del hecho) el suministro de miles de sillas destinadas a varios ayuntamientos, mediante contratos negociados sin publicidad y sin que la necesidad de compra hubiese sido suscitada por dichos organismos. A efectos de hacer más creíble la (inexistente) concurrencia de

empresas, se invita a tres del mismo grupo a participar, dos de los cuales se retiran y no llegan a presentar ofertas. Además de condenarse por prevaricación (art. 404 del Código Penal), la sentencia de instancia también condena por el delito de fraudes del art. 436 del Código Penal.

Para condenar por prevaricación, el Tribunal consideró probado que la adjudicación del contrato había estado “amañada”, pues las dos empresas utilizadas eran empresas “pantalla”, que pertenecían a la misma persona y carecían de autonomía económica y presupuestaria, además de existir otras irregularidades cometidas durante el proceso de adjudicación (pago del importe antes de la entrega del material, firma del contrato en las dependencias del tercero, falsificación de una firma particular). Por tanto, se habían cometido irregularidades “esenciales” en el procedimiento de contratación, para dar entrada a la arbitrariedad, el amiguismo y el clientelismo político, vulnerando el principio de libre concurrencia. A juicio del Tribunal, el “desprecio y apartamiento voluntario de las normas administrativas que rigen la adjudicación de los contratos” justificaban el castigo por el delito de prevaricación⁽¹⁾. De esta forma se revisaba “penalmente” la forma contractual elegida en el caso concreto, declarando que la resolución injusta y arbitraria propia de la prevaricación existía por las irregularidades esenciales a lo largo del procedimiento de contratación.

Pero la parte de los hechos que tenían que ver con el delito de fraudes del art. 436 era, precisamente, la que consistía en suministrar mobiliario a los ayuntamientos sin que estos lo hubieran solicitado, es decir, realizar un gasto público carente de justificación, pues nada se había expresado sobre la “necesidad real” de tal compra masiva en ningún momento del procedimiento. Sin embargo, sobre el delito de fraudes, el Tribunal Supremo fue de opinión diferente a la Sala de instancia. A pesar de la explícita falta de justificación del contrato de compra, el hecho de que el producto fuera entregado a precio de mercado (según informe del interventor), y de que no quedara probado que el gasto fuera “absolutamente inútil”, llevó al Tribunal Supremo a absolver por este delito. Seguramente, el Tribunal hizo lo que era su exclusiva competencia: comprobar si se daban los elementos del delito del art. 436 del Código Penal. Ya que valorar la “necesidad real” del gasto público en un caso concreto

(1) Art. 404 del Código Penal: “A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años”.

es claramente competencia de otros órganos, y efectuar en un procedimiento penal una valoración de estas características es algo muy arriesgado si tenemos en cuenta, además, que el delito de fraudes del art. 436 permite llegar a los seis años de prisión⁽²⁾.

La absolución del Tribunal Supremo por este delito de fraudes se basó, fundamentalmente, en que el precio de la compra del mobiliario se había ajustado al de mercado, con lo que la base para castigar penalmente parecía neutralizarse, ya que el tipo del art. 436 exige la intención de producir un perjuicio patrimonial (estamos ante un delito de “mera actividad”, para algunos también de peligro). En este sentido, el Tribunal Supremo argumentaba que no se describía en los hechos “ningún perjuicio a la Administración pública por razón de los contratos celebrados”. Pues “el hecho de que el delito no precise de ocasionamiento de daño, y como delito de simple actividad baste el concierto con el propósito de defraudar al erario público, para consumar la infracción espresado, sin embargo, concretar objetivamente ese concierto, así como su efecto perjudicial para el erario público”.

Efectivamente, hay argumentos (adquisición a precio de mercado, gasto que no es “totalmente” inútil) que son válidos para excluir el dolo de defraudar, propio del art. 436 del Código Penal. Pero, a nuestro juicio, no es suficiente para excluir la posibilidad de otra respuesta fuera del ámbito penal si efectivamente fue cierto que el contrato careció de justificación en su origen y con su adjudicación solo se persiguió ayudar a un compañero de partido cuya empresa atravesaba dificultades económicas. Aunque hubiera existido “idoneidad” del contrato (comprar el producto ajustado a precio de mercado) en relación con la finalidad perseguida (dotar de mobiliario a los ayuntamientos), lo cierto es que el hecho mismo de suministrar dicho mobiliario era innecesario, por lo que la decisión de hacerlo carecía de justificación. En definitiva, se trataba de una resolución administrativa que podría haberse interceptado con el solo hecho de exigirse la justificación de la compra antes de poner en marcha el proceso contractual (tal y como ahora exige el art. 28 de la Ley de Contratos), pues la falta de justificación era, al parecer, algo bastante evidente, ya que los hechos fueron posteriormente denunciados. De esta forma podría

(2) Art. 436 del Código Penal: “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 dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo 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 (...)”.

haberse evitado el desembolso patrimonial innecesario y el recurso a la jurisdicción penal. Hay que recordar que el art. 28 de la Ley de Contratos declara actualmente la obligación de dejar constancia de la necesidad del contrato en la “documentación preparatoria”, antes de “iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”.

2. ¿Indicio de delitos de fraudes o de malversación?

Uno de las prácticas habituales en los diferentes organismos de la Administración pública es la de contratar servicios jurídicos externos a dichos organismos, especialmente cuando tienen que desarrollar un papel activo o pasivo en un procedimiento penal, aunque no solo en estos casos. Se trata de una práctica muy arraigada, que no había suscitado hasta tiempos recientes controversia jurídica. Pero en el contexto actual, de inflación de denuncias penales en el ámbito de la contratación pública, también sobre esta cuestión se ha pronunciado la jurisprudencia penal. En concreto, ante dicha jurisdicción se ha planteado: a) la falta de necesidad de contratar servicios jurídicos externos, a la vista de que la propia Administración cuenta con sus propios servicios jurídicos; y b) la forma concreta elegida para contratar con estos profesionales externos.

Un caso de estas características lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo N° 872/2016, de 18 de noviembre, en la que se ratifica la decisión de la Audiencia Provincial, que había entrado a analizar no solo la necesidad de la contratación de servicios jurídicos externos por parte de un ayuntamiento, comprobando que su carácter no fuera prescindible, sino que, yendo mucho más allá, y entrando casi en una actividad de control o fiscalización del gasto (que excede las competencias de un tribunal penal), también había analizado la correspondencia entre los informes efectuados por dichos servicios jurídicos y cada factura emitida, verificando que dichos trabajos se habían realizado y que el precio pagado había sido adecuado a mercado [“(...) el Tribunal analizó las facturas una por una, para terminar concluyendo que los trabajos que se reflejan en ellos realmente se hicieron y se hicieron bien, y nadie ha alegado que tales actividades profesionales no fueran necesarias”]. Por tanto, el Tribunal Penal valoró la necesidad de un contrato de servicios y de su idoneidad, después de indagar sobre la naturaleza de las actividades desarrolladas por la empresa de asesoría jurídica y después de comprobar que el precio pagado no había sido desproporcionado; esto último quedó verificado porque la propia secretaria del ayuntamiento había declarado que las condiciones del contrato eran iguales a las fijadas con la persona que anteriormente había desempeñado el mismo cometido para el ayuntamiento.

No obstante, a la vista de que uno de los informes entregados por los asesores jurídicos repetía íntegramente otro del año anterior, se planteó en este caso la interesante cuestión de si debían ser los propios jueces los que concluyeran sobre la “necesidad” real de dicho informe (el Ministerio Fiscal sostenía que dichos jueces debían ser quienes emitieran su propia valoración), o si tal valoración requería una pericial específica que juzgara el trabajo elaborado (y su precio), como sostenía el Tribunal, razón por la cual, y ante su ausencia, acabó absolviendo por el delito. En definitiva, al no constatarse que el asesoramiento jurídico contratado fuera innecesario, o que fuera adjudicado de manera ilegal, se absolvió del delito de malversación por el que acusaba el fiscal.

La primera impresión al valorar esta decisión es que un control penal tan minucioso de la legalidad de un contrato público está dejando sin espacio de actuación a la jurisdicción contencioso-administrativa. Si bien a veces no es fácil distinguir sobre la competencia que corresponde a cada orden jurisdiccional, pues si el Tribunal Penal debe decidir sobre la existencia, o no, de un delito en el proceso de contratación tendrá que indagar sobre la efectiva ejecución del contrato otorgado, al objeto de descartar que se trate de la mera apariencia formal de una actividad en realidad inexistente, o sin contenido jurídico alguno⁽³⁾.

De forma más explícita, también sobre la necesidad de contratar servicios jurídicos externos, el Auto del Tribunal Supremo de 11-5-08 declaró que tales servicios se justificaban en el caso concreto (un ayuntamiento los había contratado para actuar como acusación particular contra el anterior alcalde) porque, si bien los letrados del ayuntamiento eran expertos en Derecho Administrativo local, no lo eran necesariamente en Derecho Penal. Y para contestar al argumento acusatorio de que el ayuntamiento podría haber estado representado por el abogado del Estado, el Tribunal declaró que “este tiene una función encaminada a defender los intereses del [E]stado como ente público, que no necesariamente han de coincidir con los del [a]yuntamiento de una pequeña localidad”.

(3) En la misma sentencia se plantea la legalidad de otro contrato de asesoría económica que también había celebrado el ayuntamiento, pues, aunque la empresa externa había elaborado la parte económica del presupuesto de dicho ente, no pudo ser presentado al pleno por incumplir la normativa presupuestaria, siendo la interventora del propio ayuntamiento quien tuvo que reelaborarlo. Por dicho motivo, a juicio del fiscal se había percibido indebidamente una cantidad de dinero si bien finalmente la Sala absolvió del posible delito de malversación por este hecho.

II. LA ELABORACIÓN DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN: OTRAS FIGURAS DELICTIVAS

a) Cuando el funcionario o cargo público (en connivencia o no con terceros) desea obtener provecho propio con la adjudicación de un contrato público, una de las conductas más frecuentes es la de manipular el expediente de contratación, introduciendo o extrayendo aquello que pueda beneficiar al interesado en cuestión⁽⁴⁾. En principio, tales manipulaciones pueden ser la base para el delito de prevaricación del art. 404 del Código Penal si dan lugar a una resolución adjudicadora arbitraria. De nuevo encontramos aquí una cuestión controvertida, pues otra vez hay que recordar que la jurisdicción contenciosa es la competente para pronunciarse sobre la ilegalidad y, en su caso, las consecuencias de ello sobre el contrato. De hecho, el propio Tribunal Supremo ha declarado que “no se trata de sustituir a la jurisdicción administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la [A]dministración pública por la jurisdicción penal a través del delito de prevaricación. Es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito”⁽⁵⁾.

Sin embargo, en un número de casos creciente los tribunales penales están revisando la concreta modalidad contractual elegida, de tal manera que, de haberse optado por la que no corresponde, se condena por delito de prevaricación. De esta forma se expande el campo de aplicación del delito de prevaricación y los jueces penales “fiscalizan” el procedimiento de contratación pública. Parajustificar esta actuación, en resoluciones recientes el Tribunal Supremo señala que “(...) las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho (...) el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones”; añadiendo que para declarar la prevaricación “los trámites de los que se prescinde deben ser los ‘esenciales’, ya se trate de su incumplimiento o ya se trate de su sustitución con el fin de aparentar su cumplimiento”⁽⁶⁾.

Además de condenar por el delito de prevaricación en estos casos, los tribunales también “individualizan” otros comportamientos ilícitos llevados a cabo en la elaboración del expediente de contratación, a efectos de apreciar

(4) Si bien con la tramitación electrónica de los contratos públicos puede reducirse mucho la posibilidad de su manipulación.

(5) STS de 25-4-18.

(6) STS 3-9-14, STS 30-7-14, STS 23-6-15, STS 1-7-15, STS 7-7-16, STS 27-7-16 y STS 17-5-18.

otros tipos penales (aumentando la suma delictiva total, cuando en otras decisiones se han utilizado tales irregularidades para conformar la arbitrariedad y la injusticia propias de la prevaricación). Me estoy refiriendo ahora, en concreto, a los delitos de infidelidad en la custodia de documentos (art. 413 del Código Penal) y falsedad en documento público (art. 390 del Código Penal). A estos efectos, lógicamente, el expediente administrativo de contratación es considerado “documento público” en su conjunto (art. 26 del Código Penal).

Puede citarse como ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo N° 229/2018, de 17 de mayo, en la que, además de condenar por el delito de prevaricación, el Tribunal ratifica la condena por falsedad en documento público por los mismos hechos. Se trata de un supuesto de contratación en que, para aparentar que se cumplían las prescripciones legales en el expediente, en particular que otras dos empresas habían sido invitadas a participar en la licitación, se incorporaron ofertas de dos que, en realidad, no habían sido invitadas y que, por tanto, no habían emitido tales ofertas, sin que pudiera llegar a probarse quién las había confeccionado. Finalmente, se condena al director general como autor del delito (se trataba de una empresa pública), al ser la persona responsable de certificar “la presencia de las ofertas en el expediente, lo que respondía a la realidad de la presencia de las ofertas en el mismo”. A pesar de la dificultad de concebir una falsedad “por omisión”, el Tribunal declaró que era una cuestión intrascendente definir quién había materializado la falsedad, pues “lo relevante es que eso no era imaginable sin contar con la determinante voluntad del recurrente” (el director general de la entidad); añadiendo que “el penado sabía de tal mendacidad de las sedicentes ofertas precisamente porque hizo posible la falsificación y aportación”⁽⁷⁾.

Por otro lado, además de considerar documento público el expediente administrativo de contratación en su conjunto, como ocurre en los hechos que se acaban de narrar, en otras ocasiones también se ha considerado como tal documento público cada informe individual que pueda ser introducido en dicho expediente, cuando el informe haya sido emitido por un funcionario público. En ese sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo N° 302/2018, de 20 de junio, condena por falsedad en documento público al arquitecto técnico

(7) Art. 390 del Código Penal:

“Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad:

1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.

2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.

3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.

4.º Faltando a la verdad en la narración de los hechos”.

municipal que emite un informe que manifiesta que concurren las circunstancias técnicas que hacen necesaria la continuidad del contrato con una determinada empresa constructora (a través de una excepción licitatoria), omitiendo que, en realidad, las obras ya se encontraban ejecutadas. En este caso, también la suma de esta y otras irregularidades en el procedimiento había llevado al Tribunal a ratificar la condena por delito de prevaricación.

b) Además, también encontramos en la jurisprudencia penal la existencia de otro posible delito en el curso del procedimiento de contratación, como es el de infidelidad en la custodia de documentos (art. 413 del Código Penal)⁽⁸⁾. En este delito el objeto material puede ser el mismo que se acaba de señalar en el apartado anterior, tal y como podemos comprobar también en la citada Sentencia N° 302/2018. Según otro apartado de los hechos probados, el concejal de contratación y urbanismo del ayuntamiento “no incorporó” al expediente de contratación el informe realizado por la interventora municipal y tampoco lo llevó al pleno del ayuntamiento el día de la votación. En dicho informe se hacía constar que se había actuado por la vía de hecho en la contratación, sin seguir el procedimiento legalmente establecido y sin consignación presupuestaria suficiente para la realización del gasto.

A juicio del Tribunal, esta conducta del concejal constituía el delito del art. 413, si bien se trata, en nuestra opinión, de una decisión bastante discutible: difícilmente puede decirse que se oculta un documento cuando la propia autora (la interventora municipal) conservaba su copia (quizás también había sido registrado). Por tanto, parece que no llevarlo materialmente al pleno del ayuntamiento (en el que los propios miembros debían haberse preocupado por conocer bien el expediente de contratación, antes de emitir su voto) carece de entidad suficiente para cumplir los requisitos del tipo del art. 413 siendo, además, que dichos miembros del pleno eran conocedores de la necesidad de revisar el informe en cuestión.

También en este caso podemos apreciar en el funcionario una falta de diligencia, la cual debería haber dado lugar a la paralización de la adjudicación del contrato. Parece que el informe en cuestión debía ser exigido por quienes tenían que adoptar una decisión al respecto (los miembros del pleno), para informarse de forma completa y actuar de forma responsable en el cometido de sus funciones. En este caso, de haber cumplido dichas personas con su obligación de informarse correctamente (examinar detenidamente todo el

(8) Art. 413 del Código Penal: “La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, sustrajere, destruyere, inutilizare u ocultare, total o parcialmente, documentos cuya custodia le esté encomendada por razón de su cargo, incurrirá en las penas de prisión de uno a cuatro años, multa de siete a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años”.

expediente), antes de adoptar la decisión de adjudicar el contrato, la irregularidad de la situación podría haber sido detectada.

c) A modo de conclusión, puede afirmarse que el Derecho Penal es cada vez más “invasivo” en la revisión de la contratación pública y en ello ha tenido mucho que ver, como ya se ha señalado, la actual inflación de denuncias penales, que la jurisprudencia quizás no ha sabido reconducir a sus justos términos. Pero en ello también ha tenido mucho que ver el fracaso del Derecho Administrativo en el combate contra la corrupción en la contratación pública, a tenor de la falta de eficacia (o de la falta de instrumentos) para detectar y detener comportamientos ilegales en la fase inicial del procedimiento de contratación. Además, no basta con que la Administración anule un contrato irregular, pues tal solución carece de eficacia preventiva si no se acompaña de una sanción para el autor del hecho (funcionario o cargo público). Si se utilizara con más contundencia la capacidad sancionadora de la Administración pública, podría reducirse el uso del Derecho Penal en este campo y se evitaría un fenómeno en expansión: convertir a los jueces penales en tutores de la legalidad en la contratación pública; tarea que, como es evidente, excede de la estricta función del Derecho Penal.

NOTAS ACTUALES SOBRE CORRUPCIÓN PÚBLICA Y PRIVADA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

ANDRÉS BENAVIDES SCHILLER^(*)

I. UBICACIÓN DEL TEMA PROPUESTO

En los últimos años ha sido posible apreciar en el Derecho comparado la implementación de reformas penales en el tratamiento de la *corrupción* y sus sofisticadas técnicas de utilización. El caso español, con sus Leyes Orgánicas 5/2010 y 1/2015, es un claro ejemplo de esta realidad. Modernamente, los tipos penales que integran la denominada “corrupción pública” se aglutinan bajo el título de “delitos contra la Administración Pública” y donde el móvil principal del agente, en general, consiste en el deseo de obtener una ganancia ilícita. Hablamos de cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraude y exacciones ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y, corrupción en las transacciones comerciales internacionales.

La actividad corrupta requiere, a más del oportunista, la intervención de una o más personas, sea que cuenten con capacidad de decisión o no: he aquí la razón por la que se reconoce a la corrupción como una *realidad bifronte*, existiendo al lado del corrompido el sujeto corruptor. Mediante la complicidad en redes de poder se convierte en una de las manifestaciones más preocupantes de la criminalidad organizada. Por lo mismo, es participativa, intentando una de las partes influenciar el comportamiento de la otra a través de promesas, amenazas o prestaciones prohibidas por el sistema normativo. El objetivo que persigue esta clase de influencia es la obtención de un beneficio o una ganancia para las partes que participan en el acto o actividad espurio. Un aspecto interesante de los tiempos que corren es el hecho de no necesitar estar siempre y en todos los casos frente a un *funcionario público* para hablar de corrupción, ni siquiera para afirmar que se trata de una corrupción pública, según diremos *infra*. La silueta del privado puede estar aquí dibujada.

(*) Abogado, doctor en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad de Sevilla - España. Profesor de Derecho Penal Universidad de Valparaíso - Chile, y miembro del Centro de Investigaciones de Filosofía del Derecho y Derecho Penal (CIFDE UV).

II. INTENTO DE CONCEPTUALIZACIÓN DEL FENÓMENO. LA RESPUESTA PENAL

Como se trata de un fenómeno cuya caracterización más importante se debe a su *ubicuidad*, la búsqueda se reduce a un concepto carente de significación: lo que está en todas partes, en todas las sociedades y en todas las épocas de la historia no tiene ni puede tener otra relevancia que la que apunta a la necesidad de reducir sus manifestaciones más incómodas, en el marco de la aceptación resignada de una presencia permanente e inextinguible. Se trata de un dato de la naturaleza (humana)⁽¹⁾. Prístina brota aquí la frase de Séneca: “la corrupción es un vicio de los hombres, no de los tiempos”⁽²⁾.

No debemos olvidar que la corruptela supera con creces la gestión pública para instalarse en otros recintos o parcelas de la actividad humana. La relación de género a especie entre corrupción y delito debe tenerse presente para definir las relaciones entre las diversas instancias llamadas a frenarla, sean estas civiles, administrativas o penales. Solo cuando la violación del sistema legal **resulte intolerable** debe el legislador proceder a su tipificación delictiva penal⁽³⁾.

A primeras, la corrupción es definible como *una desviación por parte de la Administración del fundamento de la justificación política de los poderes del Estado*, que no es otro que el “interés público” legalmente determinado. La **respuesta penal** al fenómeno de la corrupción viene dada, principalmente, por la tipificación de una serie de conductas que denominamos genérica e históricamente “delitos de los funcionarios”⁽⁴⁾. Se trata de los casos más graves y lesivos, que requieren, por ende, de la protesta más contundente, severa y categórica que ofrece el ordenamiento jurídico y que se plasma en las figuras

- (1) VIRGOLINI, J., *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Editores del Puerto, 2004, p. 242; ID., “Las determinaciones políticas de la corrupción y de la exclusión social y sus consecuencias sobre la legitimidad del Derecho”, en *Delincuencia económica y corrupción* (dirs. Baigún / García), Ediar, 2006, p. 83.
- (2) Aunque pareciera apuntar contemporáneamente esta frase más bien a cierta “categoría” de hombres, pues como expresó Mario VARGAS LLOSA, a propósito del caso Montesinos en Perú, hay una ley no escrita, pero respetada y practicada desde tiempos inmemoriales, según la cual quienes pertenecen a las buenas familias, y tienen buenos apellidos, y gozan de las buenas relaciones, reciben siempre, a la larga, gobierno quien gobierne, un trato de favor. Vid. *¿El principio de la impunidad?*, en <http://www.caretas.com.pe/2002/1709/columnas/mvll.phtml>.
- (3) GONZÁLEZ, J., *Corrupción y justicia democrática*, Closas-Orcoyén, 2000, p. 99.
- (4) DEMETRIO CRESPO, E., “Corrupción y delitos contra la Administración Pública”, en *La corrupción, aspectos jurídicos y económicos* (coord. Fabián C.), Arango. Servicio de Artes Gráficas, 2000, pp. 67-68; ID., “Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración Pública”, en *Fraude y corrupción en la Administración Pública* (ed. Ferré), vol. III, Ediciones Universidad de Salamanca, 2002, pp. 182-184.

delictivas previstas por los artículos 220 y siguientes del texto incriminatorio chileno. Pero esto no significa que las mismas agoten las hipótesis de corruptela pública, pues, si bien los delitos contra la Administración Pública contienen censuras punitivas en su contra, dicho continente normativo es desbordado, debiendo acudir al Derecho Administrativo sancionador para imponer reproches proporcionales a conductas de desvío de menor severidad.

Su esqueleto descriptivo es siempre el mismo, un agente (autoridad, funcionario público o, según las más modernas legislaciones, “persona que participe en el ejercicio de la función pública”) toma una decisión respecto de un ciudadano o persona jurídica, privada o pública, de forma que tal decisión genera para el primero (o para una organización, partido o círculo al que pertenezca) una ganancia personal. De esa forma la función pública es convertida ilícitamente en una fuente de enriquecimiento privado⁽⁵⁾.

No se concibe, por lo general, que estos procesos criminales puedan desarrollarse al margen de la connivencia o de la complacencia de los poderes públicos, expresando de manera certera la desaparición de los límites nítidos entre aquello ajustado a Derecho y lo que no, en virtud de la **confusa mezcla que se verifica entre las actividades económicas y procesos políticos legales e ilegales, entre personajes criminales y empresarios, entre privados y políticos, entre objetivos de la economía y finalidades de la política**. La confusión entre público y privado constituye la característica más específica de estos géneros delictivos, traducándose este quebrantamiento de la legalidad en un efecto social distorsivo, pues ha de convertir a la ley en un recurso de acceso diferencial al bien común, pero entendido este o convertido ya en un bien privado. Por ello es inherente al concepto de corrupción la idea de *conflicto de intereses*; y esta desviación de la acción pública hacia intereses particulares ha sido definida como una “privatización” o “refeudalización” del Estado⁽⁶⁾. Huelga decir que los comportamientos corruptos en el Sector Público horadan los cimientos del edificio social construido sobre la base de los principios democráticos de representatividad, bienestar e igualdad de oportunidades.

Con el desvío de recursos por quienes están ubicados en mesetas de decisión del destino común, se debilitan las fuentes de financiamiento de programas de ayuda o mejora de las condiciones de vida de los sectores más

(5) LAPORTA SAN MIGUEL, F., “La corrupción política: introducción general”, en: *La corrupción política* (eds. LAPORTA / ÁLVAREZ), Alianza, 1997, p. 20.

(6) CUGAT MAURI, M., *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Cedecs, 1997, p. 51.

vulnerables. Se hipotecan las concretas oportunidades de modernización de la estructura pública y, finalmente, la brecha entre los anillos verticales que representan los estamentos sociales se profundiza hasta perder los últimos toda luz de esperanza.

III. CORRUPCIÓN PÚBLICA O INSTITUCIONAL Y CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES

Tratándose del ejercicio de la **función pública**, lo relevante para el legislador penal son los efectos que para los **intereses generales** pueden derivarse de su actuar y no la naturaleza jurídica de las normas que, sustantivamente, rigen su relación con el ente al que presta servicios. Se opina por la doctrina que en el Derecho Penal actual la *exigencia de responsabilidad a particulares que participan en el ejercicio de funciones públicas* (es decir, a quienes mediante un acto de la Administración se les transfieren facultades originariamente administrativas) es la respuesta del legislador penal a la necesidad de nuevas técnicas organizativas de la Administración moderna que exigen romper la rígida distinción entre el funcionario y el particular colaborador de la función pública, dando cabida a supuestos intermedios en los que el interés público reclama la incorporación de profesionales y su sometimiento a un orden general y al control penal cuando su actuación sea lesiva para aquel interés.

La importancia y el recurso a estas cláusulas penales se incrementan cuando las nuevas técnicas organizativas de la Administración así lo exigen⁽⁷⁾, toda vez que su actuar contemporáneo se caracteriza por fórmulas negociales de colaboración, acuerdos y asociaciones con empresas y entidades privadas –unido a una creciente privatización de los servicios públicos– para hacer frente a las grandes cuestiones sociales. Se trata de un cúmulo de gestiones englobadas bajo el término *gobernanza*.

En sintonía con lo antes dicho, la LO 5/2010 introdujo, por vez primera en el CP español, un caso de corrupción que, si no calificaba intramuros de la denominada “pública o institucional”, al menos lo hizo entre aquellos comportamientos con efectos perjudiciales para los intereses generales, no obstante, su triple excepcionalidad. En efecto, se trató del artículo 286 bis, cuyo *nomen iuris* original fue: “De la corrupción entre particulares”, que hizo pensar en

(7) Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 62, 1997, Edersa, p. 495. En la misma línea, NIETO Martín, A., “La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)”, en: *Revista Penal*, núm. 10, 2002, Praxis, pp. 62-65.

efectos más acotados y restringidos que aquellos inherentes a la corruptela pública; en las conductas descritas por el injusto solamente intervienen particulares; y, por último, su ubicación está fuera del respectivo título que contiene los delitos contra la Administración Pública.

Este título de imputación luego fue modificado por la mentada LO 1/2015, del 30 de marzo, pasando a denominarse “De la corrupción en los negocios” y por el que se pretende la represión de los actos encaminados a corromper a personas naturales vinculadas a entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho. Mediante estos comportamientos, que exceden de la esfera de lo privado, **se rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado y se daña la garantía de una competencia justa y honesta, problema de importancia si se repara en la repercusión que pueden tener las decisiones empresariales en los diversos sectores sociales.**

En la descripción típica objetiva figura en su número 1 lo siguiente: *El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triple del valor del beneficio o ventaja.* Mientras que su numeral 2 reza de la siguiente manera: “Con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales”.

Precisemos que la tipificación de este delito, dedicado a la corrupción en el Sector Privado, excluye de su ámbito a las empresas públicas o a las empresas privadas que presten servicios públicos, las que deberán ser sometidas a la disciplina penal del delito de cohecho; obviando, por voluntad legal, la condición formal de funcionario público que ha de tener al menos una de las partes y que reafirma la noción conceptual amplia del mismo, pues por encima de calificaciones jurídicas que correspondan por el desempeño de un trabajo, al legislador penal le debe interesar la *participación del sujeto en el*

funcionamiento de la Administración y si el mismo tiene alguna injerencia en la correcta ejecución de funciones públicas ⁽⁸⁾.

El referido artículo 286 *bis* está incrustado en un capítulo cuyo epígrafe reza *Delitos de corrupción en los negocios*, por lo que las exigencias relacionadas con la adquisición o venta de mercancías, o con la contratación de servicios profesionales, más bien comulgan con la estabilidad, correcto funcionamiento del mercado y con la defensa de los intereses generales de los consumidores, por cierto. Así como existen tipos penales que protegen a estos de la elaboración de productos alimentarios, vulnerando las normativas de salud pública, el 286 *bis* CP se preocupa de la “salud y asepsia del mercado”, de una competencia leal a través de la observancia, libre de corruptelas, de los preceptos legales reguladores del tráfico jurídico.

Nos parece, entonces, que aquí el legislador español sintonizó con aquellos ordenamientos europeos que entienden que el contenido de lo injusto de estos comportamientos viene determinado por el menoscabo de la *competencia leal* —como ocurre en Alemania⁽⁹⁾, Austria y Suiza— y no con otros países de la misma órbita (Francia⁽¹⁰⁾, Bélgica o Reino Unido) que cifran lo injusto

(8) Vid. Párrafo XIX del Preámbulo LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. BOE Núm. 152. Sec. I. Pág. 54818 (BOE-A-2010-9953). Para revisar parte importante de la génesis del artículo 286 *bis* CP, *vid.* Gili Pascual, A., “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2º época, núm. 19, 2007, UNED, pp. 245-251. Contrario al argumento aquí expuesto de noción amplia de funcionario público, *cfr.* DÍAZ y GARCÍA Conlledo, M., “El tratamiento de la corrupción en el proyecto de reforma del Código penal de 2007”, en: *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales* (coords. Arangüena / Sanz), Lex Nova, 2007, pp. 178-179.

(9) En los últimos años en Alemania, donde desde 1997 se reprime esta conducta gracias a un específico tratamiento penal y a un traslado de figuras típicas antes insertas en el artículo 12 de la “Ley de protección contra la competencia desleal” a los párrafos 299 y 300 StGB, se han descubierto una serie de casos espectaculares de corrupción privada (casos Ikea, Siemens, Volkswagen), en los que se han visto involucrados empleados de alto nivel en grandes empresas conocidas en toda Europa. Durante muchos años, estos favorecían a determinadas empresas, de las cuales recibían sobornos de distinto tipo a fin de que estas últimas obtuvieran la contratación con la empresa de los sobornados; el sobreprecio que implicaba el soborno simplemente se cargaba al precio de la obra o del servicio contratado. *Vid.* con detalle, Abanto Vázquez, M., “Delitos contra el mercado, viejas prácticas, nuevas figuras: delitos contra la libre y leal competencia”, en *Cuestiones actuales de Derecho Penal empresarial* (dirs. Serrano-Piedecadas / Demetrio C.), Colex, 2010, pp. 168-172; ID., *El tratamiento penal de los delitos contra la Administración Pública*, ARA Editores, 2005, pp. 387-413. Con referencias al caso germano, y también considerando a la competencia leal el objeto de protección, NAVARRO FRÍAS, I. / MELERO BOSCH, L., “Corrupción entre particulares y tutela del mercado”, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 4/2011, pp. 1-40; BENITO, D. / CERINA, G., “Apuntes sobre los delitos de corrupción: problemas actuales y perspectivas de reforma”, en *De los delitos y de las penas, hoy: la nueva reforma del Código Penal* (coords. Diego Díaz-Santos et al.), Ratio Legis, 2009, pp. 82-88.

(10) A la construcción germana de Derecho Público que protege la competencia leal (*Lautere Wettbewerb*) como bien jurídico supraindividual, se contraponen a nivel teórico la matriz privada del modelo galo, que deposita la incriminación de la corrupción de empleados en el marco de las relaciones laborales, esto es, en el *Code du travail*, pues se entiende que el objeto tutelado es el deber de fidelidad que vincula al trabajador con el empresario en el desempeño de su prestación. Para más detalles, *vid.* FOFFANI, L.,

de esta conducta en el dato de que el corrupto *infringe sus deberes* respecto del empresario.

IV. SITUACIÓN CHILENA

A partir de 1999 es posible constatar en Chile una atención preferente brindada al control y criminalización de conductas de corruptela pública contrarias a la probidad administrativa por parte de quienes desempeñan funciones públicas. Para tales efectos: i) ha suscrito y ratificado la Convención Interamericana contra la Corrupción (Decreto N° 1879, de 02.02.1999) y, la Convención de NN. UU. contra la Corrupción (Decreto N° 375, de 30.01.2007); ii) ha modificado la Constitución Política de la República (CPR) para elevar al mayor rango normativo el principio de probidad, recogido en su artículo 8; iii) ha dictado la Ley N° 19.653 sobre probidad administrativa, responsable de la redacción actual del citado artículo 8 CPR y de cambios en la Ley N° 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado, entre los que figura el actual artículo 52 inciso 2, por el que se prescribe que el mentado principio consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal *de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular*. Es decir, se trata de una conducta funcionaria recta, proba, eficaz y eficiente, que se corrobora por otras disposiciones constitucionales determinantes del marco de la función pública, entre las que destacamos el artículo 1 inciso 4 CPR, norma que al establecer el papel instrumental del Estado contempla que dicho rol no podría ser cumplido sino sobre la base de la juridicidad, de la responsabilidad, de la eficiencia, del control, de la racionalidad y de la probidad, pues si no fuera así, dicho deber se desnaturalizaría; y, además, iv) ha introducido durante los años 1999 (Ley N° 19.645), 2002 (Leyes N° 19.806 y N° 19.829), 2006 (Ley N° 20.088), 2009 (Leyes N° 20.341, N° 20.357 y N° 20.393), 2014 (Ley N° 20.730) y 2018 (Ley N° 21.121) reformas en el Código Penal en materia de delitos de funcionarios, asociaciones ilícitas, administración desleal de patrimonio ajeno y responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La reforma a cargo de la Ley N° 20.341, del 22.04.2009, significó –entre otras consecuencias– un notorio incremento del reproche penal a propósito del delito de fraude funcionarial (artículo 239 CP chileno), al contemplar una pena en abstracto variable según sea el monto de lo defraudado, pudiendo entonces alcanzar los diez años de privación de libertad, límite que se ha empujado hasta los quince años de encierro según la más reciente modificación del año

“La corrupción privada”, en: *Fraude y corrupción en el Derecho Penal económico europeo* (coords. ARROYO / NIETO), Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, p. 386.

2018, de la mano de Ley N° 21.121 sobre prevención, detección y persecución de la corrupción. En el año 2009 se introdujo el párrafo 9 bis, regulador del cohecho a funcionarios públicos extranjeros, que derogó los artículos 250 bis A y 250 bis B incorporados al texto por Ley N° 19.829, del 08.10.2002, para perseguir similares comportamientos (denominados entonces “sobornos a funcionarios públicos extranjeros”), ampliando el verbo rector originalmente considerado, sancionando no solamente a quien *ofreciere* o *consintiere en dar* a un funcionario público extranjero un beneficio económico, sino también a aquel que *prometiere* o *diere* un beneficio económico o de otra naturaleza.

En el año 2018 este párrafo 9 bis fue modificado en su artículo 251 bis⁽¹¹⁾, expandiéndose el contexto bajo el cual puede cometerse: a la expresión “cualesquiera transacciones internacionales” se sumó la frase “actividad económica desempeñada en el extranjero”; y también se expandió desde el punto de vista de su clasificación: pasó de ser un delito de cohecho *antecedente* (“para que el funcionario público extranjero realice una acción o incurra en una omisión”) a uno también *subsiguiente* (“por haber omitido o ejecutado un acto propio de su cargo o con infracción a los deberes de su cargo”).

Agreguemos que la reforma de 2018 volvió a incrementar las penas ya endurecidas en 2009, aumentando de cinco a diez años el límite abstracto superior de castigo. Finalmente, no obstante los cambios legislativos, esta figura delictiva sigue orientada a la obtención o mantención de cualquier negocio o ventaja indebidos en el ámbito de las transacciones internacionales y actividades económicas desempeñadas en el extranjero, tornando impune, por ejemplo, el cohecho para torturar, detener ilegítimamente, allanar irregularmente, violar secretos, etc., lo que resulta del todo extraño si se quiere lograr una verdadera colaboración internacional en materias penales que pueden apreciarse como violaciones a derechos humanos, y no únicamente la protección de intereses comerciales, propios o ajenos.

A esta nueva realidad tejida por el legislador chileno contribuyeron algunos casos judiciales de gran envergadura y connotación pública, los que demostraron a intervinientes y parlamentarios, de uno u otro bloque político, la

(11) Resulta interesante que la misma Ley N° 21.121 sobre prevención, detección y persecución de la corrupción haya incluido en su articulado el 251 sexies, norma que dispone: “no será constitutivo de los delitos contemplados en los artículos 248, 250, incisos segundo y tercero, y 251 bis aceptar, dar u ofrecer donativos oficiales o protocolares, o aquellos de escaso valor económico que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación”. Es decir, se trata de una manifestación de la *teoría de la adecuación social*, donde los usos y costumbres, así como el principio de insignificancia no solo tornan en atípicas estas conductas, sino que permiten explorar hacer uso de la norma en comento mediante *analogía in bonam partem*.

existencia de carencias en la preceptiva penal y una bajísima penalidad asignada, originalmente, a determinados comportamientos.

Por último, la Ley N° 20.393, del 02.12.2009, estableció la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de *lavado de activos* provenientes, directa o indirectamente, del narcotráfico, terrorismo, tráfico de armas, infracciones al mercado de valores y normativa bancaria, delitos contra la Administración Pública, secuestro, sustracción de menores, pornografía infantil y trata de blancas (artículo 27 Ley N° 19.913); *financiamiento al terrorismo* (artículo 8 Ley N° 18.314); y, *soborno* (tanto a funcionario público nacional como extranjero, previsto en los artículos 250 y 251 bis Código Penal, respectivamente). En 2016 se añadió el delito de *receptación* (456 bis A CP); en 2018 se agregaron las figuras penales de *negociaciones incompatibles* (240 CP), *corrupción entre particulares* (287 bis y 287 ter CP) y *administración desleal o fraudulenta de patrimonio ajeno* (470 numerales 1 y 11 CP); en 2019 se sumaron *delitos contemplados por ley 18.892*, general de pesca y acuicultura, en sus artículos 136 (introducción dolosa o culposa de agentes contaminantes en mar, ríos y/o cuerpos de agua), 139, 139 bis y 139 ter (que castigan la participación en conductas asociadas a recursos hidrobiológicos vedados, recursos bentónicos y productos derivados); en 2020 se adicionó el tipo penal previsto por el artículo 318 ter, que castiga atentados contra la *salud pública*, y aquel recogido por el artículo 14 de la Ley N° 21.227, que castiga la *obtención fraudulenta de prestaciones de desempleo*; en 2021 se anexó el ilícito recogido por el artículo 411 quáter que pena el *tráfico ilícito de migrantes y trata de personas* (debe dictarse el reglamento que refiere la Ley N° 21.325 para que tenga aplicación este tipo delictivo); y, recientemente, el 25.01.2022, mediante Ley N° 21.412, se incorporó el Título II de la Ley N° 17.798 sobre control de armas.

Este texto legal se erige como una excepción al principio *societas delinquere non potest* previsto por el artículo 58-2 del Código Procesal Penal chileno. Las personas jurídicas a las que es posible aplicar esta normativa son aquellas sociedades de Derecho Privado, tengan o no fines de lucro, y a las empresas del Estado, sean o no creadas por ley, dado que no se distinguió a su respecto.

Ahora bien, respecto del fenómeno de la corrupción privada, el breve análisis de la norma ibérica elaborado *supra* permite preguntarnos por la situación chilena en materia de protección de la competencia leal. Actualmente, su tutela proviene de una dupla de textos normativos: Ley N° 20.169 / 2007 (que “regula” la competencia desleal); y Ley 19.496 (sobre protección de los derechos de los consumidores). Ambos textos no han impedido la vulneración de este objeto de protección supraindividual, y tampoco impedirán que

siga siendo lesionado ni puesto en riesgo, toda vez que las multas previstas en contra de quienes lo atacan son, finalmente, cargadas a costos de producción, perviviendo la paradoja de resultar el individuo –supuestamente protegido y formalmente amparado por el derecho a tomar decisiones bajo los supuestos de una leal competencia– quien deba pagarlas al adquirir bienes y servicios.

Habiéndose promulgado en el año 2016 la Ley N° 20.945, que vino a perfeccionar el sistema de defensa de la libre competencia, reincorporando a la legislación nacional la figura delictiva de *colusión de precios* debido a sendos casos de interés público en el último lustro en los rubros de medicamentos, alimentos, papel higiénico y transporte, por citar algunos; hoy en día encontramos en nuestro Código Penal el párrafo 7° bis (“De la corrupción entre particulares”), que cobija los artículos 287 bis y 287 ter. Estas normas fueron tramitadas en el Congreso a propósito de una propuesta legislativa de tipos penales que buscaban sancionar conductas como las descritas a propósito del caso español, contenida en el proyecto de ley de fecha 17.06.15 (Boletín N° 10155-07, cuya iniciativa fue el Mensaje N° 500-363, posteriormente refundido con el Boletín N° 9956-07), que finalmente se transformó en la Ley N° 21.121, publicada el 20 de noviembre de 2018. Estos artículos disponen lo siguiente:

“Artículo 287 bis. El empleado o mandatario que solicitare o aceptar recibir un beneficio económico o de otra naturaleza, para sí o un tercero, para favorecer o por haber favorecido en el ejercicio de sus labores la contratación con un oferente sobre otro será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio y multa del tanto al duplo del beneficio solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta de la económica, la multa será de cincuenta a quinientas unidades tributarias mensuales.

Artículo 287 ter. El que diere, ofreciere o consintiere en dar a un empleado o mandatario un beneficio económico o de otra naturaleza, para sí o un tercero, para que favorezca o por haber favorecido la contratación con un oferente por sobre otro será castigado con la pena de reclusión menor en su grado medio, en el caso del beneficio dado u ofrecido, o de reclusión menor en su grado mínimo, en el caso del beneficio consentido. Además, se le sancionará con las penas de multa señaladas en el artículo precedente”.

Mediante un análisis de la descripción típica de ambas figuras podemos intentar identificar cuáles son los rasgos o caracteres propios de su naturaleza jurídica, muy ligada a la del cohecho, por cierto.

En efecto, estos preceptos configuran una *ley penal mixta alternativa* que describe dos modalidades, núcleos o hipótesis de comportamiento típico: la acción puede consistir en solicitar o aceptar recibir el empleado o mandatario (originalmente, el proyecto se refería de manera más específica al “director, gerente, administrador o ejecutivo principal”) un beneficio económico; o bien, dar, ofrecer o consentir en dar un tercero —a aquel empleado o mandatario— un beneficio económico.

El verbo rector **solicitar** significa estar frente a una declaración de voluntad del empleado o mandatario tendiente a pedir algo a otra persona, quien podrá **consentir** o no. Esta petición puede ser expresa o tácita, siempre que esta última se haga por medio de actos concluyentes (estirar la mano, por ejemplo). Se trata de una conducta típica monosubjetiva potencialmente plurisubjetiva.

La conducta de **aceptar** precisa de la existencia de dos personas para que pueda tener lugar: la presencia de aquel empleado o mandatario y la del tercero que **ofrece** algo. No se puede aceptar algo si previamente no hay ofrecimiento. Esto significa estar frente a un delito pluripersonal: nos estamos refiriendo a la denominada participación necesaria, pues estamos instalados frente a una construcción delictiva configurada de manera tal que para su realización es aquí imprescindible, conceptualmente hablando, de la intervención de más de una persona.

Nos parece que la ventaja que representa el **beneficio económico** no puede consistir en cualquier cifra o ganancia patrimonial, es decir, la solicitud, la aceptación o el ofrecimiento de cifras insignificantes no son aptos para configurar este delito. Debe tener alguna relevancia para motivar al empleado o mandatario a actuar en el sentido pretendido. Hablamos de una conducta que no revista suficiencia ni gravedad para considerarla penalmente relevante, donde no opera un criterio de proporcionalidad o relación de equivalencia entre la ventaja y el acto oficial para definir la conducta como de corruptela (un almuerzo, por ejemplo). Esto lleva a pensar estar frente a posibles casos de tentativa inidónea absoluta por razón del medio empleado.

Ambos tipos penales consideran situaciones de corrupción privada *antedecente* y *subsiguiente*: en el primero, el soborno se realiza antes de adoptarse el (futuro) acto correspondiente; en el segundo, el soborno o intento de soborno tiene lugar una vez que se ha producido (recompensa) el acto. En ambos casos será menester que el sujeto activo haya actuado con dolo directo, pues no es factible pedir o aceptar algo para realizar un acto o por haberlo llevado a cabo mediante dolo eventual.

Lo característico de estos tipos es que la punibilidad (merecimiento de pena) no tiene su fundamento en una transformación determinada del mundo exterior, sino en una actitud interna del autor hacia su hacer: no es la concreta peligrosidad del hecho, sino la **abstracta peligrosidad del ánimo** lo que proporciona el punto de vista decisivo para la punición de este grupo de delitos. Más precisamente, estamos frente a un delito *mutilado de dos actos*, en donde el sujeto activo realiza una acción dolosa como medio ejecutivo para una ulterior actuación del propio autor, el fin subjetivo buscado, pretendido, por este último. Se aprecia, por la doctrina, que la ejecución del primer acto debe estar dirigido a la realización del segundo y que tanto la concreción del tipo como la perfecta consumación resultan independientes de la ejecución o no de la conducta posterior, la cual no es menester que se produzca. Es decir, el tipo de delito mutilado de dos actos se consuma con la práctica de la acción básica (primer acto) descrita en la norma, siempre que el acto sea ejecutado con la finalidad subjetiva exigida en la ley, finalidad que trasciende del ámbito del dolo y que consiste en el propósito de realizar un ulterior comportamiento del propio autor

Por último, dos ideas en torno al **bien jurídico protegido** por estas figuras. Decidirse por la **protección penal de la competencia** y de terceros permite rodar por el camino marcado por las instancias supranacionales y europeas desde mediados de los años noventa, para así alejarse de conductas que comporten o puedan comportar distorsiones en la competencia leal y en los intereses tanto de los sujetos que entren en competencia como de los consumidores. Asimismo, no olvidemos que parte importante de la obligación de servir a los intereses generales no descansa únicamente en la Administración, también se apoya en la sociedad y sus entidades privadas, grupos de interés y particulares, que son llamados a colaborar con los poderes públicos para alcanzar un objetivo que es común, propio de aquellos sistemas que dicen ser un Estado social y democrático de Derecho.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, M., “Delitos contra el mercado, viejas prácticas, nuevas figuras: delitos contra la libre y leal competencia”, en: *Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial* (dirs. Serrano-Piedecabras / Demetrio C.), Colex, 2010; *El tratamiento penal de los delitos contra la Administración Pública*, ARA Editores, 2005.
- BENITO, D. / CERINA, G., “Apuntes sobre los delitos de corrupción: problemas actuales y perspectivas de reforma”, en: *De los delitos y de las penas, hoy: la nueva reforma del Código penal* (coords. Diego Díaz-Santos et al.), Ratio Legis, 2009.

- CUGAT MAURI, M., *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Cedecs, 1997.
- DEMETRIO CRESPO, E., “Corrupción y delitos contra la Administración Pública”, en *La corrupción, aspectos jurídicos y económicos* (coord. Fabián C.), Arango. Servicio de Artes Gráficas, 2000; “Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración Pública”, en *Fraude y corrupción en la Administración Pública* (ed. Ferré), vol. III, Ediciones Universidad de Salamanca, 2002.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “El tratamiento de la corrupción en el proyecto de reforma del Código penal de 2007”, en *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales* (coords. Arangüena / Sanz), Lex Nova, 2007.
- FOFFANI, L., “La corrupción privada”, en *Fraude y corrupción en el Derecho Penal económico europeo* (coords. Arroyo / Nieto), Universidad de Castilla-La Mancha, 2006.
- GILI PASCUAL, A., “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada”, en: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2º época, núm. 19, 2007, UNED.
- GONZALEZ, J., *Corrupción y justicia democrática*, Closas-Orcoyén, 2000.
- LAPORTA SAN MIGUEL, F., “La corrupción política: introducción general”, en *La corrupción política* (eds. Laporta / Alvarez), Alianza, 1997.
- NAVARRO FRIAS, I. / MELERO BOSCH, L., “Corrupción entre particulares y tutela del mercado”, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 4/2011.
- NIETO MARTIN, A., “La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)”, en *Revista Penal*, núm. 10, 2002, Praxis.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública”, en: *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 62, 1997, Edersa.

- VIRGOLINI, J., *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Editores del Puerto, 2004; “Las determinaciones políticas de la corrupción y de la exclusión social y sus consecuencias sobre la legitimidad del Derecho”, en: *Delincuencia económica y corrupción* (dirs. Baigún / García), Ediar, 2006.

¿DELITOS ESPECIALES? REDUCCIÓN DEL “CÍRCULO DE AUTORES” EN DELITOS DE INFRACCIÓN DE UN DEBER DE FOMENTO^(*)

ANDRÉS FALCONE^(**)

I. COMPETENCIA E IMPUTACIÓN EN LA TEORÍA DE LA INTERVENCIÓN DELICTIVA

El mandato principal del Derecho abstracto, luego retomado en la categoría de la eticidad, reza “sé persona y respeta a los demás como personas”⁽¹⁾, de lo que se debe inferir que el deber primero del ciudadano, en la vida en comunidad, consiste en procurarse imputabilidad y respetar a los demás. De este modo, al Estado, como garante del goce de derechos fundamentales, le compete la fijación de las esferas de libertades de los ciudadanos y sus correspondientes limitaciones, y tarea del Derecho Penal resulta el mantenimiento de la vigencia generalizada del Derecho. Para cumplir con este propósito, la teoría general del delito debe sistematizar, enfrentar y resolver dos grandes órdenes de problemas. En primer lugar, debe fijar el alcance –la medida– del deber de cooperación (*Mitwirkungspflicht*) en un determinado supuesto; esto es, debe informar al ciudadano qué debe hacer en cada circunstancia en que esté en juego el respeto al derecho fundamental de un tercero⁽²⁾. En segundo lugar, debe establecer los presupuestos –y los límites– mediante los cuales la infracción de un deber de cooperación –previamente delimitado– resulta

(*) Publicado originalmente en la Revista *InDret* 1/2020, pp. 201-253, disponible en <<https://bit.ly/3sQM0kn>>.

(**) Profesor de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Doctor y Magister *Legum* en Derecho por la Universidad de Regensburg (Alemania).

(1) HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, 1821 (ed. 1986), § 36.

(2) Debe señalarse aquí, aunque no pueda ahondarse en el tema, el simultáneo carácter interpersonal y supraindividual del delito. En efecto, esta muestra un menoscabo –consumado o intentado– a una esfera ajena de libertad y, de este modo, el autor expresa que no está dispuesto a cumplir, según el orden establecido, con los deberes de cooperación que nacen de su estatus de ciudadano. Por lo tanto, el menoscabo a la integridad de la víctima –la lesión a un derecho fundamental de su titularidad– resulta jurídico-penalmente relevante –como delito– solo si se le considera junto a la infracción de ese deber supraindividual de cooperación. Fundamental Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 82 ss.; El Mismo, *La libertad institucionalizada*, 2010, p. 127.

atribuible⁽³⁾. Así, la ciencia jurídico-penal se dedica desde antaño a la tarea de especificar y sistematizar las distintas tipologías de las llamadas *normas de comportamiento y reglas de imputación*⁽⁴⁾.

Entonces, el primero de los elementos en estudio es el que da a conocer al ciudadano cómo debe organizar su libertad para no perturbar a sus conciudadanos y, como contracara de la medalla, por qué perturbaciones debe responder y cuáles le son ajenas. Y aquí el criterio clave es la *competencia*⁽⁵⁾. La teoría de las competencias explica, por un lado, la razón o fundamento por el que a un ciudadano se le pueda siquiera exigir el respeto a la integridad de los intereses ajenos y, mediatamente, el gobierno de su conducta. Por otro lado, esta también responde a la interrogante sobre la medida en que aquel está obligado a respetar tales intereses. En el sentido expuesto, las normas de conducta poseen en la prospectiva una función de configuración, cuyo contenido reside en presentarle al ciudadano la expectativa de comportamiento que en él deposita el resto de la ciudadanía y mediante la cual se le influye y se le conmina a llevar una vida inocua para terceros⁽⁶⁾. En efecto, el establecimiento de esta norma de conducta, que favorece una organización de la propia libertad inocua para terceros, se corresponde, como se estudiará, con las exigencias del principio de legalidad, que establece que un comportamiento solo puede ser imputado –y sancionado– si estaba dispuesto legalmente⁽⁷⁾.

- (3) Ya fue expuesto acabadamente que este concepto de delito como infracción de un deber, en tanto presupuesto del correlativo deber de tolerancia –de la pena–, se basa en un sistema de libertades y no puede confundirse con modelos de fundamentación autoritaria, como el desarrollado durante el nacionalsocialismo. Confróntese con Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 96 ss. Así, sin embargo, y por todos, Hoyer, “Ciencia del Derecho Penal y nacionalsocialismo”, *Revista Penal* 23, 2009, pp. 41 ss.; Mir Puig, “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal”, en: Díez Ripollés (ed.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, 2002, p. 78; GÓMEZ MARTÍN, “Los delitos especiales y el art. 65.3 CP”, en: ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, 2014, p. 116. Que la crítica, según entiendo, carece de profundidad, se advierte con claridad a partir de que el análisis se reduce, mayoritariamente, a la identidad de los conceptos empleados y no a la fundamentación de la totalidad del sistema. La mayor confusión se advierte cuando se menciona que este modelo teórico actual “recuerda”, “hace acordar”, “se vincula”, etc. con aquel modelo totalitario.
- (4) Sobre ello, fundamental, HRUSCHKA, “Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln”, *Rechtstheorie* 22, 1991, pp. 449 ss., esp. 450; El Mismo, *Imputación y Derecho Penal*, 2009, pp. 11 ss. y *passim*; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 29 ss.; Vogel, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 31 ss. y *passim*; Mañalich, *Nötigung und Verantwortung*, 2009, pp. 23 ss.; El Mismo, “Norma e imputación como categorías del hecho punible”, *REJ* 12, 2010, pp. 169 ss.
- (5) JAKOBS, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 2a ed., 1996, p. 29; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 158 ss.; El Mismo, *Ciudadanía y Derecho Penal*, 2016, pp. 82-83.
- (6) Acerca de la expectativa social como contenido material de la norma de comportamiento, véase JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, § 1, nm. 4 ss.; El Mismo, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 2ª ed., 1996, pp. 19 ss.; Lesch, *Der Verbrechensbegriff*, 1999, pp. 184-190; El Mismo, “Intervención delictiva e imputación objetiva”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVIII, 1995, pp. 924-926; Caro John, *Das erlaubte Kausieren verbotener Taten*, 2007, pp. 77-83; Polaino-Orts, *Funcionalismo normativo*, 2014, pp. 85 ss. esp. 97-98.
- (7) Por todos, VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, p. 61.

Sin embargo, las normas de conducta poseen, en retrospectiva, también una función de medición o valoración y, en su marco, no obran como prescripciones o proscripciones, sino como momentos de evaluación de una determinada conducta, de la que resulta, deontológicamente, su aprobación (permisión) o desaprobación (prohibición) y, axiológicamente, su sindicación como comportamiento jurídicamente bueno (valioso) o malo (disvalioso)⁽⁸⁾. Las normas de conducta, según esta función, se dirigen primeramente al operador jurídico y, más específicamente, al juez, quien sopesa su cumplimiento o incumplimiento de modo *ex post facto*. La infracción de una norma de comportamiento vuelve a un ciudadano *competente* por la lesión de un derecho fundamental de otro ciudadano, lo que forma parte del *hecho*. En esta segunda función se habla de aplicación de la ley al hecho (*applicatio legis ad factum*) o, mejor, de la subsunción del hecho a la ley. Entonces, las funciones prescriptiva y retrospectiva (valorativa) de la norma de comportamiento deben entenderse como las dos caras de una misma moneda, de modo que resulte tan inconcebible prescindir de una medición como presupuesto de la aplicación de una sanción —que explique si una conducta ha sido acorde o no al sistema—, como de una tarea previa configurativa, que oriente oportunamente al virtual interviniente sobre lo que debe hacer desde el punto de vista del sistema⁽⁹⁾.

Ahora bien, las normas de conducta deben distinguirse de las reglas de imputación, las cuales solo poseen una función de retrospectiva. Estas, al igual que las normas de conducta en su función valorativa, se dirigen primeramente al juzgador, que sentencia con posterioridad al hecho. De este modo, las reglas que, para la persona imputada, son reglas de imputación, son, para aquel, normas de comportamiento en su función configurativa, que

(8) HRUSCHKA, “Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln”, *Rechtstheorie* 22, 1991, pp. 449 ss., El Mismo, *Imputación y Derecho Penal*, 2009, pp. 13-14; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 27-29. Las mencionadas funciones de configuración y de medición de la norma se corresponden, *prima facie*, con las funciones de determinación y valoración, de larga tradición doctrinal. Sobre ambas, por todos, de Silva Sánchez, *Normas y acciones en Derecho Penal*, 2003, pp. 15 ss.

(9) Confróntese con HRUSCHKA, “Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln”, *Rechtstheorie* 22, 1991, pp. 449 ss., EL MISMO, *Imputación y Derecho Penal*, 2009, pp. 13-14. Sin embargo, no debe confundirse la función configurativa de la norma con la —inaceptable— función disuasiva de la pena —prevención general negativa—. Como se analizó en otro lugar (FALCONE, “El concepto normativo de conducta jurídico-penal”, en SCHROEDER/ECKSTEIN/FALCONE (eds.), *Delitos de posesión o tenencia*, pp. 269 ss.), la función de aquella se halla en el restablecimiento de la vigencia lesionada del Derecho y el *fundamento* en el injusto cometido. En cambio, entender que el *deber ser* de la pena se encuentra en la disuasión llevaría a identificar al ciudadano, en particular, con su mera constitución psicofísica y a la ciudadanía, en general, con un “pueblo con afanes asesinos que debe ser intimidado” mediante el ejemplo avisador. Así también, citando a Binding, Lesch, “Intervención delictiva e imputación objetiva”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVIII, 1995, p. 918. En resumidas cuentas, que la norma también disuada no puede discutirse; lo que se niega aquí es que esta sea una —o la— función de la pena.

le comunican si un hecho debe ser o no imputado a un ciudadano, mediatamente y en función de su conducta, y si la realización de otra –conforme a la norma– resultaba exigible⁽¹⁰⁾. El incumplimiento de esta nueva norma de comportamiento –dirigida al juzgador– adquiere consecuencias penales a partir del tipo penal de prevaricato, según art. 269 CPArg., que conmina con pena el dictado de “resoluciones contrarias a la ley”⁽¹¹⁾. Así pues, las normas de comportamiento para el juzgador constituyen normas de sanción –en la forma de normas condicionales– que establecen bajo qué presupuestos una persona es responsable por una determinada conducta. Las normas de sanción, como se sostuvo, no están dirigidas a cualquier ciudadano, sino solo a un cuadro de funcionarios (*Rechtsstab*) y, en términos de Derecho público, contienen la habilitación para efectuar la afectación de derechos fundamentales que la pena conlleva⁽¹²⁾.

La distinción entre normas de comportamiento y reglas de imputación se basa en que una norma no puede indicar por sí misma bajo qué condiciones el agente resulta obligado por ella. De ser así, debería referirse a ella misma. Por eso, la determinación de las condiciones bajo las cuales el autor queda obligado por la norma pertenece a una instancia analítica diferenciada⁽¹³⁾, de modo que, como se afirma, “la antinormatividad es una categoría objetiva, la contrariedad a deber una categoría personal”⁽¹⁴⁾. En términos de la teoría analítica del lenguaje, en el primer caso se habla en lenguaje prescriptivo y en el segundo en lenguaje adscriptivo⁽¹⁵⁾. Esto se corresponde con la diferenciación, ya expuesta, entre establecimiento de la competencia por la afectación de un derecho fundamental *in abstracto* y la infracción de un deber de cooperación con el mantenimiento de un estado de libertades *in concreto*⁽¹⁶⁾.

(10) Confróntese con HRUSCHKA, “Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln”, *Rechtstheorie* 22, 1991, p. 450.

(11) En este sentido, y si no voy errado, las reglas de imputación frente al delito de prevaricato contribuyen con la conformación de una nueva norma de comportamiento –para otro juzgador–. Y así de modo infinito.

(12) Por todos, HRUSCHKA, “Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln”, *Rechtstheorie* 22, 1991, pp. 450 ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 27-29; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 257 ss.

(13) Este es un punto central de la distinción y, por lo tanto, un pilar del análisis. Véase, HRUSCHKA, “Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln”, *Rechtstheorie* 22, 1991, pp. 450 ss.; KINDHAUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 29 ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 57 ss.; RENZIOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, pp. 23; LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, 1999, pp. 227; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 281 ss.

(14) VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, p. 42.

(15) Fundamental MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, 2009, pp. 75-79. Véase ya VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, p. 27.

(16) PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 257 ss.; EL MISMO, *Ciudadanía y Derecho Penal*, 2016, pp. 125 ss. Similar en los resultados, VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 27-29.

Entonces, el juicio de imputación —esto es, la interpretación de un hecho que, mediante la imputación de una conducta, fundamenta la responsabilidad jurídica del autor— es un juicio definido por reglas. Las reglas de imputación indican los presupuestos bajo los cuales la imposición de la pena pública es legítima y se encuentran, en el ordenamiento jurídico penal alemán, en §§ 19 a 21 StGB (capacidad de culpabilidad), §§ 15 a 17 StGB (dolo, imprudencia y error) y § 35 StGB (estado de necesidad exculpante) y, en el ordenamiento jurídico penal argentino, en art. 34 inc. 1 alt. 1 CPArg., art. 34 inc. 1 alt. 2 CPArg. y art. 34 inc. 2 en conexión con art. 35 CPArg., respectivamente. Además, los elementos subjetivos de la justificación —y su reverso, el error— también son parte de la teoría de la imputación⁽¹⁷⁾.

Ahora bien, el modelo que se acaba de presentar presupone que el interviniente en el delito es un solo ciudadano, pero, en la generalidad de los casos, no es esto lo que ocurre. En efecto, suele ocurrir que son varios quienes resultan competentes por la lesión del derecho fundamental de un tercero. Así las cosas, en el marco del modelo analítico expuesto, resulta obligatoria la distinción entre tres momentos constitutivos en la teoría de la intervención delictiva, dos de los cuales se corresponden con la *fundamentación* de la intervención y el tercero con la decisión sobre la *calificación* de la intervención. Presupuesto de esta distinción tripartita es el abandono del concepto de autor como referencia principal en la construcción de toda la dogmática de la intervención delictiva; el concepto de *autor* es un subconcepto, secundario y analíticamente posterior respecto del más amplio y *fundamental* de *interviniente* en el delito⁽¹⁸⁾.

En un primer momento analítico (*applicatio legis ad factum*), se debe afirmar que el hecho es subsumible en la ley y que los intervinientes resultan competentes por la afectación de un derecho fundamental de un conciudadano. A partir de la función valorativa o de medición de la norma de comportamiento, se debe concluir que *el hecho delictivo les pertenece a todos los intervinientes*: todos forman parte de aquel. En este plano no existe, aún,

(17) Por todos, HRUSCHKA, “Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln”, *Rechtstheorie* 22, 1991, pp. 456 ss.; El Mismo, *Imputación y Derecho Penal*, 2009, pp. 20 ss.; Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 299 ss.; El Mismo, *Ciudadanía y Derecho Penal*, 2016, p. 127.

(18) Confróntese con Robles Planas, “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)”, *InDret*, 2, 2012, p. 2. A pesar de volver luego sobre el tema, conviene ya destacar la importancia del pensamiento de este autor en la distinción entre la fundamentación de la intervención delictiva y la calificación de las distintas formas como un momento analítico secundario. Sin embargo, entiendo que, en el marco de la fundamentación de la intervención, conviene distinguir, a su vez y como se explicará luego, entre la competencia por el hecho y su imputación.

distinción entre autores y partícipes⁽¹⁹⁾. Todos son intervinientes. De este modo, frente al homicidio, según art. 79 CPArg., la ley penal establece la norma de sanción de que “el que matare a otro recibirá una pena de 8 a 25 años de prisión”, que permite inferir que todos los intervinientes resultan competentes por la lesión del derecho fundamental a la vida de la víctima, tanto el que aprieta el gatillo, como el que sujeta a la víctima, como el que le acerca el arma y como el que ideó el plan⁽²⁰⁾.

Entonces, la norma de conducta, única y global, se compone del correspondiente tipo penal y de los distintos elementos que componen lo que moderadamente se denomina “teoría de la imputación objetiva” –riesgo permitido, prohibición de regreso e imputación del hecho a la víctima–⁽²¹⁾. Aquí, el deber negativo que deriva de la norma de comportamiento reza “no intervengas en un homicidio”. A su vez, en el mismo nivel analítico, la norma en su función valorativa posibilita el cierre del “cerco de las intervenciones” y las diferencia, a estas, del comportamiento inocuo, delimitando la conducta vinculante de la aislante⁽²²⁾. De este modo, la intervención delictiva, como expresión mancomunada de sentido, se identifica con la subsunción de un hecho (con pluralidad de intervinientes) a la ley.

(19) En este sentido, afirma VAN WEEZEL (“Intervención delictiva y garantismo penal”, ZIS 8, 2009, p. 440) que “[e]l hecho delictivo –el objeto de la imputación– es una expresión de sentido en el sistema jurídico-penal, y cuando aparecen vinculadas varias personas a ese hecho las reglas de intervención permiten determinar qué personas han expresado tal sentido delictivo en forma mancomunada. El hecho se imputa a quienes con su conducta expresan –en el lenguaje del sistema jurídico– que ese hecho les pertenece, que es por lo tanto obra y realización de su autonomía”. Y agrega: “Esto implica que no tiene sentido hablar de intervención sin tener a la vista una determinada realización típica, pero también que la prestación de su aporte por parte del interviniente –cualquiera que sea su entidad– no es el objeto de la imputación, sino un motivo para considerar al que realiza ese aporte como miembro de la ‘mancomunidad’ de los intervinientes”.

(20) Si la *imputatio facti* es un presupuesto de la *applicatio legis ad factum*, como afirman HRUSCHKA (“Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln”, *Rechtstheorie* 22, 1991, pp. 455 ss.; también en *Imputación y Derecho Penal*, 2009, pp. 20-21) y, en los resultados, también LESCH (*Der Verbrechensbegriff*, 1999, pp. 214 ss.) o si debe mantenerse la posición inversa, como parece afirmar MAÑALICH (“¿Presupone la *applicatio legis ad factum* una *imputatio facti*?”), *Enfoques penales* 3, 2018, p. 25), resulta solo relevante con fines didácticos, puesto que, en cualquier caso, del concepto de delito como infracción de un deber de cooperación se infiere que ambas categorías –competencia e imputación– son interdependientes y sistemáticamente intercambiables.

En términos coincidentes, afirma PAWLIK (*La libertad institucionalizada*, 2010, pp. 127, 133) que no existe una obligatoriedad sistemática de dar prioridad al análisis de la antijuridicidad frente al de la culpabilidad, como entiende la posición mayoritaria, sino que la cuestión del orden de análisis es meramente didáctica e irrelevante para la teoría del delito.

(21) Véase JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 26 ss.; EL MISMO, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, 1996, pp. 46 ss. Confróntese con PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 174 ss.; EL MISMO, *Ciudadanía y Derecho Penal*, 2016, pp. 85 ss.

(22) Fundamental LESCH, *Das Problem der Sukzessiven Beihilfe*, 1992, pp. 184 ss.

Ahora bien, ya en el marco de la *imputatio*, la determinación de a quiénes “pertenece” el hecho –no *in abstracto*, sino ya *in concreto*– es propiamente un momento de la imputación. Aquí, a cada interviniente en particular se le imputa una determinada intención o voluntad; a su vez, a partir de esa intención, una determinada acción y, nuevamente, a partir de esa acción, un determinado hecho⁽²³⁾. Esta determinación implica que el hecho total no le pertenece a un único ciudadano, sino a varios y resulta completamente irrelevante, en el marco de esta adscripción, que el tipo penal se realice, en todo o en parte, de propia mano. *En la intervención delictiva siempre existe un momento de representación* y esto que Kindhäuser⁽²⁴⁾, Puppe⁽²⁵⁾ y Haas⁽²⁶⁾ advierten en el marco de la coautoría es también aplicable a la participación. El coautor representa tanto el aporte del otro coautor –que no realiza él mismo–, como el del partícipe que le asiste o lo incentiva, de modo que resulta idéntico el fundamento de la responsabilidad para el autor como para el partícipe⁽²⁷⁾. Por más mínimo que sea el aporte, si es de contenido vinculante –imputación objetiva–, forma parte del proyecto delictivo de los demás intervinientes, de modo que la realización formal del tipo, por el o los hombres de adelante, no se manifiesta como algo puramente arbitrario para el o los hombres de atrás, sino que también es imputable a su conducta (mediatamente)⁽²⁸⁾.

En efecto, en caso de intervención delictiva, no puede hablarse válidamente de un *único comienzo de ejecución del hecho* jurídico-penalmente relevante, sino que cada interviniente comienza a realizar su conducta y, a partir de la pérdida del control del propio aporte, comienza *su* tentativa. Esto, como es sabido, impide distinguir conceptualmente entre tentativa de autoría y de participación, lo que, por un lado, es compatible con arts. 42-44 CPArg. y, por otro lado, es consecuencia lógica de la indistinción entre el injusto del

(23) Fundamental ya RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1903, pp. 81 ss.; actualmente, correcto KINDHÄUSER “Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft”, en BOHNERT (ed.), *FS-HOLLERBACH*, 2001, p. 655. Por ello resulta relevante dejar en claro que, a diferencia de lo que afirma VOGEL (*Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 90-91), no es cierto que varios intervinientes –para él, varios coautores– cometan *una única acción*, sino que cada interviniente comete su propia conducta y, en virtud de ella y en función de la representación –como momento de imputación–, se vuelve responsable (en esta instancia) por el hecho todo.

(24) KINDHÄUSER, “Handlung- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft”, en BOHNERT (ed.), *FS-Hollerbach*, 2001, p. 655.

(25) PUPPE, “Die Architektur der Beteiligungsformen”, *GA*, 1993, pp. 521 s.

(26) HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*, 2008, pp. 113 ss.

(27) Sobre ello ya FALCONE, *La caída del dominio del hecho*, 2017, pp. 88 ss.

(28) Confróntese con ROBLES PLANAS, “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)”, *InDret* 2, 2012, p. 2.

autor y del partícipe⁽²⁹⁾. Hay intervención, entonces, siempre que se realice de modo no permitido un tramo del hecho delictivo, sin distinguir, en los delitos de infracción de deber general, entre una participación “principal” y otra “accesoria”. Por consiguiente, la ejecución es común a todos, de modo que no deben vincularse automáticamente los conceptos de autoría y ejecución. También un partícipe puede dar comienzo a la ejecución del delito⁽³⁰⁾.

Las capacidades de conducta de cada interviniente (incluyendo el conocimiento de los elementos del tipo objetivo –dolo–) no pertenecen al hecho, sino a cada interviniente en particular, por lo que no existe tal cosa como un “hecho doloso”. Dolosa o impudente es una conducta y el hecho total puede estar constituido, simultáneamente, por conductas dolosas y culposas. Entonces, la intervención en el delito no depende de la existencia de un pacto de intervención, sino que se da normativamente a partir de una división objetiva –funcional– del trabajo, de modo que resulta del todo desacertada tanto la teoría subjetiva de la autoría como la teoría del dominio del hecho en aquello de exigir la finalidad como momento de la autoría⁽³¹⁾. Lo mismo vale para el error

(29) *In extenso* FALCONE, *La caída del dominio del hecho*, 2017, pp. 90 ss. Similar, en los resultados, SANCINETTI, *Ilicito personal y participación*, 2ª ed., 2001, pp. 61 ss.

(30) Confróntese con ROBLES PLANAS, “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)”, *InDret* 2, 2012, p. 5, quien, sin embargo, distingue entre tentativa de participación (impune) y de autoría (punible), siempre que opere antes o después del inicio de la ejecución del hecho. Y esto porque el modelo de este autor diferencia entre autoría y participación, ya en la teoría de la imputación.

(31) Por ello, en el modelo de intervención delictiva finalista –regido principalmente por la teoría del dominio del hecho–, tanto para el delito omisivo como para el imprudente, debería regir un concepto extensivo de autor, puesto que el único fundamento del concepto restrictivo de autor sería el dominio del hecho y este requeriría una acción final.

En este sentido, si bien el argumento más superficial reza que, mediante una omisión y una conducta imprudente, no se puede dominar “absolutamente nada” (cfr. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9a ed. 2015, pp. 462 ss., 773), lo cierto es que la razón de este impedimento tenía su fundamento más profundo en la teoría de las normas concebida por KARL BINDING (*Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 4ª ed., 1922, pp. 108 ss.). Así, sería imposible dominar el hecho sin el ejercicio final de la voluntad, de modo que el control sobre el suceso debía corresponderse con la última intención del agente y la finalidad, tal y como la había concebido BINDING, no podía hallarse en el delito omisivo, puesto que la finalidad radicaba en la acción y la omisión no era concebible *per se*, sino solo como omisión de una acción. Más clara era la ausencia de finalidad en la conducta imprudente: la exclusión del dolo se basaba, justamente, en que el autor no incluiría en su intención la realización de los distintivos elementos del delito.

Sin embargo, estos posicionamientos han perdido actualidad. Así, la dogmática penal postfinalista no tiene reparos en divorciarse, en este punto, de la estrechez del concepto de finalidad en la teoría de las normas de BINDING, para reconocer la intervención delictiva dolosa en el delito omisivo (ej.: quien por teléfono incita al conductor del automóvil a no detenerse a socorrer a la persona desamparada en el medio del camino, según art. 108 en conexión con art 45 ora. 2 CPArg.). Algo similar ocurre con la admisión de la intervención delictiva en el delito imprudente, la que no siempre puede subsumirse en casos de autoría mediata (ej.: ROXIN (*Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, pp. 170 ss) ofrece el supuesto en el que el farmacéutico otorga a la esposa un veneno mortal para que suministre a su marido, suponiendo que ella pretende terminar con su vida, lo que no es cierto –complicidad en un delito imprudente, sin conocimiento de la propia autoría–).

de derecho y las causales de exculpación. En caso de confirmarse alguno de estos óbices para la imputación –inimputabilidad *stricto sensu*, error, exculpación– nada obsta, claro está, a que prosiga el análisis de la incumbencia del propio autor por su incapacidad al momento de realización de la conducta⁽³²⁾.

Finalmente, se sostuvo que, luego de la delimitación de la competencia del interviniente y de la imputación del hecho (total) a él –en función de su conducta–, existe un tercer momento analítico, en el marco de la teoría de la pena, que discrimina *cuantitativamente* entre aportes principales y secundarios. En este tercer momento de análisis, lo que se pone bajo lupa no es la fundamentación de la responsabilidad, sino la valoración de la clase de intervención, para lo que debe atenderse a la magnitud de la configuración del concreto hecho que haya llevado a cabo el interviniente en cuestión⁽³³⁾. En efecto, los concretos factores relevantes para la medición de la pena del interviniente son complejos (y no pueden ser tratados en profundidad aquí), pero se afirmará que se trata, en primer lugar, de tener en cuenta el injusto personal de cada interviniente en su relación con el hecho colectivo. Así, art. 41 en conexión con art. 40 CPArg. establece que, a la hora de la determinación de la pena, debe tomarse especialmente en cuenta “la participación que haya tomado en el hecho” el interviniente⁽³⁴⁾. En este sentido, Schmidhäuser⁽³⁵⁾ identifica dieciséis elementos –objetivos y subjetivos– que deben ser tenidos en cuenta para evaluar el aporte del interviniente. Entre las circunstancias objetivas, el autor menciona la presencia en el lugar del hecho, la proximidad temporal entre la aportación del sujeto y el resultado, la importancia de la contribución para la producción del resultado, la magnitud del dominio del acontecimiento, la intensidad de la preparación del hecho, y la sustituibilidad del interviniente. Entre las circunstancias subjetivas, Schmidhäuser menciona el interés inmediato o mediato en el hecho, su planificación, la elección de su objeto, la importancia personal en comparación con otros intervinientes, la subordinación libre o no libre de la voluntad propia a la decisión de otro y el acuerdo sobre la forma de repartir el botín⁽³⁶⁾.

(32) HRUSCHKA, “Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf”, *ZStW*, 96, 1984, pp. 661 ss.; MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, 2009, pp. 67-74 ss.

(33) ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 124-125.

(34) Confróntese con ROBLES PLANAS, “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)”, *InDret* 2, 2012, pp. 6-9.

(35) SCHMIDHÄUSER, *AT*, 2ª ed., 1975, cap. 14 n.m. 57 ss. Aportan, también, criterios cuantitativos de distinción, entre otros, LESCH, “Intervención delictiva e imputación objetiva”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVIII, 1995, p. 946 ss.; ROBLES PLANAS, “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)”, *InDret* 2, 2012, pp. 5-8.

(36) Sobre ello ya FALCONE, “La intervención delictiva en el estado de necesidad exculpante”, *En Letra: Derecho Penal* 6, 2018, pp. 291 ss.

II. LOS DEBERES (ESPECIALES) DE FOMENTO COMO MOMENTO DEL SISTEMA DE COMPETENCIAS

Como se sostuvo, el ordenamiento jurídico-penal le exige al ciudadano el mantenimiento de un estado de libertades del que se beneficia toda la comunidad. Este toma la forma, en primer lugar, de un deber negativo o de abstención y genera competencias de respeto a las esferas de libertad ajenas, de modo que el principio general reza que, luego de la interacción interpersonal, nadie debería pasar a encontrarse en una posición peor que aquella en la que se encontraba con anterioridad. En términos de Hegel, se debe “dejar al otro tal como está”⁽³⁷⁾, lo que se puede traducir en el imperativo latino de *neminem laedere*, revitalizado en modernas investigaciones como un pilar de la teoría de la imputación⁽³⁸⁾. De este modo, la otra cara de la medalla de la libertad para organizar estaría constituida, por un lado, por la prohibición de afectación directa de terceros y, por otro, por el equivalente deber de neutralización de los peligros que conllevan las propias conductas o cosas –responsabilidad por injerencia, resultante de los deberes del tráfico o derivados de la asunción efectiva–⁽³⁹⁾. La infracción del deber de afectación o neutralización se convierte luego, potestativamente, en deber de tolerancia de la imposición de una pena⁽⁴⁰⁾.

Sin embargo, el sistema de deberes de respeto tan solo cubre una parte de los deberes requeridos para el mantenimiento del estado de libertades del que se benefician los ciudadanos. A este debe adherirse una serie de condiciones marco, tanto supraindividuales como infraestructurales, que también resultan indispensables para la vida en comunidad. A las competencias que resultan de la infracción de esos deberes y que, mediatamente, permiten el aseguramiento de estas condiciones, Pawlik las denomina competencias de fomento (*Ermöglichungszuständigkeiten*), que significan el perfeccionamiento de las posiciones de garante de protección (*Beschützergarantenstellungen*) desarrolladas en el marco del sistema de imputación finalista y cuya ineficacia, fundada en la intercambiabilidad, ha sido ya ampliamente demostrada⁽⁴¹⁾. A su

(37) HEGEL, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie* 1818-1831, t. 4, 1974, p. 176.

(38) JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 25 ss.; EL MISMO, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, 1996, pp. 71 ss.; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 178 ss.; ZABEL, *Schuldtypisierung als Begriffsanalyse*, 2007, pp. 165 ss.; GONZÁLEZ-RIVERO, *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen*, 2001, pp. 140 ss.; SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, 1999, pp. 29-31, 67 ss.; CARO JOHN, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, 2014, p. 60.

(39) JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 34 ss.; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 162 ss.; EL MISMO, *Ciudadanía y Derecho Penal*, 2016, pp. 89 ss.

(40) PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 162 ss.; EL MISMO, *Ciudadanía y Derecho Penal*, 2016, pp. 33 ss. y 57 ss.

(41) Fundamental, sobre ello, JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, § 28 n.m. 27.

vez, este sistema de competencias encuentra su raíz primera en los deberes de garantía formales desarrollados por Feuerbach y emparentados con la ley y el contrato⁽⁴²⁾. La diferencia fundamental entre los deberes (negativos) de abstención y los deberes de salvaguarda de un estatus jurídico preexistente radica en que aquí no solo se trata de no perjudicar o no afectar un determinado bien, sino que al competente el Derecho le exige su ampliación, su mejora⁽⁴³⁾.

Las condiciones supraindividuales o estructurales a las que se hizo referencia se denominan *instituciones* y por ellas se entiende, “en el sentido de las ciencias sociales (...), la forma de relación duradera y jurídicamente reconocida de una sociedad, la que está sustraída a la disposición del hombre individual y que más bien la constituye”⁽⁴⁴⁾. Estas instituciones se vinculan, en primer término, con prestaciones que originariamente le corresponden al Estado –o que este debe garantizar– y que pueden haber sido o no delegadas en estructuras de la sociedad civil. En segundo lugar, existe otro grupo de instituciones mediante el cual a determinado ciudadano le compete presentar resistencia al desamparo de otro ciudadano, en virtud de un comportamiento previo suyo y, de este modo, contribuir con el restablecimiento de su esfera de libertades. Aunque esto requiera de ulteriores precisiones, puede afirmarse válidamente que, tal como indica una larga tradición filosófica, estas instituciones se corresponden, de modo general, con el Estado y la familia⁽⁴⁵⁾.

En efecto, las instituciones derivadas de la organización estatal pueden clasificarse en dos subgrupos. Por un lado, deben identificarse las condiciones para una vigencia organizada del Derecho, que condicionarían a cada ordenamiento jurídico y que son la garantía organizada de la seguridad exterior e interior, entendidas en sentido amplio y no limitadas únicamente al monopolio estatal del ejercicio de la violencia, sino que incluyen otras funciones comunitarias, como la sanidad y la educación⁽⁴⁶⁾. Estas condiciones fijan la organización y el mecanismo de consolidación del Derecho, de modo tal que el portador de aquellas actúa en el marco de una relación de garantía. En estas

(42) FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 11 ed., 1832, § 23.

(43) Véase por todos, JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, § 28 n.m. 57 ss.; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 83 ss.; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 186 ss.; EL MISMO, *Ciudadanía y Derecho Penal*, 2016, pp. 93 ss.

(44) JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, § 29 n.m. 57, esp. n. 114.

(45) Con especial referencia a HEGEL y SCHOPENHAUER, SÁNCHEZ VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 98. Sobre ello, también, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 186 ss. Sobre la evolución de las instituciones en general véase HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 1977, pp. 360 ss.

(46) Confróntese con MÜSSIG, “Rechts- und gesellschaftstheoretische Aspekte der objektiven Zurechnung im Strafrecht”, en: ROGALL et. al. (eds), *Rudolphi-FS*, 2004, pp. 165 ss.; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 186 ss.

instituciones resultan especialmente obligados los efectivos de policía, jueces, fiscales, soldados y, en general, todos los funcionarios y empleados públicos⁽⁴⁷⁾. Así, cuando un juez dicta “resoluciones contrarias a la ley”, infringe la norma de comportamiento que se infiere no solo del tipo de prevaricato, según art. 269 CPArg., sino también de art. 18 CN, que establece el derecho fundamental de todo ciudadano a no ser condenado sin atender a la “ley anterior al hecho del proceso”, y de art. 2 Ley N° 25188, que dispone que el funcionario o empleado público⁽⁴⁸⁾ debe “cumplir y hacer cumplir estrictamente la Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos que en su consecuencia se dicten (...), desempeñarse con la observancia y respeto de los principios y pautas éticas establecidas en la presente ley: honestidad, probidad, rectitud, buena fe y austeridad republicana (...), velar en todos sus actos por los intereses del Estado, orientados a la satisfacción del bienestar general, privilegiando de esa manera el interés público sobre el particular”⁽⁴⁹⁾.

Pero, como se adelantó, el Estado puede delegar su tarea de imponer una vigencia generalizada del Derecho en organizaciones sustitutivas –entidades privadas–, de modo que, garantizada la existencia y formación mínima de la persona en Derecho, esta pueda, luego, ser reconocida como miembro de la ciudadanía –*Civis*–. Por ello, debe considerarse, primordialmente, la protección organizada frente a los peligros que amenazan la seguridad primaria, como las catástrofes naturales, los accidentes masivos, las pandemias y las afectaciones trascendentales al medio ambiente. En efecto, los ciudadanos vinculados con el aseguramiento frente a estos peligros, así como a los salvamentos en caso de acaecimiento de desgracias, se encuentran en una relación institucional de garantía con los intereses tutelados. Aquí, el obligado no es portador de un deber propiamente estatal, sino que este deriva de la actuación en estas organizaciones sustitutivas, como es el caso de los bomberos voluntarios, las instituciones privadas de sanidad –hospitales y clínicas privadas– y los colegios y escuelas privadas, entre otros⁽⁵⁰⁾.

(47) Así, afirma VÖGLER (“Zur Bedeutung des § 28 StGB für die Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt”, en: WARDA (ed.), *Lange-FS*, 1976, p. 279) que el papel o rol social –independiente del Derecho Penal– en el que haya un funcionario, permite generar una situación de confianza que vuelve especialmente grave la trasgresión del Derecho. Y agrega, según entiendo, equivocadamente, que esta diferencia de cualidad, que se funda en la confianza personal de la que solo goza el funcionario y no el tercero, justifica el relajamiento o, respectivamente, la ruptura de la accesoriedad en los delitos de funcionarios. Sobre ello se volverá *ut infra* 4.

(48) Confróntese con art. 1 Ley 25188.

(49) En sentido coincidente, DONNA, “El concepto dogmático de funcionario público en el código penal”, *Revista de Derecho Penal, Delitos contra la Administración Pública*, t. II, 2004, pp. 15 ss.

(50) Entonces, puede suceder que el deber sancionado jurídico-penalmente *reconoce* una relación institucionalmente asegurada –funcionario o empleado público– o que este deber *integre* al sujeto en una institución a la que originalmente no pertenece –así, por ejemplo, el testigo en el delito de falso testimonio, como

De aquel primer grupo de instituciones que se ocupa de procurar la vigencia organizada del Derecho, que tutela la existencia y la formación de los ciudadanos en el marco de organizaciones estatales y sustitutivas, se diferencian las instituciones que se definen a partir de una relación diferenciada de cuidado, en las que la familia ocupa una posición medular (art. 14 ora. 2 CN). Así, afirma Hegel: “La familia, como sustancialidad inmediata del Espíritu, es determinada por el Amor a su unidad afectiva; de suerte que su condición es poseer la autoconciencia de la propia individualidad en esa unidad”⁽⁵¹⁾. Las dos instituciones principales que se derivan de la organización familiar son la patria potestad y el matrimonio. La primera se encuentra definida en art. 264 CC como “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, *para su protección y formación integral*, desde la concepción de estos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”, y los derechos y deberes derivados del régimen matrimonial están instituidos en art. 159 ss. CC. Finalmente, deben incluirse también en este segundo grupo las relaciones especiales de confianza que tejen los ciudadanos en el tránsito del plano personal al individual y que resultan derivadas de un acuerdo formalizado de voluntades⁽⁵²⁾.

Entonces, las relaciones institucionales se clasifican funcionalmente en los dos conjuntos fundamentales siguientes:

- a) Instituciones relativas a la vigencia organizada del Derecho (sea mediante estructuras estatales o sustitutivas), y
- b) Instituciones referidas a las relaciones diferenciadas de cuidado (sean familiares o de especial confianza).

En efecto, estas instituciones obligan a un determinado ciudadano de un modo especial frente al resto; por ello, esta sujeción especial debe tener origen en un acto libre del ciudadano y esta obligación debe, a su vez, ser renunciable mediante mecanismos institucionalizados. Así, por ejemplo, el funcionario público debe aceptar su cargo y prestar juramento y, en una instancia posterior, también puede renunciar a él. También, el padre debe consentir la concepción y tiene la posibilidad de librarse de los deberes derivados de la

cooperador con la Administración de Justicia—. Confróntese con JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, § 25 n.m. 46.

(51) HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, 1821 (ed. 1986), § 158.

(52) Sobre ello ya FALCONE, “El salto del ‘autor detrás del autor’ al Derecho Penal empresarial”, en FALCONE/POLAINO/ECKSTEIN/CANCHO/SAAD (coords.), *Autores detrás del autor. Homenaje a F-C. SCHROEDER*, 2018, pp. 453 ss. esp. 468-470.

patria potestad –adopción–. De este modo, el nacimiento y mantenimiento de la relación institucional son actos libres⁽⁵³⁾.

En la medida en que el deber de fomento de determinada institución no le sea exigible a todos los ciudadanos y que, como reverso de la medalla, solo algunos resulten *competentes* por su lesión, puede afirmarse válidamente –como continuación del esquema planteado *ut supra* 1.– que el institucionalmente obligado se encuentra sujeto por una *norma especial*. En este sentido, ya Binding sostuvo que las normas pueden ser generales o especiales “según que los deberes que las normas desean fundamentar hayan de ser impuestos a todos los súbditos de la ley o a determinados grupos, tales como los funcionarios, los soldados o los miembros del parlamento del Imperio Alemán”. De este modo, los elementos especiales pertenecerían al –por él denominado– “tipo objetivo”, que definiría la “antinormatividad” de la acción y al que se le añadiría, en el marco del “tipo subjetivo” (culpabilidad), la capacidad de acción y el direccionamiento de la voluntad⁽⁵⁴⁾.

En efecto, afirma Binding que, en los delitos especiales, el legislador ha decidido castigar a determinados ciudadanos, pues únicamente estos sujetos pueden infringir la norma de Derecho público, cuya infracción castiga el Derecho Penal escrito. Ciertamente, la diferencia entre los delitos comunes y los delitos especiales residiría en el diferente destinatario de la norma de Derecho público: mientras que en los delitos comunes la norma se dirige a todos, en los delitos especiales la norma se dirige a un círculo limitado de personas⁽⁵⁵⁾. Pero, además, Binding señaló acertadamente que solo los ciudadanos con el estatus exigido por la norma tendrían la “capacidad de acción” requerida para su incumplimiento⁽⁵⁶⁾.

(53) Por ello, sostiene PAWLIK (*Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 186 ss.; EL MISMO, *Ciudadanía y Derecho Penal*, 2016, pp. 97-98) que la afirmación de que existen deberes jurídicos positivos se muestra relativamente exenta de problemas allí donde estos se pueden vincular con un acto de voluntad del obligado que fundamente la competencia, de modo que “quien ha asumido un rol social no puede quejarse cuando se le vinculan a las exigencias que se derivan de dicho rol”.

(54) BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 4ª ed., 1922, pp. 126-127.

(55) BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 4ª ed., 1922, pp. 123 ss. Crit. Armin KAUFMANN, *Teoría de las normas*, 1977, pp. 165-166; LANGER, *Das Sonderverbrechen*, 1972, pp. 259 ss.

(56) En efecto, afirma BINDING (*Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 4ª ed., 1922, pp. 243-244) que “[i]gual que el señor no encomienda a su servidor sus labores –en la expectativa de que las vaya a cumplir– cuando el servidor duerme, o está bebido o tiene fiebre, igualmente la norma no vincula a aquellos que en el supuesto concreto de su actuación no son capaces de acción”. Así, el injusto denominado por BINDING como “delito”, que consiste en la infracción al deber de obediencia al Derecho, solo puede ser cometido de forma culpable. Entonces, un injusto sin culpabilidad, en el ámbito del Derecho Penal, resultaría ilegítimo. Sobre el problema del destinatario de la norma en BINDING, véase Gómez Martín, *Los delitos especiales*, 2006, pp. 391-392.

En sentido coincidente, afirmó Nagler que el ordenamiento jurídico puede optar por imponer deberes jurídicos a todos los ciudadanos, por lo que cualquiera puede incumplirlo o configurar los tipos penales atendiendo a las especiales cualidades de algunos ciudadanos. Si escoge esta segunda alternativa, dirige solo a este grupo de ciudadanos determinadas normas especiales de conducta y, a su vez, altera la capacidad física, intelectual y jurídica requerida para cometer el delito. En efecto, la comisión de un delito especial sería tan poco atribuible a un inimputable como a un *extraneus*⁽⁵⁷⁾.

Hasta aquí también es coincidente, modernamente, la posición de Mañalich, quien identifica los delitos especiales con el quebrantamiento de una norma especial, definida como aquella cuyo destinatario solo puede ser alguien que exhibe un determinado estatus o cualificación especial. De ahí que solo una persona cualificada –*intraneus*– pueda ser autor del delito en cuestión y una persona no cualificada –*extraneus*– solo pueda venir en consideración como partícipe⁽⁵⁸⁾.

A la comprensión del deber especial de fomento como momento de la teoría de las competencias –que encuentra un origen en la teoría de la norma especial de Binding– se le opone el sistema de la teoría de las normas de Kaufmann. Para este autor, las normas de comportamiento de Derecho público siempre *se dirigen a todos los ciudadanos* –y no solo, en general, al capaz de acción, como afirmaba Binding–⁽⁵⁹⁾. Consecuentemente, afirma Kaufmann que, a pesar de ser muy difundida la opinión según la cual las normas especiales se dirigen a un “determinado círculo de autores”, esto no es correcto, pues nadie debería ser excluido *a priori* como eventual autor del hecho, ya que “el círculo de personas mencionado es cambiante; quien hoy es funcionario no lo será necesariamente mañana”. Entonces, no sería cierto que solo un funcionario, un médico o un soldado, por ejemplo, resulten sujetos por la norma, a pesar de que exclusivamente ellos puedan realizar el acto concreto prohibido o exigido por ella. En su opinión, “queda claro que también las normas especiales se dirigen a todos”⁽⁶⁰⁾.

En este sentido, en los delitos especiales, Kaufmann denomina “capaz de acción” (*handlungsfähig*) al sujeto en quien concurren estos presupuestos, de modo que, mientras que la norma permanece vigente para todos, únicamente obliga, en concreto, al capaz de acción. Y esta norma concretada en

(57) NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen. Ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme*, 1903, pp. 7 ss. y *passim*.

(58) MAÑALICH, “La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales”, *Polít. crim.* 7, 14, 2012, pp. 358-359.

(59) ARMIN KAUFMANN, *Teoría de las normas*, 1977, p. 177. Con meditada profundidad, sobre el pensamiento de este autor, Gómez Martín, *Los delitos especiales*, 2006, pp. 407 ss.

(60) ARMIN KAUFMANN, *Teoría de las normas*, 1977, pp. 165-166. Coincidente, LANGER, *Das Sonderverbrechen*, 1972, pp. 259 ss.

un individuo y en un supuesto de hecho determinado recibiría el nombre de ‘deber’. Entonces, para Kaufmann, la norma es abstracta y se dirige a todos, mientras que el deber que de ella se deriva es altamente personal y recae solamente sobre los individuos obligados en el caso concreto. Consecuentemente, los delitos especiales se caracterizarían porque, en ellos, el elemento restrictivo del círculo de autores describe una relación directa entre la acción y su autor⁽⁶¹⁾.

Entonces, para Kaufmann, el elemento especial no se encontraría en la norma (abstracta), sino en el deber jurídico (concreto) como segundo momento analítico y entendido como “la ‘obligación jurídica’ de un hombre, individualmente considerado, en determinado momento, con respecto a determinado hacer u omitir”⁽⁶²⁾, de modo que un deber especial estaría constituido “solo por la concreción de una norma especial en un caso pàrticular”⁽⁶³⁾. Así, por ejemplo, la calidad de funcionario no sería un elemento a considerarse *in abstracto*, sino que debería caracterizarse de manera distintiva para cada norma particular vinculada a un funcionario, de modo que las “normas especiales” se hallarían “aisladas” y no sería posible agruparlas bajo un rótulo común como “normas relativas a funcionarios”. Así, los elementos de la autoría deberían interpretarse independientemente para cada norma especial, de forma tal que el deber especial de funcionario consistiría, por ejemplo, en no dejarse sobornar⁽⁶⁴⁾.

De lo sostenido puede colegirse, entonces, que los deberes de fomento –también denominados ‘deberes positivos’ en la teoría del Estado⁽⁶⁵⁾– obligan

(61) Armin KAUFMANN, *Teoría de las normas*, 1977, pp. 167 ss.

(62) Armin KAUFMANN, *Teoría de las normas*, 1977, p. 174.

(63) Armin KAUFMANN, *Teoría de las normas*, 1977, pp. 167 ss., 184 ss.

(64) Armin KAUFMANN, *Teoría de las normas*, 1977, p. 210.

Entiendo, en sintonía con el pensamiento ya expuesto de BINDING, que esta solución de KAUFMANN no puede sostenerse. En efecto, *competencia e imputación*, o en términos clásicos, *injusto y culpabilidad* no son más que dos caras de una misma moneda. El *deber* ya presupone el *poder*, de modo que no puede, en puridad, establecerse una norma de comportamiento para quien no puede cumplirla. Como aquí, HRUSCHKA, *Imputación y Derecho Penal*, 2ª ed., 2009, p. 18; LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, 1999, pp. 217 ss.

En sentido coincidente, afirma PAWLIK (*La libertad institucionalizada*, 2010, pp. 127-128) que “no hay lugar para un injusto independiente de la culpabilidad como categoría general del delito”, puesto que un comportamiento tal no tendría el contexto comunicativo para negar la vigencia del Derecho ni dañar la base de la confianza social; resultaría, finalmente, “inidóneo para poner en cuestión la estructura vigente de expectativas”. Entonces, desde la teoría del delito, ese comportamiento no sería “antijurídico, aunque no culpable”, sino tan “jurídico-penalmente irrelevante” como un comportamiento atípico o uno justificado; y esto tendría validez tanto en supuestos en los que el autor es incapaz de imputabilidad, como cuando este cae en un error de prohibición inevitable, o cuando le es inexigible el comportamiento esperado. Efectivamente, la posición de BINDING, seguida por PAWLIK (*Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 259 ss.) no puede más que aceptarse.

(65) Fundamental, JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, § 1 n.m. 4 ss., § 29 n.m. 58; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 84; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 186 ss.; EL MISMO, *Ciudadanía y Derecho Penal*, 2016, p. 84.

a determinados sujetos y, por lo tanto, exclusivamente ellos resultan competentes por la lesión de la institución implicada.

Sin embargo, dos cuestiones deben ser aclaradas de inmediato.

En primer lugar, no debe perderse de vista que el institucionalmente obligado no lo está por un deber especial o positivo, sino que, en última instancia, todo deber positivo (de fomento) se erige sobre un deber negativo (de abstención). De este modo, bajo el deber especial de fomento derivado de la institución ‘patria potestad’ se halla *siempre* el deber general de no dañar a otros –*neminem laedere*–. Sin embargo, hasta aquí ambos deberes son considerados aún en abstracto, esto es, con prescindencia de la norma concreta que se infiere, fundamentalmente, del tipo penal. Ahora bien, cuando un padre acuchilla a su hijo infringe, simultáneamente, el deber de fomentar su desarrollo y también el de no lesionar a terceros, pero ya no en abstracto, sino en concreto frente al mandato inferido de art. 80 inc. 1 CPArg. Aquí, por ello, Schopenhauer identificó una “doble injusticia”⁽⁶⁶⁾. Entonces, el resultado sería la competencia del padre por la muerte de su hijo por infringir la norma *no mates a tu hijo*, que ya contiene el deber (concreto, general y negativo) de no intervenir en un homicidio⁽⁶⁷⁾.

La segunda cuestión que debe resolverse es la competencia del *extraneus* por el acaecimiento de la lesión del deber (positivo) de fomento. Así, afirma Binding que “indirectamente también los restantes súbditos están obligados por las normas especiales: estos obrarían contra la norma si inducen o prestan ayuda respecto de un delito especial”⁽⁶⁸⁾. De este modo, podría afirmarse que el *extraneus* cuya conducta resulte *vinculante* –a partir de la aplicación de las reglas de la imputación objetiva– se le imputará el hecho (todo) en calidad de interviniente por haber infringido *solo* el deber negativo (de validez *general*) que impone no intervenir en un delito de infracción de deberes especiales (concreto): por ejemplo, *no intervengas en un prevaricato*. Empero, el *intraneus* infringiría la norma de comportamiento *no cometas prevaricato*, que ya está contenida en la norma *no intervengas en un prevaricato*. En este caso, mientras el *intraneus* infringe dos deberes –uno positivo y otro negativo (subyacente)–, el *extraneus* infringe uno –negativo–.

(66) El hecho de que todo deber especial se erige sobre un deber general (y lo contiene) fue puesto de manifiesto en forma especialmente clarificadora en SÁNCHEZ VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 261 ss. y *passim*. Esto también es destacado por JAKOBS en el prólogo a aquella obra (p. 16).

(67) Entonces, en este caso, no se trataría, en puridad, de dos normas de comportamiento distintas –una general y otra especial– dirigidas al padre, sino solo de una que contiene a la otra. Confróntese con PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho Penal*, 2016, p. 123.

(68) BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 4ª ed., 1922, pp. 126-127.

En resumidas cuentas y de conformidad con lo ya expuesto, de la combinación entre cada tipo penal de la parte especial y los preceptos incluidos en el capítulo “Participación criminal” (art. 45 ss. CPArg.) se infiere, en un primer nivel de análisis, el deber de no intervenir en un determinado delito. Este deber es *general* porque no se impone a un sector determinado de la ciudadanía, sino que obliga a todos los súbditos del Derecho. La norma de comportamiento rezaría, como se sostuvo: “no intervengas en *tal* delito”. A su vez, este deber es *negativo*, puesto que no está fundamentado en más institución que en la de no lesionar a otros conciudadanos —*neminem laedere*—. En los delitos de infracción de deber general, la atribución de responsabilidad —en lo atinente a la intervención delictiva— se agota en este nivel de análisis. Lo que resta es solo, en la determinación judicial de la pena, la ya mencionada distinción entre cantidades de intervención.

Ahora bien, en los delitos de infracción de deber especial la cuestión es distinta. En el primer nivel de análisis, en el que se estudia la imposición de un deber general y negativo, se confirma la atribución de responsabilidad frente a todos los intervinientes en el delito. Aquí, también, cada interviniente infringe el mencionado deber de no intervención⁽⁶⁹⁾. Pero a este primer nivel de análisis se le suma un segundo, en el que se establece una relación diferenciada en la *representación* de los aportes. Aquí sí se distingue el aporte principal del secundario —*ergo*, accesorio— en razón de que, en los delitos de infracción de deber especial, lo *esencial* —¡aunque no lo único!— consiste en la infracción de un deber de fomento, en los términos ya expuestos. Entonces, quien, además de intervenir en el delito, infrinja un deber especial de fomento, resultará *autor* de aquel, mientras que quien lesione un deber de no intervención será *partícipe*. En efecto, como se observará seguidamente, la aplicación de un concepto restrictivo de autor se fundamenta, en esta categoría, en una distinción *cualitativa* de los aportes.

III. LA AUTORÍA EN DELITOS DE INFRACCIÓN DE UN DEBER ESPECIAL

De conformidad con lo expuesto, existen determinados tipos penales que configuran normas de comportamiento basadas en deberes especiales de fomento. Mediante la imposición de tales deberes, el Estado asegura jurídicamente el mantenimiento de la vigencia organizada del Derecho y de las relaciones diferenciadas de cuidado, en los términos expuestos en el apartado

(69) Como se observará *ut infra* 4, en los mal llamados delitos de infracción de deber impropios, el contenido de este momento analítico fundamenta tanto la posibilidad de imputar el hecho también al partícipe como el rechazo de la llamada “ruptura del título de imputación”.

anterior. De este modo, tal como se sostuvo, aquí debe diferenciarse un primer momento analítico (negativo y general) en el que se establece la prohibición de intervenir en un delito –o, expuesto de otro modo, la competencia por el resultado de aquella– de un segundo momento analítico (positivo y especial), en el que se escinde la autoría de la participación. En pocas palabras: ya establecida la intervención delictiva del especialmente obligado, este solo podrá ser autor del delito y en ningún caso partícipe⁽⁷⁰⁾.

En efecto, la primera interrogante, a renglón seguido, se halla en las admisibles modalidades de autoría (para el especialmente obligado). Del estudio de la autoría mediata⁽⁷¹⁾ y de su sola fenomenológica relevancia me he ocupado en otro lugar⁽⁷²⁾.

(70) Esta es la consecuencia sistemática más importante que conlleva el establecimiento de esta categoría, desde su nacimiento –ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, p. 352– y ampliamente aceptada en la dogmática actual. Por todos, JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, § 21 n.m. 116; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 85; LESCH, *Das Problem der Sukzessiven Beihilfe*, 1992, p. 299; SÁNCHEZ VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 181 ss.; CARO JOHN, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, 2014, p. 198. Existe, sin embargo, un supuesto lindante con (aunque no) un delito de infracción de deber, en el que (por lo tanto) el *intraneus* no debe responder como autor sino como partícipe. Piénsese, entonces, en un padre que no evita que su hijo menor de edad le alcance un cuchillo a un homicida. En este caso, efectivamente, el padre infringe un deber de fomento, pues en él delega el Estado parte de la formación del menor en su primeros años de vida, pero el hecho a imputar, en este caso, no supone, al menos de forma inmediata, una lesión a un derecho fundamental del menor, sino al de un tercero. Por lo tanto, *ceteris paribus*, aquí la conducta del padre *reemplazaría*, en términos de imputación, a la del menor y solo le sería imputable una intervención delictiva en el homicidio, más no su autoría. Como aquí, fundamental, SILVA SÁNCHEZ, “Aspectos de la comisión por omisión: fundamentos y formas de intervención”, *CPC* 38, 1989, pp. 388 ss. esp. 390-391; SÁNCHEZ VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 200-201; RODRÍGUEZ MESA, *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, 2005, pp. 182 ss.; ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 54-55.

(71) La modalidad comisiva de la autoría mediata en los delitos de infracción de deber determinó, en buena medida, el nacimiento de esta categoría como medio para la superación de la histórica problemática del instrumento doloso no calificado. Así, ROXIN *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, pp. 253 ss. Sobre ello, PARIONA ARANA, *Täterschaft und Pflichtverletzung*, 2010, pp. 155 ss.

En la actualidad, la competencia institucional no es objeto de estudio en el apartado dedicado a la intervención delictiva, sino que es un pilar principal de la teoría de la imputación. De este modo, el mantenimiento o el rechazo de esta categoría delictiva, exclusivamente a partir de su *utilidad dogmática* en la superación de aquella problemática clásica de la teoría del delito, es, según entiendo, solo una *reliquia* de la dogmática penal finalista. Por todos, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte general*, 2002, p. 776. Sobre ello, ya FALCONE, *La caída del dominio del hecho*, 2017, pp. 54 ss. Por lo demás, debe afirmarse que, a pesar de constituir una verdadera autoría directa en delitos de infracción de un deber, en los términos aquí expuestos, la posición mayoritaria continúa resolviendo la imputación al dirigente de hechos constitutivos de macrocriminalidad estatal a partir de la teoría de la autoría mediata por aparatos organizados de poder. En este sentido, y con bastas demostraciones sobre la influencia de esta teoría, AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 5ª ed., 2018, pp. 178 ss., 198 ss.

(72) FALCONE, *La caída del dominio del hecho*, 2017, pp. 110 ss. Aquí solo cabe, entonces, recordar que la importancia que la dogmática tradicional le adjudica a esta categoría se vincula con la exclusión de la imputación en los delitos de propia mano, por un lado, y con la determinación del comienzo de la tentativa en los así llamados delitos de dominio, por otro lado. Rechazada la existencia de aquella categoría dogmática y adoptada –y, en partes, redefinida– la llamada “posición individual” para el comienzo de la tentativa de intervención, la autoría mediata, como estructura de imputación autónoma –*ergo*,

Distinto es, según entiendo, lo que ocurre con las estructuras de imputación de la autoría directa y de la coautoría. La autoría directa, bajo mi comprensión, sufre aquí una redefinición: el especialmente obligado será autor directo del delito aunque entre su conducta y la producción del resultado típico intervenga otro ciudadano –sea este, o no, capaz de imputación *lato sensu*–. Esto se debe a que la única forma *verdadera* de autoría –en tanto infracción de un deber mediante ejercicio de pura e inmediata autonomía– es la autoría directa, mientras que la coautoría, como ya se expuso⁽⁷³⁾, alterna, en términos formales, un momento de autodeterminación y otro de heterodeterminación –que, en última instancia, es también autodeterminación, pero mediada o representada–⁽⁷⁴⁾.

En lo que se refiere a la coautoría, por su parte, no solo debe aceptarse en los delitos de infracción de deber especial, sino que, más aún, es este su reducto natural⁽⁷⁵⁾. Efectivamente, solo aquí puede referirse verdaderamente a una *infracción de deber conjunta* basada en vínculos materiales de ciudadanía y no en exigencias formales. A título ejemplificativo: si, en un tribunal colegiado, tres jueces firman una sentencia condenatoria mediante abierta y efectiva oposición a la ley, los tres resultarían coautores del delito de prevaricato, según art. 269 CPArg. Aquí el juzgador debe advertir que las tres conductas mencionadas conforman una expresión mancomunada de sentido, que se materializa en el momento en el que los tres magistrados estampan su firma en la sentencia, pero que se funda en un momento anterior en el que los magistrados prestaron juramento “de desempeñar bien y legalmente el cargo” (art. 17, Reglamento para la justicia nacional), de conformidad con el plexo normativo legislativo y constitucional, y atendiendo, especialmente, a art. 2 Ley N° 25188, Ley de Ética de la Función Pública de Argentina. Entonces, la infracción mancomunada del deber especial, acaecido con la sentencia

conceptualmente diferenciada de la autoría directa–, no puede mantenerse. Sobre ello, fundamental, SÁNCHEZ VERA, *El denominado “delito de propia mano”*, 2004, pp.87 ss. esp. 91. Ya, con anterioridad, EL MISMO, “Sobre la figura de la autoría mediata y su tan solo fenomenológica ‘trascendencia’”, *ADPyC*, t. LI, 1998, pp. 319 ss.

(73) FALCONE, *La caída del dominio del hecho*, 2017, pp. 96 ss.

(74) Confróntese con RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, p. 68

(75) Entiéndase aquí por coautoría únicamente la que puede desarrollarse en el marco de un concepto restrictivo de autor –coautoría *stricto sensu*–. En los delitos de infracción de deber general, que solo reconocen el nivel analítico de la intervención delictiva mas no el de la distinción cualitativa entre autores y partícipes, esta comprensión de la coautoría resulta de imposible aplicación. Sobre ello, *in extenso* FALCONE, *La caída del dominio del hecho*, 2017, pp. 96 ss.

A favor de la coautoría en delitos de infracción de deber, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9a ed., 2015, pp. 355 ss.; Pariona Arana, *Täterschaft und Pflichtverletzung*, 2010, pp. 171 ss. En contra, sin embargo, SÁNCHEZ VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, 1999, pp. 158 ss. CARO JOHN, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, 2014, p. 202.

prevaricadora –pero fundada en idénticos ejercicios autónomos anteriores–, fundamenta aquí la coautoría⁽⁷⁶⁾.

Efectivamente, el fundamento principal de la coautoría, en esta categoría delictiva, debe basarse en la distinción entre el mismo deber considerado *in abstracto*, a partir del momento de la asunción, e *in concreto*, en la comisión del hecho. Mediante la concretización del deber –que asegura jurídico-penalmente una norma de comportamiento–, el Derecho puede mandar la tutela de determinadas instituciones en varios especialmente obligados de forma conjunta⁽⁷⁷⁾. En el caso presentado, entonces, el deber (especial) de los conjueces es todavía abstracto al momento del juramento, pero es ya concreto en el dictado de la sentencia. En este segundo momento, el deber –concretizado– de tutelar la recta administración de justicia, en tanto institución, no descansa únicamente en cada uno de los magistrados –como garantes– a título personal, sino que también reconoce un elemento colectivo. Allí, el Derecho deposita en los miembros del órgano colegiado la confianza de que no condenarán a un inocente. Entonces, *in concreto*, el deber recae sobre los tres miembros en su conjunto, de modo tal que uno solo de ellos no podría cometer prevaricato por su sola voluntad⁽⁷⁸⁾.

(76) Un ejemplo similar, y con fundamentación parcialmente coincidente, en Pariona Arana, *Täterschaft und Pflichtverletzung*, 2010, p. 221.

(77) Esta posición acerca la coautoría a las “acciones múltiples cumulativas”, como advierte correctamente SÁNCHEZ VERA (*Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 204), a la “coautoría aditiva”, planteada originariamente por HERZBERG (*Täterschaft und Teilnahme. Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen*, 1977, p. 70), e incluso a la categoría de los delitos de convergencia, si se comprende que la exigencia de actuación colectiva puede no estar formalmente establecida por el legislador –como en art. 226 CPArg.– sino que puede surgir, también, del contenido material de la norma. Sin embargo, no puede compartirse aquí la posición de SÁNCHEZ VERA (*ibidem*), quien niega la exigencia de múltiple actuación cumulativa como fundamento de la coautoría. En efecto, debe atenderse aquí, según entiendo, a la perspectiva *ex ante*, de modo que el juzgador debe evaluar el alcance de la representación de los aportes al momento de la efectuación de estos y resulta irrelevante que, *ex post*, todos los aportes sean siempre cumulativamente irremplazables para la realización del delito, como advierte SÁNCHEZ VERA. Como aquí, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, p. 730; BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, pp. 372 ss.

(78) Hasta aquí coincide ROXIN (*Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, p. 391), quien afirma correctamente que, en los delitos de infracción de deber, “siempre se dará coautoría allí donde determinado ámbito de asuntos esté *confiado a varias personas a la vez*” (sin cursiva en el original). Por lo demás, conviene aclarar aquí que los demás intervinientes en el delito de prevaricato serán partícipes. Y aquí deben incluirse todos los demás funcionarios públicos intervinientes en el hecho; *ergo*, cuya conducta no pueda reputarse *neutral*. Entonces, los secretarios, prosecretarios, auxiliares letrados, etcétera solo serán partícipes y, para la medición de la pena, resultará determinante, aquí también, el grado del deber incumplido, que coincide con el *escalafón jerárquico* que el interviniente ocupa. Sobre ello se volverá *ut infra* 4.

Esta opinión, sin embargo, es rechazada por buena parte de la doctrina⁽⁷⁹⁾. Para Sánchez Vera, por ejemplo, “no hay lugar para deberes ‘conjuntos’” en el seno de la teoría de los delitos de infracción de deber, puesto que “si bien puede que ciertas instituciones positivas exijan a varias personas a la vez la edificación de un mundo en común para ayuda y fomento de un bien jurídico, sin embargo, los deberes que se imponen son, *per se*, siempre individuales y personalísimos y nunca conjuntos”⁽⁸⁰⁾. Pero esta solución no puede compartirse. Como se expuso, el Derecho Penal sí puede exigir, válidamente, la concurrencia de la infracción de distintas normas de comportamiento para la comisión de un delito, de modo tal que, si no hay mancomunidad, el aporte individual solo quedaría en grado de tentativa⁽⁸¹⁾.

En este sentido, también debe aceptarse, por ejemplo, la coautoría de los especialmente obligados en la infracción al deber de prestar asistencia al hijo menor. Esta posibilidad es negada expresamente por Roxin⁽⁸²⁾, pero con un fundamento, según entiendo, puramente formal. Efectivamente, § 170 b StGB vers. ant. –actual § 170 StGB– dispone que “*Quien se sustraiga del deber legal de prestar alimentos, en tal forma que peligre la necesidad vital del acreedor de alimentos o que estuviese en peligro sin la ayuda de otros, será castigado con pena (...)*”⁽⁸³⁾. El tipo penal está configurado de modo evidentemente individualista, puesto que el legislador ha establecido, expresamente, que “la ayuda de otros” (incluyendo al otro padre) resulta irrelevante para la infracción del propio deber, lo que impide advertir un deber conjunto *in concreto*.

Sin embargo, en el Derecho Penal argentino ocurre lo contrario. Así, art. 1 Ley 13.944, “Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar”, establece que “[s]e impondrá prisión (...) a *los padres* que (...) se substraieren a prestar los medios indispensables para la subsistencia a su hijo menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido”⁽⁸⁴⁾. De modo coincidente, la patria potestad, institución implicada en este tipo penal, está regulada en arts. 264-

(79) Por todos, LESCH, *Das Problem der Sukzessiven Beihilfe*, 1992, p. 299. SÁNCHEZ VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 204; Caro JOHN, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, 2014, p. 202.

(80) SÁNCHEZ VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 204.

(81) El posicionamiento individual en el comienzo de la tentativa no ofrece un argumento en contra de la coautoría en delitos de infracción de deber, como parece entender SÁNCHEZ VERA (*Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 204). En efecto, la independencia del incumplimiento plural de los respectivos deberes –a nivel de conducta– no significa un óbice para la imputación del hecho total a cada uno, como se explicó *ut supra* 1, en función de la, ya mencionada, *representación*. La posición contraria implicaría identificar el deber, únicamente, con el momento de la conducta (y no, también, con el del resultado), lo que no puede ser de recibo.

(82) ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9a ed., 2015, p. 391.

(83) Sin cursiva en el original.

(84) Sin cursiva en el original.

310 CCyC y en art. 264 CCyC, que establece que “es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a *los padres* sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de estos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”⁽⁸⁵⁾. De este modo, el mandato jurídico-penalmente asegurado se impone sobre ambos padres del menor, pues si ambos se sustraen de prestar los medios indispensables, cometen el delito en coautoría.

Tampoco parece de recibo la exigencia de un determinado “acuerdo de voluntades” para afirmar la coautoría en esta categoría⁽⁸⁶⁾. En efecto, lo determinante para aplicarla resulta la exigencia de un mandato *in concreto* conjunto y una distribución *funcional* –y no subjetiva– de tareas. En nuestro caso, por ejemplo, resulta irrelevante para la coautoría si los tres jueces firmaron la sentencia prevaricadora habiendo acordado esto previamente, o si cada uno realizó el aporte en pleno desconocimiento de la conducta de los otros dos. Funcionalmente existe aquí coautoría⁽⁸⁷⁾.

La solución adoptada hasta aquí en el ámbito de los llamados “delitos de infracción de deber propios” debe mantenerse también para los llamados “delitos de infracción de deber impropios”⁽⁸⁸⁾, que son aquellos delitos en los que la infracción de un deber de fomento se encuentra tipificada y conminada con una pena superior, comparada con la misma infracción cuando es cometida

(85) Sin cursiva en el original.

(86) Así, sin embargo, ROXIN (*Täterschaft und Tatherrschaft*, 9a ed., 2015, p. 391), quien afirma que debe estimarse aquí coautoría “siempre que alguien, *de acuerdo con los otros obligados*, mediante cualquier aportación al hecho, incumpliendo las funciones que le están encomendadas” realiza el delito (sin cursiva en el original). Coincidente, PARIONA ARANA, *Täterschaft und Pflichtverletzung*, 2010, p. 221: “hay coautoría cuando los intervinientes, *de común acuerdo*, han lesionado un deber común” (sin cursiva en el original).

(87) Para la teoría del dominio del hecho, los elementos fundantes de la coautoría son, por un lado, el acuerdo de voluntades –ya referido– y, por otro lado, la intervención en el estadio de ejecución. Sin embargo, este segundo momento tampoco resulta aquí de recibo. En efecto, en los delitos aquí expuestos no existe un estadio de ejecución que, en términos causales, anteceda inmediatamente a la producción del resultado típico, sino que aquel comienza con el aporte del especialmente obligado, sin presentar relevancia su ubicación en la cadena causal.

En el sistema de JAKOBS (*System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 85), entonces, la especialidad del deber lleva a modificar la estructura de la imputación, de modo tal que el autor o autores, al dar comienzo con *la* ejecución del hecho, ubicado *causalmente* aún en el estadio de preparación, infringen no una incumbencia –*Obliegenheit*–, como en los delitos de infracción a un deber general, sino ya un deber. Pero la identificación, en aquellos delitos de la participación fuera del estadio de ejecución con la mera infracción de una incumbencia, se funda, en última instancia, en entender al colectivo típico como un único sujeto de imputación, lo que no puede ser de recibo. Entonces, de conformidad con lo expuesto, la intervención delictiva siempre implica la infracción de un deber. Sobre ello ya FALCONE, *La caída del dominio del hecho*, 2017, pp. 94-96.

(88) Como ya se sostuvo, en última instancia, la distinción misma entre delitos de infracción de deber propios e impropios resulta inconducente. Acertadamente, SÁNCHEZ VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 233.

por un ciudadano que no infringe estos deberes. Entonces, piénsese, en primer lugar, en el caso de una madre que le pasa un cuchillo a un tercero para que mate a su hijo. Aquí la intervención del especialmente obligado impone la subsunción del hecho –¡todo!– en un delito de infracción de un deber de fomento –homicidio calificado según art. 80 inc. 1 CPArg.–, de forma que, comprobada la intervención delictiva de ambos intervinientes, debería imputársele el hecho –en un segundo nivel de análisis– a la madre en calidad de autora y al tercero en calidad de partícipe (necesario), a pesar de que la doctrina que sigue los postulados tradicionales de la teoría del dominio del hecho deba adoptar la solución inversa⁽⁸⁹⁾. El fundamento de la solución mantenida radica en que, en primer lugar, cuando se comprueba la intervención delictiva de un especialmente obligado, el hecho se agrava para todos los intervinientes y no solo para él⁽⁹⁰⁾. En segundo lugar, el concepto restrictivo de autor en los delitos de infracción de deberes especiales no impone, como ya se sostuvo, una distinción entre autores y partícipes a partir de la proximidad con la producción del resultado típico, sino que se encuentra determinada por la *cualidad* del deber infringido⁽⁹¹⁾.

En efecto, la misma solución cabe, por ejemplo, en el caso de la evasión de pena, según art. 281 CPArg., cuando el tipo penal sea realizado de propia mano, simultáneamente, por un *intraneus* y un *extraneus*. Este tipo penal establece lo siguiente: “Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el que favoreciere la evasión de algún detenido o condenado. Y si fuere funcionario público, sufrirá, además, inhabilitación absoluta por triple tiempo”. Aquí, piénsese ahora que A es un guardia penitenciario y B es un particular, y que ambos destruyen candados de celdas para que algunos condenados

(89) La solución de este caso, en el marco de la teoría del dominio del hecho, no puede convencer bajo ningún aspecto. Ciertamente, si la madre, como aquí, le pasara el cuchillo a un tercero, ella solo podría ser cómplice del delito común (homicidio, según art. 79 CPArg.), en razón de la accesoriedad del hecho del partícipe frente al hecho principal. Sin embargo, si ella, ahora, “solo” permitiera que el tercero le quite el cuchillo para clavárselo al hijo de aquella, ella resultaría autora de homicidio en virtud de su posición de garante derivada de la protección de un determinado bien jurídico. Entonces, según los fundamentos intrasistemáticos, quien hace más (acción) es partícipe y quien hace menos (omisión) es autor, lo que no puede compartirse. Como aquí, y mostrando esta contradicción en la jurisprudencia española y alemana, SÁNCHEZ VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 190.

(90) Como aquí, ROXIN (*Täterschaft und Tatherrschaft*, 9a ed., 2015, p. 355). Sin embargo, otro sector doctrinario –SÁNCHEZ VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 201; CARO JOHN, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, 2014, p. 200– califica las conductas de la madre y del tercero como autorías paralelas, de modo que la madre cometería un delito de infracción de deber y el tercero un delito de dominio subyacente. Pero esto no puede mantenerse, y no solo porque, como se sostuvo, con la intervención del especialmente obligado el hecho se agrava para todos, sino porque, de mantenerse esa solución, debería entonces, consecuentemente, aceptarse la ruptura del título de imputación en la participación (*stricto sensu*), ya que en definitiva lo que aquí se propone no es más que una ruptura del título de la imputación en el marco de la autoría. Sobre ello *ut infra* 4.

(91) Véase *ut supra* 2.

escapen de la cárcel, realizando, así, el verbo típico “favorecer la evasión de algún detenido o condenado”. En este caso, solo podrá apreciarse la autoría de A y la participación (primaria) de B, al margen del contenido fenomenológico de la intervención en el hecho⁽⁹²⁾.

Finalmente, debe advertirse que, tanto en los delitos de infracción de un deber de fomento propios como en los impropios, el deber *in concreto* se encuentra positivado. Sin embargo, esto puede no ser así, dando lugar a una distinción formal, de la que surgen los delitos de infracción de un deber ‘no positivados’, entendidos estos como delitos formalmente comunes –sin reducción formal del círculo de autores en el marco de la tipicidad–, que se transforman en delitos de infracción de deber cuando lo comete un ciudadano institucionalmente obligado. En efecto, debe advertirse, *prima facie*, que, luego de la sanción de leyes que modifican numerosos marcos penales –en los distintos capítulos de la Parte especial del Código Penal–, para el caso en el que el delito sea cometido por un funcionario público, en general, y por un miembro de las fuerzas de seguridad, en particular, el ámbito de aplicación de esta subcategoría resulta fuertemente reducido⁽⁹³⁾.

La imposibilidad de arribar aquí a consecuencias distintas de lo afirmado para estos delitos cuando son positivados radica en que, en todos los casos, los deberes de fomento no aparecen con el tipo penal, sino que, como ya se sostuvo, su origen es anterior y pertenecen a otras ramas del ordenamiento jurídico. Entonces, aquí también, verificada la intervención delictiva de un especialmente obligado –primer nivel de análisis– el hecho total debe considerarse un delito de infracción de un deber de fomento, de modo que únicamente el especialmente obligado podrá ser autor o coautor. Por lo demás, de conformidad con lo ya expuesto y con lo sostenido en el apartado siguiente, cualquier otro interviniente no podrá implicarse, aunque realice de propia mano parte del tipo penal, como cómplice –en su caso, primario–.

IV. LA PARTICIPACIÓN EN DELITOS DE INFRACCIÓN DE UN DEBER ESPECIAL

En un apartado anterior⁽⁹⁴⁾, se afirmó que la subsunción del hecho a la ley, como instancia analítica de la teoría del delito, importa un momento de medición o valoración que recae sobre el juzgador. De este modo, los hechos no se subsumen, como se sostuvo, solo en los tipos penales de la Parte especial,

(92) Confróntese con ROXIN (*Täterschaft und Tatherrschaft*, 9a ed., 2015, p. 355).

(93) Confróntese con leyes 23077, 25816, 26396, entre otras.

(94) Véase *ut supra* 1.

sino que también deben tomarse en cuenta los preceptos correspondientes de la Parte general, que no constituyen puras reglas de imputación. Entre ellos, deben tenerse en cuenta los arts. 45 ss. CPArg., de forma tal que *el hecho* a imputar se componga de las conductas de todos aquellos ciudadanos que hubiesen infringido la norma no *intervengas en tal delito*⁽⁹⁵⁾.

Luego, en el marco de la imputación del hecho a los intervinientes, en tanto imputación de primer nivel, se le atribuye a cada ciudadano una determinada voluntad, en función de ella una determinada conducta y, a partir de ella y mediante la instancia de la representación, se les atribuye a todos los intervinientes un determinado hecho en el que se constata la lesión a un determinado derecho fundamental. Hasta este primer nivel de análisis –intervención delictiva–, la distinción entre autores y partícipes resulta, además de innecesario, sistemáticamente imposible⁽⁹⁶⁾.

Ahora bien, como ya se sostuvo, puede ocurrir que uno de los intervinientes detente, frente a una precisa institución, un deber especial de fomento, lo que conllevaría a categorizar el hecho (total) como un delito de infracción de un deber. Si ello ocurre, todo el hecho se modifica, y no solo para aquel interviniente, sino también para el resto, de forma que, en un segundo nivel de análisis, las posibilidades de autoría *se restringirían* únicamente a los especialmente obligados y el resto de los intervinientes no podrían pasar de partícipes⁽⁹⁷⁾.

Sin embargo, buena parte de la dogmática, sobre todo alemana y española⁽⁹⁸⁾, ha polemizado sobre dos pilares de esta fundamentación. Luego de distinguir entre delitos de infracción de deber especial –o, manteniendo la categoría original, entre delitos especiales– propios e impropios, en primer lugar, un sector minoritario descree, lisa y llanamente, que un *extraneus* pueda intervenir –de modo punible– en un delito de infracción de deber especial *propio*. En segundo lugar, se entiende que, en los denominados delitos de infracción de deber impropios, no existiría un único hecho total, sino que, a partir de una “ruptura del título de imputación”, el partícipe *extraneus* podría ser punible solamente por el delito común subyacente.

Comiéncese, entonces, por el primer problema. En la dogmática jurídico-penal alemana, posiblemente ha sido Schmidhäuser el principal defensor de

(95) Véase *ut supra* III.

(96) Véase *ut supra* 2.

(97) Véase *ut supra* 2 y 3.

(98) Sobre ellas se volverá luego. No puede dejar de sorprender la menguada preocupación que hasta aquí ha despertado esta problemática en la jurisprudencia y doctrina argentinas.

la impunidad de la participación del *extraneus* en un delito de infracción de deber propio⁽⁹⁹⁾. Para este autor, el *extraneus* puede lesionar el bien jurídico tutelado en el tipo penal, con independencia de la exigencia legal del acaecimiento de la acción típica y antijurídica del autor. Entonces, por un lado, en lo relativo al *fundamento* de la punición, la participación en el delito –tanto especial como común– sería autónoma, no dependiente del fundamento del castigo del hecho principal del autor. Ciertamente, también aquí debe referirse a un injusto –o, en sus palabras, “desvalor”– propio de la participación. De esta manera, si ha sido decisión del legislador excluir al *extraneus* del círculo de intervinientes en el delito, debería respetarse en dogmática, pues no sería correcto recurrir a compensaciones derivadas del pensamiento de la accesoriedad.

Por otro lado, Schmidhäuser entiende que la participación evidencia siempre un injusto menor que el de la autoría, por lo que no sería razonable penar la participación del *extraneus* cuando su autoría resulta impune⁽¹⁰⁰⁾.

Schmidhäuser defendió esta posición tanto antes como después de la incorporación del precepto penal que establece la aminoración de la pena del *extraneus* en casos en que el elemento especial personal *fundamenta* la punibilidad del autor –§ 50. 2 StGB vers. 1968 y en la actualidad, y desde 1975, en § 28. 1 StGB–⁽¹⁰¹⁾. Finalmente, luego de operada la modificación legal, en la segunda edición de su tratado, Schmidhäuser optó por seguir la solución de su discípulo y monografista en la materia, Langer⁽¹⁰²⁾, y sostuvo que el legislador, a partir de la incorporación de § 50.2 StGB en 1968, se había inclinado por la punición del *extraneus* que participa en un delito especial propio. Sin

(99) Acierta GÓMEZ MARTÍN (*Los delitos especiales*, 2006, p. 24) en ubicar el origen de este problema en el concepto mismo de delito especial –delitos de infracción de un deber especial, en nuestra terminología– que se adopte. Así, sostiene que en caso de afirmarse que en los delitos especiales se produce en realidad una limitación del *círculo de sujetos del delito*, sería obligado asumir como una consecuencia necesaria la imposibilidad de que pueda participar puniblemente en un delito especial un sujeto que no presente los elementos exigidos por el tipo. Distinto es lo que ocurre, empero, cuando la limitación se perfecciona frente a un determinado *círculo de autores*, como entiende GÓMEZ MARTÍN y como se propone también aquí.

(100) SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1970, § 14 n.m. 98. Crit. HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 119. Sobre el pensamiento de este autor con respecto al tema, véase GÓMEZ Martín, *Los delitos especiales*, 2006, p. 572.

Antes que SCHMIDHÄUSER, la impunidad de la conducta del partícipe *extraneus* había sido defendida ya por FINGER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, t. 1, 1904, p. 364; KOHLER, *Leitfaden des Deutschen Strafrechts*, 1912, p. 34 y H. MAYER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1953 pp. 337/338.

(101) Confróntese con SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2a. Ed., 1975, § 14 n.m. 57 ss.

(102) Véase LANGER, *Das Sonderverbrechen*, 1972, pp. 483-484.

embargo, el autor continuó pensando que habría sido preferible dejar dicho comportamiento sin castigo⁽¹⁰³⁾.

En la dogmática jurídico-penal española, esta posición no ha corrido mejor suerte. En este sentido, puede identificarse como principal defensor de esta posición a Robles Planas, seguido, en partes, por su maestro Silva Sánchez. En efecto, para aquel autor, debería excluirse la participación en los, por él llamados, “delitos especiales de deber”. De esta categoría, empero, deberían, a su entender, excluirse los llamados delitos especiales o de infracción de deber impropios, puesto que, en su opinión, estos no constituyen delitos distintos de los delitos comunes. Entonces, afirma Robles Planas, en los delitos especiales de deber, solo el obligado por aquellos deberes –el *intraneus*– será el que se halle en una posición típicamente idónea para lesionarlos, de modo que, en la medida en que al *extraneus* no le alcanzan aquellos deberes, no podría lesionarlos. Efectivamente, mientras se trate de auténticos delitos especiales de deber, “no puede construirse la responsabilidad del interviniente que no ostenta la calificación específica (*extraneus*) en virtud de su contribución al hecho típico, pues este presupone la concurrencia de la situación de obligación especial *en cada uno de los intervinientes*”⁽¹⁰⁴⁾. Y concluye que, si el *extraneus* “no puede lesionar el deber propio de la constitución del injusto, no puede admitirse el castigo de su intervención. *Lo contrario sería imputarle un injusto ajeno*”⁽¹⁰⁵⁾.

En definitiva, el modelo defendido por ROBLES PLANAS es coincidente, en partes, con el aquí expuesto. Efectivamente, para este autor, el *extraneus* que favorece la lesión del deber institucional del *intraneus* no infringe el mismo deber que aquel, sino un deber distinto; el deber general de no perturbar “desde afuera” el buen funcionamiento de las instituciones⁽¹⁰⁶⁾. Sin embargo, y aquí radica la diferencia, personalmente considero que el *intraneus* efectivamente infringe un deber distinto del del *extraneus* (el especial), pero, a la vez, ambos infringen el deber general de no intervenir en delitos, que surge de la integración de los tipos penales específicos y los postulados de la Parte

(103) Hasta la modificación del Código Penal alemán, la posición de SCHMIDHÄUSER logró cierta acogida y, en algunos casos, luego se redefinió como una crítica a la legislación vigente o a un mero posicionamiento de *lege ferenda*. Así, véase LANGER, *Das Sonderverbrechen*, 1972, pp. 480-481; WAGNER, *Amstverbrechen*, 1975, p. 389; DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstrafat*, 1994, p. 15.

Esta solución, hasta donde alcanzo, no tiene representación en la dogmática jurídico-penal alemana actual.

(104) ROBLES PLANAS, *Garantes y Cómplices*, 2007, p. 134.

(105) ROBLES PLANAS, *Garantes y Cómplices*, 2007, p. 135 (sin cursiva en el original). Así ya KOHLER, *Leitfaden des Deutschen Strafrechts*, 1912, p. 34.

(106) ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 243.

general⁽¹⁰⁷⁾. No obstante, para ROBLES PLANAS, esto no es suficiente, pues este deber general debería ser expresamente tipificado por el legislador, sin que sea admisible su construcción dogmática de mera integración con los preceptos de la Parte general. La mencionada discrepancia, radica en que, a mi entender, una regulación adicional por el legislador en este sentido resultaría tan innecesaria como en los delitos comunes. Entonces, el *extraneus* solo perturba *desde afuera* el deber específico –en un segundo nivel de análisis–, mas no el deber general, que sigue en pie⁽¹⁰⁸⁾.

Silva Sánchez acepta la posición de su discípulo solo en parte. Para él, los puros delitos de infracción de deber deben diferenciarse de aquellos que exigen, además, de “algún otro modo *un elemento de dominio u organización*”, trascendente a la pura vinculación institucional del sujeto. Entonces, mientras que, en aquellos delitos, el *extraneus* sí contribuye con el dominio del *intraneus*, también puede referirse válidamente aquí a una *accesoriedad* –entendida como expresión de organización conjunta–, por lo que la punición del partícipe *extraneus* aquí sería válida, pero por un marco típico distinto de aquel por el que se sanciona al *intraneus*⁽¹⁰⁹⁾.

En resumidas cuentas, para Silva Sánchez, la problemática de la impunidad del partícipe *extraneus* se reduciría al ámbito de los delitos de infracción de deber que no reconocen elementos de dominio, quedando excluidos los “puros delitos de infracción de deber” y los llamados “delitos de infracción de deber impropios”, en los que la punición del partícipe *extraneus* sería viable. Entonces, frente a aquellos delitos, una solución –menos radical que la de su discípulo mencionado– consistiría en considerar la intervención delictiva del *extraneus* como una infracción a un deber de solidaridad, lo que contempla meramente como una posibilidad⁽¹¹⁰⁾.

(107) A esta posición parece acercarse PEÑARANDA RAMOS (“Sobre el alcance del art. 65.3 CP”, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, 2014, p. 50) cuando afirma que, metafóricamente hablando, § 28 párr. 1 StGB y art. 65 inc. 3 CPE crean “*una especie de tipos básicos*” (con cursiva en el original) a los que se puede referir plenamente la participación de terceros. Y agrega que las soluciones que en estos preceptos se establecen son, en efecto, en gran medida equivalentes a las que se darían si estos tipos se pudieran redactar de un modo neutral respecto de las condiciones, cualidades o relaciones de los distintos intervinientes y se previera, luego, un marco penal más elevado para quien muestre el elemento personal respectivo. Crit. ROBLES PLANAS / RIGGI, “El extraño artículo 65.3 del Código Penal”, ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, 2014, pp. 36-37.

(108) Y este deber general de no intervención es, como se expuso, el pilar de la teoría de la imputación, de modo que en la autoría debe superarse la idea, aún reinante en la teoría del delito, de que aquella fue pensada en principio para el autor y que el partícipe resulta un mero aliado.

(109) SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, p. 69. También, EL MISMO, “Determinación de la pena y responsabilidad civil en el delito fiscal”, en CARBONELL MATEU (dir.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, 2005, pp. 908 ss.

(110) SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, pp. 69-70.

Definida, entonces, la posibilidad y la necesidad dogmática de punir la intervención delictiva del partícipe, conviene adentrarnos ahora en el segundo problema planteado. En este sentido, a pesar de que, superados el primer y el segundo nivel de análisis ya mencionados, parecería surgir *ad oculos* que la imputación del hecho al partícipe *extraneus* debe perfeccionarse, en todos los casos, sobre la base del delito de infracción de deber especial en cuestión. Entonces, por lo expuesto, el principio de unidad del título de imputación obliga a castigar al partícipe por el delito cometido por el autor⁽¹¹¹⁾. En los delitos de infracción de deber especial, el delito cometido por el autor es únicamente este delito, por lo que el título de imputación por el que debe responder el partícipe es el tipo del delito de infracción de deber especial⁽¹¹²⁾.

No obstante, un importante sector doctrinal no lo entiende de ese modo. En efecto, tanto en Alemania⁽¹¹³⁾ como en España⁽¹¹⁴⁾, una extendida posición sostiene que, mientras en el delito de infracción de deber propio corresponde una atenuación –obligatoria o facultativa– de la pena del delito calificado, en el delito de infracción de deber especial impropio el partícipe *extraneus* respondería en razón del marco penal del delito común subyacente. Entonces, la discrepancia se halla en los delitos especiales impropios, en los que, para unos, el partícipe (*extraneus*) debe ser castigado por el delito que cometa el autor (*intraneus*), mientras que, para otros, el partícipe *extraneus* debe responder, en todo caso, por el delito común⁽¹¹⁵⁾. La pregunta es, en otras palabras, si el delito cometido por el autor constituye un delito *diferente* del delito

(111) Véase ya von HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, t. II, 1930 (reimp. 1971), p. 482. En su monografía señera sobre intervención delictiva, GIMBERNAT ORDEIG (*Autor y cómplice en Derecho Penal*, 1966, pp. 282 ss.) defendió la tesis de que, en el delito especial impropio, el único delito por el que puede hacerse responsable al *extraneus* es el delito especial, ya que este sería, en realidad, el único que existe. El ejemplo propuesto es el del *extraneus* que induce a un *intraneus* a la comisión del antiguo delito de parricidio, según art. 405 CPE vers. 1944. Consecuentemente, el delito común subyacente –en el ejemplo, el homicidio– quedaría desplazado por el delito especial, por lo que no podría producir efecto jurídico alguno.

(112) Crit. PEÑARANDA RAMOS, “Sobre el alcance del art. 65.3 CP”, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, 2014, pp. 36-37.

(113) En Alemania esta continúa siendo, sin hesitar, la posición mayoritaria. Véase, por todos, TRONDLE/FISCHER, StGB, 49ª ed., § 28 n.m. 2 ss.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., p. 658; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. II, 2003, § 27 n.m. 238 ss.; LACKNER/KÜHL, *StGB-Kommentar*, 26ª ed., 2007, § 28 n.m. 8.

(114) En España, la defensa de la ruptura del título de imputación ha perdido terreno, como bien reconoce PEÑARANDA RAMOS (*La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 1990, p. 354; EL MISMO, “Sobre el alcance del art. 65.3 CP”, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, 2014, p. 22). En su favor, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., 1999, pp. 685 ss.; también PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 1990, p. 354; EL MISMO, “Sobre el alcance del art. 65.3 CP”, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, 2014, pp. 36 ss., 46 ss.

(115) Confróntese con ROBLES PLANAS, *Garantes y Cómplices*, 2007, p. 117.

común paralelo⁽¹¹⁶⁾ –lo que acercaría el delito de infracción de deber especial a la clásica teoría de los *delictum sui generis*⁽¹¹⁷⁾– o bien si se trata de una simple variación –agravante o atenuante– dentro del mismo tipo.

En efecto, como se adelantó, la doctrina mayoritaria le imputa al partícipe, en los *delitos de infracción de deber propios*, el mismo delito que al autor principal, por lo que la fórmula de la accesoriedad se mantiene, aun en el caso de que se aminore la pena. Pero en los *delitos de infracción de deber impropios*, según esta doctrina, estaríamos ante una ruptura del título de imputación.

Sin embargo, que la misma cualificación especial tenga, en ocasiones, efectos sobre la elección del tipo a imputar –delitos de infracción de deber impropios– y, en otras, efectos sobre la pena a imponer –delitos de infracción de deber propios– resulta inaceptable por dos motivos. En primer lugar, si lo fundamental en el delito de infracción de un deber es la afectación de una institución –por caso, la recta administración de justicia–, no puede comprenderse por qué debería diferenciarse entre la participación en un prevaricato, según art. 269 CPArg., o en un peculado por sustracción, según art. 261 CPArg., por el único hecho de que el legislador, además, haya establecido el tipo penal de hurto según 162 CPArg., lo que nada tiene que ver con la institución mencionada. En segundo lugar, la participación en un delito de infracción de deber impropio supone, en todos los casos, un mayor injusto que el que se efectúa en el delito común subyacente, de modo que la falta de lealtad al Derecho que expresa la determinación a un funcionario a que sustraiga efectos públicos (abusando de su cargo) resulta siempre mayor que la del particular que determina a otro particular a que sustraiga objetos de otro ciudadano cualquiera⁽¹¹⁸⁾.

Debe advertirse, no obstante, que la interpretación mayoritaria se encuentra favorecida por los preceptos legales de ambos ordenamientos jurídicos⁽¹¹⁹⁾. En efecto, en Alemania se dispone en § 28 párr. 1 StGB que, si faltan “elementos especiales personales” en el partícipe que *fundamenten* la punibilidad

(116) Así, acertadamente, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2016, 15/46. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., 2002, pp. 466 ss.; RUEDA MARTÍN, “Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración pública”, *RDPC* 8, 2001, pp. 159 ss. Para estos autores, entonces, el delito especial impropio no sería subsumible en art. 65 CPE vers. 1995, lo que resulta coincidente con la solución que aquí se mantiene frente al actual art. 48 ora. 2 CPArg.

(117) Así expresamente GÓMEZ MARTÍN (*Los delitos especiales*, 2006, p. 192): “todos los delitos especiales son delitos distintos (*delicta sui generis*)”.

(118) Correcto, SÁNCHEZ VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 239-240.

(119) El tratamiento de los elementos especiales personales § 28 StGB se suele aceptar como una “decisión volitiva del legislador que debe ser respetada”. Así, por ejemplo, LACKNER/KÜHL, *StGB-Kommentar*, 26a ed., 2007, § 28 n.m. 1.

del autor, ha de reducirse la pena, de conformidad con el § 49 inc. 1, mientras que el § 28 párr. 2 StGB establece que, si la ley determina qué características personales especiales *agravan* la pena, la disminuyen o la excluyen, esto solo rige para los partícipes en quien concurren⁽¹²⁰⁾.

En este sentido, el primer inconveniente consiste en determinar cuáles son esos “elementos especiales personales” que pueden subsumirse, en general, en el § 28 StGB. Entonces, se impuso en doctrina la distinción entre elementos especiales referidos al hecho y al autor, redefinida luego como entre elementos objetivos y personales, de modo que solo los primeros serían comunicables a todo interviniente que los conozca, independientemente de su condición de *intraneus* o *extraneus*, pero los segundos serían de carácter altamente personal —*ergo*, no comunicables—. Frente a esta escisión resulta irrelevante que el elemento pertenezca al injusto o a la culpabilidad⁽¹²¹⁾. En efecto, en la dogmática jurídico-penal alemana, la discusión sobre la distinción entre elementos especiales personales del hecho o del autor suscita especial interés, pues está en juego, al menos, la aplicación o la exclusión de la atenuación de la pena del partícipe, en virtud de § 28 párr. 1 StGB. En este marco, el debate se centra, en buena medida, en la clasificación de los elementos subjetivos distintos del dolo, de modo tal que, a título ejemplificativo, la jurisprudencia ha determinado que se refieren al hecho “la intención de destruir, total o parcialmente, un grupo nacional, étnico, o determinado por su nacionalidad” en el delito de genocidio (según § 220 inc. a 1 StGB) y a la “alevosía” en el delito de asesinato (según § 211 StGB), mientras que “la intención de cometer otro delito” en el delito de incendio (según ex § 306 b 2 2StGB) y la “codicia” en el delito de asesinato (según § 211 StGB) constituirían meros elementos referidos al autor⁽¹²²⁾.

(120) Los “elementos especiales personales” de § 28 StGB remiten expresamente a las “características, relaciones y circunstancias” de § 14 StGB, similares a las “relaciones, circunstancias y calidades personales” de art. 48 ora. 1 CPArg. De este modo, la posición mayoritaria entiende por *relaciones* los vínculos con otras personas o cosas, como la cualidad de un funcionario titular de un cargo y otras “posiciones de deberes fundamentadoras de la autoría”; por *cualidades*, características o situaciones vinculadas indisolublemente al autor —como, por ejemplo, su sexo—, y, por *circunstancias*, elementos no subsumibles en los otros dos conceptos, como la profesionalidad o la habitualidad. Así, por todos y con referencias a sentencias del BGH, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. II, § 27 n.m. 23. Véase también SCHWEDTFEGER, *Besondere Persönliche Unrechtsmerkmale*, 1992, *passim*.

(121) ROXIN, *LK*, 11 ed., 1993, § 28 n.m. 19; CRAMER/HEINE, *Sch/Sch*, § 28 n.m. 2 ss.

(122) Por lo demás, se consideran elementos especiales personales de la Parte Especial el “hombre” de § 183 StGB, el “funcionario público” de § 344 StGB, el “extranjero” de § 296 a StGB, el “viajero” de § 297 StGB, el “prestamista” de § 290 StGB y el “depositario” de § 246 StGB y, como elementos especiales personales de la Parte General, la minoría de edad penal, las alteraciones psíquicas, la condición de parlamentario y la reincidencia. Sobre ello, con más bibl., GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006, p. 285.

En España, luego de la Ley Orgánica 15/2003, se establece de modo semejante, en art. 65.3 CPE, que, cuando en el partícipe no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que *fundamenten* la culpabilidad del autor⁽¹²³⁾, los jueces podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate, mientras que, en art. 63 inc. 1 CPE, se afirma que las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad solo de aquellos en quienes concurren.

De esta manera, en razón de lo expuesto, el delito de infracción de deber propio –en tanto reconoce un elemento especial personal fundante de la punibilidad– se subsumiría en § 28 párr. 1 StGB y en art. 65.3 CPE, respectivamente, mientras que el delito de infracción de deber impropio sería subsumible en § 28 párr. 2 StGB y en art. 65.1 CPE, también respectivamente.

Pero, asimismo, en el marco de ambos ordenamientos jurídicos un sector doctrinal adopta la posición que aquí se defiende⁽¹²⁴⁾. En efecto, para JAKOBS⁽¹²⁵⁾, el tratamiento diferenciado en razón de que el elemento personal especial fundamenta o solo agrava la pena, previsto en § 28 párr. 1 y 2 StGB, respectivamente, carece de sentido en los delitos de infracción de un deber, pues todos los elementos de deber jurídico especial son siempre fundamentadores de la pena. Por ello, para JAKOBS, § 28 párr. 2 StGB no debe ser entendido como un precepto que vincule el título de responsabilidad del partícipe *extraneus* con el delito común subyacente, sino como una simple regla de determinación de la pena, en cuya virtud la pena del partícipe *extraneus* debe ser atenuada por la circunstancia de que se trata de una participación en un delito especial⁽¹²⁶⁾.

(123) Crit. con respecto a la referencia a la “culpabilidad” en art. 65 inc. 3 CP GÓMEZ Martín, “La ‘actualización por otro’ y la participación de *extranei* en delitos especiales”, en CARBONELL MATEU (dir.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, 2005, p. 451; ZUGALDIA ESPINAR, “La punición del partícipe no cualificado en los delitos especiales propios e impropios (Análisis del art. 65.3 del Código Penal)”, en: CARBONELL MATEU (dir.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, 2005, pp. 970-971; PEÑARANDA RAMOS, “Sobre el alcance del art. 65.3 CP”, en: ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, 2014, p. 49.

(124) Crit. con respecto al tratamiento dogmático diferenciado que reciben los (mismos) elementos especiales personales, por todos, Armin KAUFMANN, “Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf”, *ZStW* 80, 1968, p. 36; STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, pp. 41, 49; GRÜNWALD, “Zu den besonderen persönlichen Merkmale (§ 28 StGB)”, en Dornseifer (ed.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 555 ss.; HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit und “besondere persönliche Merkmale”*, 1994, p. 86; HOYER, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 9a. Ed., 2017, 28/1-5; SCH/SCH-CRAMER/HEINE, 28 ed., 2010, § 28 n.m. 28.

(125) JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, § 23 n.m. 34 ss. Coincidente, SÁNCHEZ VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 236.

(126) La solución era ya defendida por GIMBERNAT ORDEIG, “Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre”, *ZStW* 80, 1968, p. 942 y, luego, CORTÉS ROSA, “Teilnahme am unechten Sonderverbrechen”, *ZStW* 90, 1978, pp. 432 ss., 417 ss. También STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, pp. 41 ss.

En este escenario surge, sin embargo, la dificultad de determinar el ámbito de aplicación de § 28 párr. 2 StGB, puesto que, como se sostuvo, todos los supuestos de participación de un *extraneus* en delitos de infracción de un deber deben subsumirse en § 28 párr. 1 StGB –con independencia de si existe, o no, un delito común subyacente–. Por ello, SÁNCHEZ-VERA entiende que este precepto debe reservarse a los elementos meramente agravantes del tipo, como, por ejemplo, la “profesionalidad” en los delitos de encubrimiento, según § 260 StGB, o en el hurto, según § 243 párr. 1 inc. 3 StGB, o la “habitualidad” en el delito de caza ilegal, según § 292 párr. 2. inc. 1 StGB⁽¹²⁷⁾. También algunos tipos que incluyen elementos subjetivos distintos del dolo deberían subsumirse aquí, según entiendo.

En Argentina, por su parte, el asunto está regulado de modo semejante al Código Penal alemán previo a la inclusión de § 50 inc. 2 StGB (actual § 28 inc. 1 StGB) y al Código Penal español previo a la inclusión de art. 65.3 CPE. El art. 48 CPArg. establece –aunque de modo más confuso–, al igual que § 28 inc. 2 StGB (§ 50 inc. 1 StGB) y art. 65 inc. 1 CPE, que las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyos efectos sean agravar la penalidad “solo tendrán influencia respecto al autor o cómplice a quienes correspondan” –en caso de que exista conocimiento, lo que resulta evidente⁽¹²⁸⁾–. Consecuentemente, si se sigue la solución mayoritaria, el Código Penal argentino solo regularía el caso del delito de infracción de deber impropio –y no el propio–. Pero esto no puede ser de recibo. Como ya se sostuvo, en los delitos de infracción de deber especial, el elemento especial no solo define al autor, sino también al injusto total o, mejor, en lo que hace al elemento especial, autor y hecho son inescindibles⁽¹²⁹⁾. Entonces, el deber especial de fomento significa, en todos los supuestos, un elemento fundamentador de la punibilidad del autor, de modo que, según entiendo, sería conveniente no subsumirlos en

HARDWIG (“§ 28 und die Bereinigung des Strafgesetzbuches”, *GA*, 1954, p. 77) ya sostenía que, al menos en los delitos de funcionarios, la distinción entre circunstancias fundamentadoras y circunstancias agravantes de la pena carecía de sentido.

(127) SÁNCHEZ VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, 1999, p. 205.

(128) Es escasa la información que puede inferirse aquí a partir de la interpretación histórica, puesto que, en lo relativo a este precepto, la exposición de motivos del Código Penal (en CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN (ed.), *Proyecto de Código penal para la Nación Argentina*, 1917, p. 89) solo se limita a reproducir la letra de la ley.

(129) Lo advirtió con especial claridad Armin KAUFMANN, *Teoría de las normas*, 1977, pp. 167 ss. Para SCHÜNEMANN (“Besondere persönliche Verhältnisse und Vertreterhaftung im Strafrecht”, *ZSchR* 97, 1978, p. 143; EL MISMO, “Die Bedeutung der ‘Besondere persönliche Merkmale’ für die strafrechtliche Teilnehmer- und Vertreterhaftung” –parte 1–, *Jura* 1980, p. 360), por su parte, la distinción entre hecho y autor no resulta –en lo general– de recibo y en los delitos de funcionarios, puntualmente, sostiene que la función define simultáneamente a ambos, de modo que la falsificación documental o la puesta en libertad de presos se fundamentan objetivamente en las posibilidades típicas de la posición del autor.

art. 48 CPArg. ni confundirlo con los elementos estrictamente personales allí incluidos⁽¹³⁰⁾.

La pregunta, en todo caso, consiste en determinar si, frente a la conducta del partícipe *extraneus* –en cualquier delito de infracción de deber–, corresponde una atenuación –análoga o supralegal– adicional de la pena y entiendo que ello debe aceptarse. En este sentido, antes de la incorporación de § 50 inc. 2 StGB vers. ant., Welzel sostuvo que, aunque el Código Penal alemán no prevea expresamente una regla de determinación de la pena que permita atenuar la responsabilidad del partícipe *extraneus*, ella debía atenuarse mediante la extensión análoga de la atenuación facultativa prevista en el § 49 StGB vers. ant. Ello se debe, en su opinión, a que la conducta del sujeto no cualificado tiene menor contenido de injusto por no infringir deber especial alguno. Entonces, Welzel propuso aplicar al inductor –que, según § 48 StGB vers. ant., debía ser castigado con la misma pena que el autor– la pena del cooperador⁽¹³¹⁾. En sentido coincidente, previa la incorporación de art. 65 inc. 3 CPE, un sector jurisprudencial, impulsado sobre todo por Bacigalupo, propuso acertadamente, al menos para los denominados delitos especiales propios, además de la unidad del título de imputación, una aminoración de la pena para el partícipe *extraneus*⁽¹³²⁾. En mi opinión, entonces, la participación del *extraneus* debe siempre atenuarse. Y ello porque, según entiendo, si el Derecho determina una competencia mayor en determinados sujetos, a favor del mantenimiento del estado de libertades, esa competencia cualificada también incluye la necesidad de mantenerse incólume frente a la promoción del injusto por parte de cómplices e instigadores.

Sin embargo, entiendo que una modificación del marco penal en todos los supuestos podría vulnerar el principio de igualdad, de modo que podría pensarse en tomar, como regla, la aplicación al partícipe *extraneus* de la atenuación prevista para el delito tentado –art. 44 CPArg.–, salvo en el caso de que esto conlleve a una peor respuesta punitiva que la que recae sobre aquel que hubiera participado en el delito común subyacente. En este caso,

(130) A pesar de que la doctrina mayoritaria alemana entienda, frente a § 28 StGB, que los elementos personales especiales no se corresponden necesariamente con elementos de la culpabilidad, así lo entiende ZAFFARONI (*Tratado de Derecho Penal*, t. IV, 1999, pp. 378-379.), en art. 48 CPArg., al sostener que las calidades personales que no están abarcadas por el art. 48 como agravante o atenuantes, ni en la regla general ni en la excepción particular, son las que forman parte del injusto, como es el carácter de pariente en el parricidio, el de funcionario en la malversación, el de ascendiente en los delitos contra la honestidad, el de casado en el adulterio, sea que funden o agraven el injusto. El autor afirma, además, que la regla misma de art. 48 CPArg. es innecesaria porque la individualidad de las circunstancias personales que hacen a la culpabilidad surgiría ya de la accesoriedad limitada de la participación.

(131) WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 4a ed., 1954, p. 89.

(132) SÁNCHEZ VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 237. Véase también JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, 23/29.

la atenuación deberá efectuarse dentro del marco penal. Piénsese, verbigracia, en el delito de favorecimiento a la evasión de detenidos, según art. 281, que impone pena de un mes a cuatro años para el autor –delito común subyacente–, y una pena accesoria de inhabilitación absoluta si el autor fuera funcionario público –delito de infracción de deber–. Aquí, de aplicarse el atenuante de art. 44 CPArg., el partícipe en un delito de infracción de deber –injusto mayor– recibiría una pena menor que quien lo hiciera en el delito común, lo que no podría ser de recibo.

Por lo demás, Robles Planas/Riggi critican esta solución en el Código Penal español, en función de un posible desfasaje penológico. En su opinión, si una madre junto con un tercero matasen al hijo de la primera, la escala penal a aplicar al *extraneus* oscilaría entre los seis años y los tres meses de prisión, y los doce años y seis meses de prisión –puesto que la atenuación prevista en el art. 65.3 del CPE debería ser obligatoria–, mientras que la pena a imponer al coautor de un homicidio se sitúa entre los diez y los quince años de prisión. Así, afirman los autores, el tratamiento privilegiado que recibiría el *extraneus* resultaría a todas luces desproporcionado, puesto que por su intervención en un hecho más grave terminaría recibiendo menos pena⁽¹³³⁾. Según la solución aquí propuesta, en el mismo caso, la madre sería autora de un delito de infracción de deber especial –pena de prisión perpetua, según art. 80 inc. 1 CPArg.–; el tercero, partícipe necesario de un delito de infracción de deber especial –pena de diez a quince años, según art. 80 inc. 1, en conexión con art. 45 ora. 1 alt. 2 CPArg.– y, si el tercero hubiese participado en un delito de infracción de deber general –homicidio simple–, la pena habría sido de ocho a veinticinco años de prisión, por lo que, al menos en el ordenamiento jurídico-penal argentino, tal desfasaje no existe.

V. EL DELITO DE POSICIÓN COMO FALSO DELITO DE INFRACCIÓN DE UN DEBER ESPECIAL

Los deberes de fomento que el ordenamiento jurídico deposita en ciertos ciudadanos –como formas calificadas de cooperación, en virtud de un vínculo institucional– no deben confundirse con ciertas condiciones, cualidades o relaciones del interviniente, que solo definen el ámbito vital o social en el que el legislador imagina la afectación a un derecho fundamental⁽¹³⁴⁾.

(133) ROBLES PLANAS/RIGGI, “El extraño artículo 65.3 del Código penal”, en: ROBLES PLANAS (dir.) *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, 2014, pp. 64-65.

(134) Así, afirma JAKOBS (*Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2a. Ed., 1991, § 23 n.m. 24) que se trata de descripciones legales que únicamente describen una situación en la que el comportamiento típico es posible de algún modo o de forma relevante en la práctica.

Es necesario diferenciar, entonces, entre los delitos en los que la infracción de un deber especial constituye el núcleo principal de la antinormatividad y aquellos en los que la delimitación de un círculo de autores resulta solo formal –o, lisa y llanamente, aparente– y surge de la *posición fáctica* que debe detentar el interviniente para poder realizar la conducta típica⁽¹³⁵⁾, de modo que en un número importante de casos aquella es un presupuesto de esta⁽¹³⁶⁾. En efecto, esta posición fáctica puede ser asumida, en el desarrollo del hecho punible concreto, fácilmente por un (falso) *extraneus*; por ejemplo, creando un defecto de imputación en el falsamente posicionado. En particular, debería admitirse la posibilidad de autoría mediata de un supuesto *extraneus* que instrumentaliza el error del *intraneus*⁽¹³⁷⁾ y, *a fortiori*, la autoría del posicionado mediada por la conducta –plenamente imputable– del supuesto *extraneus*⁽¹³⁸⁾.

En este sentido, por ser la especial posición la característica distintiva en esta categoría, se denominan, justamente, delitos de posición, y su desarrollo dogmático cobra protagonismo, según entiendo, a la luz de la caída de la categoría delictiva de los delitos de propia mano y, en consecuencia, de la probada irrelevancia de los elementos fácticos o naturales en una teoría de la intervención delictiva institucionalmente fundamentada. La dogmática también alude a esta categoría de formas tales como “delitos especiales en sentido amplio”⁽¹³⁹⁾,

(135) Así también, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamentos y límites*, 2003, pp. 240 ss.; EL MISMO, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 126-127; ROBLES PLANAS/RIGGI, “El extraño artículo 65.3 del Código penal”, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, 2014, p. 70.

(136) En este sentido, afirma GÓMEZ MARTÍN (*Los delitos especiales*, 2006, pp. 674-675) que existen delitos en los que la realización de las respectivas conductas típicas “resulta imposible o al menos considerablemente difícil”, sin la concurrencia en el sujeto activo de especiales capacidades físicas, técnicas, económicas, etc. Sostiene VOGEL (*Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 136 ss.) que, si bien todos los delitos de omisión impropia son delitos especiales, resulta dudoso que todos sean subsumibles en la categoría de los delitos de infracción de deber (o delitos especiales en sentido estricto), sino que, en función de la posición de garante involucrada, algunos se corresponderían con la clasificación empleada por JAKOBS de delitos especiales en amplio (aquí, delitos de posición). Ellos serían los delitos de omisión impropia en los que el deber de garante surgiría del aseguramiento de una fuente de peligro.

(137) Así, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2004 p. 65, quien afirma que, en estos delitos, debería admitirse la imputación del delito a título de autor a sujetos que, aunque ajenos de entrada a esa posición de dominio social típico, puedan acceder a ella, controlándola. Coincidente ROBLES PLANAS (*Garantes y cómplices*, 2007, p. 132), quien atiende a la *usurpación* de la posición, por desplazamiento y subrogación.

(138) De esta manera, mediante una fundamentación material, basada en instituciones, de la teoría de la intervención delictiva, se constituyen las categorías de los delitos de posición, por un lado, y de infracción de deber especial, por otro lado, dando fin, ya en la Parte general, al clásico problema dogmático del instrumento doloso no calificado.

(139) JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, § 23 n.m. 24.

“delitos especiales de dominio”⁽¹⁴⁰⁾, “delitos especiales de garantes”⁽¹⁴¹⁾, “delitos con funcionalmente objetivos”⁽¹⁴²⁾, entre otras⁽¹⁴³⁾.

Fundamental en esta categoría resulta, entonces, que estos elementos no tienen la entidad suficiente para modificar el régimen de intervención delictiva, por lo que la infracción a la norma de comportamiento resultante se define —y sigue el régimen dogmático— de la infracción del deber general, que se agota en el primer nivel de análisis y que desconoce las consecuencias del concepto restrictivo de autor. En efecto, constituye doctrina unánime la posición de que los momentos jurídicos de un tipo penal no se comunican plenamente entre los intervinientes en un delito (reducción punitiva dentro o fuera del marco penal, según la opinión aquí defendida; “relajamiento” —§ 28 párr.1 StGB— y “ruptura” —§ 28 párr.2 StGB— del título de imputación, según la ya aludida posición mayoritaria en Alemania), mientras que hay otro tipo de circunstancias, las meramente fácticas, a las que la doctrina “no presta mayor atención”, porque ellas sí se transmiten de unos intervinientes a otros⁽¹⁴⁴⁾.

En resumidas cuentas, entonces, en estos delitos existe un único nivel de análisis —intervención delictiva—, por lo que la distinción entre autores y partícipes no es posible; tanto en supuestos de autoría mediata como de autor detrás del autor, es indiferente el lugar que ocupe el posicionado (y el supuesto *extraneus*), y no hay un aminoramiento de la punición previsto, *ceteris paribus*, para este último.

Los ejemplos propuestos en el ordenamiento jurídico-penal alemán son el amotinamiento de presos (§ 121 StGB), el abandono no autorizado del lugar del accidente (§ 142 StGB), las acciones homosexuales —en tanto se refieren a un

(140) Pionero, en esta línea, en la doctrina hispanoparlante, GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, 1999, p. 39; siguiéndole, SILVA SÁNCHEZ (*El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2004 p. 65).

(141) SCHÜNNEMANN, *LK*, t. II, 12a ed., 2006, § 13 n.m. 12-13.

(142) PUPPE, *NK*, t. I, 2a ed., 2005, § 28 n.m. 58.

(143) En otro lugar (FALCONE, *La caída del dominio del hecho*, 2017, p. 119) los mencioné como “delitos especiales de infracción de deber general”, una denominación que considero dogmáticamente correcta, aunque, por ser excesivamente explicativa, posiblemente resulte didácticamente inconveniente.

(144) Así, expresamente, SÁNCHEZ VERA, *El denominado “delito de propia mano”*, 2004, p. 198. Ya de este modo JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, § 23 n.m. 24. Así, afirma ROBLES PLANAS (*Garantes y cómplices*, 2007, p. 130), que el delito puede ser cometido “por todo aquel que realice la conducta típica”.

Frente al relajamiento de la accesoriedad propuesto en art. 65 inc. 3 CPE, PEÑARANDA (“Sobre el alcance de art. 65.3 CP”, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, 2015, p. 18) sostiene que resulta evidente que no todos los delitos especiales deberían ser incluidos en el ámbito de aplicación de art. 65.3 CPE, ya que al margen de este precepto han de quedar, en principio, todas las infracciones en que la referencia a una determinada condición, cualidad o relación del autor solo define un ámbito vital o social en el que existe la posibilidad de lesión de un determinado bien jurídico o en el que esta se produce típicamente.

“varón” (§ 175 StGB)—, las acciones exhibicionistas (§ 183 StGB), el delito de apropiación indebida (§ 246 StGB), la bancarrota (§ 283 StGB), el alzamiento de bienes mediante frustración de proceso de ejecución forzosa (§ 288 StGB) y la puesta en peligro de naves marítimas (§ 297 StGB)⁽¹⁴⁵⁾.

En el ordenamiento jurídico-penal español, los ejemplos propuestos son el delito publicitario (art. 282 CPE), el delito urbanístico (art. 319 CPE), los delitos de responsabilidad por el producto (art. 363 CPE), los delitos de defraudación a la Hacienda y a la Seguridad Social (arts. 305 ss. CPE) y el delito ecológico (arts. 325 ss. CPE)⁽¹⁴⁶⁾. Se agregan, el de defraudación a los presupuestos generales de la Unión Europea (art. 306 CPE)⁽¹⁴⁷⁾ y el delito concursal (art. 260 CPE)⁽¹⁴⁸⁾.

Sobre la base de lo expuesto y en atención al ordenamiento jurídico-penal argentino, un delito de posición sería el delito de abandono de la persona que el mismo autor incapacitó, según art. 106 párr. 1 alt. 2 CPArg. (supuestos de injerencia, deberes del tráfico y asunción efectiva)⁽¹⁴⁹⁾. Consecuentemente, un insolidario acompañante podría resultar competente por este delito si le hace creer al conductor del vehículo que lo arrollado no es una persona sino un animal silvestre.

Un segundo ejemplo puede constituir la apropiación indebida, según art. 173 inc. 2 CPArg., de modo que el “depósito, comisión, administración u otro título” fundamenta una posición no institucional que no limita el círculo de autores. Entonces, podría pensarse en el caso de una anciana propietaria de un departamento que se niegue a restituir el depósito de alquiler, luego de cumplido el contrato de locación, influenciada por su malvada nieta, quien le hace creer que tal dinero nunca fue, en verdad, recibido. Aquí, la imputación del hecho debería perfeccionarse únicamente en perjuicio de la nieta⁽¹⁵⁰⁾.

Un tercer caso se advierte, por ejemplo, en la conducción peligrosa de un vehículo automotor, según art. 193 bis CPArg., en el que un tercero amenace

(145) JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, § 23 n.m. 24.

(146) Así, GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006, pp. 674-675. También, con respecto a los art. 282 CPE y art. 319 CPE (“promotor constructor o técnico director”), ya SÁNCHEZ VERA, *El denominado “delito de propia mano”*, 2004, p. 198.

(147) CHOCLÁN MONTALVO, *Responsabilidad del asesor de cuentas y asesores fiscales*, 2003, pp. 180-181; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, pp. 65-66.

(148) ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2006, pp. 124-125.

(149) Sobre ellos, PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho Penal*, 2016, pp. 89 ss. En art. 106 párr. 1 alt. 1 CPArg. en el que el autor tenía el deber de “mantener o cuidar” a la víctima, se consagra el delito de infracción de un deber de fomento.

(150) La misma solución debe aplicarse en la apropiación indebida de tributos y de recursos de la seguridad social, según arts. 6 y 9 Ley 24769 “Ley penal tributaria y previsional”.

de muerte al conductor para que participe en una prueba ilegal de velocidad. El tercero sería competente por la comisión de este delito –a pesar de no ser él “el conductor”, en los términos del tipo penal– en concurso ideal con el de amenazas coactivas, según art. 149 bis párr. 2 CPArg.⁽¹⁵¹⁾.

Un cuarto supuesto sería el prevaricato de abogados y otros profesionales, según art. 271 CPArg., de modo que, si el perjuicio para la causa representada resulta de la maquinación de un tercero, este será, *ceteris paribus*, el único interviniente en el delito.

Un último supuesto sería el delito de evasión tributaria, según art. 1 Ley 24769, en el que “el obligado” puede efectuar declaraciones engañosas inducido a error por un tercero que, por ejemplo, asumió el asesoramiento profesional de aquel. Consecuentemente, si el legislador no prevé una figura culposa, solo este último será competente por el delito⁽¹⁵²⁾.

VI. PRINCIPIO DE LEGALIDAD, INTERVENCIÓN DELICTIVA Y DEBERES DE FOMENTO

A una interpretación como la que aquí se efectúa, a favor de una *teoría* de la intervención delictiva, se le puede reprochar una lesión al principio de legalidad, cuyo imperativo se encuentra consagrado en art. 18 CN y art. 1 CPArg. (art. 103 párr. 2 GG y § 1 StGB). En la moderna dogmática, este principio reconoce cuatro subprincipios: prohibición de retroactividad penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege previa*), prohibición de analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*), mandato de certeza (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*) y prohibición de fundar la pena en la costumbre (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*). Además, este principio constituye un pilar del

(151) Sin embargo, Buompadre (*Manual de Derecho Penal. Parte especial*, 2015, p. 564) califica, a mi juicio equivocadamente, este como delito de propia mano.

(152) Otros supuestos podrían ser el matrimonio ilegal, según art. 134 CPArg., y la usurpación de títulos, según art. 247 CP, entre otros.

Dudoso es, según entiendo, el caso de la violación calificada de correspondencia, según art. 154 CPArg., pues aquí pienso que se consagra un delito de infracción de un deber de fomento, puesto que “el empleado de correos o telégrafos” debe obrar “abusando de su cargo”, lo que impide que esta posición sea fácilmente “usurpada”. La institución afectada será, entonces, la correcta distribución pública de correspondencia –deberes genuinamente estatales– en caso de que se trate de una empresa y, por consiguiente, de un empleado público, y la confianza especial –en el caso de que la empresa de correos pertenezca al sector privado–.

Derecho Penal liberal, en tanto fue introducido por Feuerbach⁽¹⁵³⁾ como un logro filosófico y político del iluminismo⁽¹⁵⁴⁾.

En este sentido, mediante el proceso de penalización, el legislador decide qué debe establecerse como delito penal en el ordenamiento jurídico y, en virtud del mandato de certeza, este proceso de definición debe efectuarse mediante la descripción *más exacta posible* de la conducta criminal⁽¹⁵⁵⁾. Entonces, la claridad de las normas penales contribuye con la definición del ámbito de organización autónoma de los ciudadanos y reduce la discrecionalidad del juzgador, de modo que ambas circunstancias constituyen las dos caras de la misma moneda. Sin embargo, este mandato no puede cumplirse cabalmente, puesto que al legislador le está impedido fácticamente efectuar una perfecta y precisa descripción de la conducta prohibida, por lo que en cada descripción permanece, siempre, una cierta medida de abstracción⁽¹⁵⁶⁾.

No obstante, y al margen de que un cumplimiento irrestricto de este principio resulta fácticamente imposible, un seguimiento desmedido del mismo, en tanto cláusula orientativa, tampoco parece técnico-legislativamente aconsejable, pues tiende a un excesivo casuismo. Piénsese, entonces, en el ejemplo del restaurante en el que, con la finalidad de permitir a sus comensales una estancia pacífica, se coloca un cartel, en la puerta de entrada, en el que se establece “Se prohíbe la entrada de perros”. Si aquella es, efectivamente, la finalidad de la norma, resultaría deficitaria, pues, por un lado, no impide el ingreso de otros animales igualmente molestos (infrainclusión) ni exime a aquellos que resulten indispensables, como el perro guía de ciego (sobreinclusión)⁽¹⁵⁷⁾. ¿Debería entonces el restaurante publicar en la puerta la lista completa de animales que puedan molestar a los clientes? Piénsese ahora en la fórmula de art. 79 CPArg: “el que matare a otro”. ¿Infringe un postulado tal el mandato de certeza, de modo tal que el legislador debería incluir, a renglón seguido, una nómina de conductas como “el que apretare el gatillo de un arma de fuego contra el torso de otro” o “el que empujare a otro al vacío desde un balcón”⁽¹⁵⁸⁾?

(153) Expuesto por primera vez y como requisito para la realización de los fines preventivos del Derecho Penal, en FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 1799, pp. 60 ss. Sobre ello, véase HRUSCHKA, “Kant, Feuerbach y los fundamentos del Derecho Penal”, en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿decadencia o evolución?*, 2012, pp. 91-93.

(154) Por todos, JAKOBS *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª. Ed., 1991, 4/I. Atendiendo, puntualmente, a los delitos de infracción de deber, PARIONA ARANA, *Täterschaft und Pflichtverletzung*, 2010, pp. 92 ss.

(155) Crit. con respecto a esta fórmula SCHMITZ, *MK t. I*, 2003, § 1 n.m. 41.

(156) SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, 1992, p. 254.

(157) Sobre la conveniente técnica legislativa y el problema de la sobre y la infrainclusión ya SCHAUER, *Playing by the rules*, 1991, pp. 31-34.

(158) La incompatibilidad entre la realidad jurídica y “la pureza de la idea” en este punto es correctamente señalada en JAKOBS *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª. Ed., 1991, § 4 n.m. 1.

Ahora bien, del hecho de que el seguimiento irrestricto del mandato de certeza resulte fácticamente imposible y de que un seguimiento desmedido del mismo, como cláusula orientativa, resulte inconveniente, no implica que el mandato de certeza deba vaciarse, sin poder inferir exigencia alguna. Por el contrario, este le impone al legislador, en definitiva, la creación de un *marco regulatorio* que debe ser, luego, precisado por el juzgador en el caso concreto, de modo que una concepción de la subsunción del hecho a la ley no interpretativa sino mecánica, como se defendía en el siglo XVIII, ya no puede ser de recibo⁽¹⁵⁹⁾. En este sentido, el mandato de certeza reconoce un doble destinatario: en primer lugar, se dirige al legislador, al que se le impide sancionar leyes indeterminadas y, en segundo lugar, se dirige al juez, al que le prohíbe castigar ante la ausencia de una ley penal suficientemente determinada⁽¹⁶⁰⁾. En este contexto, el posible sentido gramatical de un concepto impone un límite a la interpretación tolerable⁽¹⁶¹⁾.

Entonces, al margen de las salvedades ya expuestas, un sector doctrinal entiende que la instauración de la categoría de delitos de un deber de fomento lesionaría el principio de legalidad, en general, y el mandato de certeza, en particular. En efecto, la crítica se dirige, puntualmente, a la excesiva abstracción de considerar la lesión de una institución como fundamento de la infracción a un deber, con prescindencia de consideraciones relativas a la forma externa de la conducta –intercambiabilidad entre acción y omisión–, por un lado, y a la supuesta conversión en una conducta de autoría de la que, *ceteris paribus*, solo sería una conducta de participación, *ergo* subsumible en las prescripciones extensivas de la tipicidad consagradas, en nuestro ordenamiento

(159) Así también PARIONA ARANA, *Täterschaft und Pflichtverletzung*, 2010, pp. 92 ss. De este modo, según entiende la jurisprudencia alemana (BVerfGE, t. 105, pp. 135 ss.), el mandato de certeza debe comprenderse “meramente” como un *mandato de precisión*, de modo que “la amplitud y el ámbito de aplicación de los tipos penales sean, para los destinatarios de la norma, reconocibles e identificables mediante la interpretación y la concretización”.

(160) KUHLEN, *Die Verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen*, 2006, p. 46; últimamente en EL MISMO, “Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de analogía”, en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿decadencia o evolución?*, 2012, p. 156.

La prohibición de analogía resultante de este principio, sin embargo, solo se dirige al juez. Así, más próximo, KUHLEN, en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿decadencia o evolución?*, 2012, pp. 160 ss.

(161) Fundamental, ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, 3a ed., 1996, pp. 288 ss. Sin embargo, sobre la normatividad del lenguaje y la relación entre el contenido conceptual de un acto y el contexto práctico de su referente, véase BRANDON, *Making it explicit*, 1994, XIII. Apoyándose en él para desarrollar una crítica a la comprensión habitual del *tenor literal* de la ley como límite interpretativo, véase KLATT, *Theorie der Wortlautgrenze*, 2004, pp. 190 ss, 205 ss. y *passim*.

jurídico-penal, en arts. 45 y 46 CPArg. En última instancia, la categoría de los delitos de infracción de deber implicaría una ilícita moralización del Derecho Penal⁽¹⁶²⁾.

Comiencese por el primer asunto. Si se parte del finalismo clásico, en el delito omisivo no puede concebirse un concepto restrictivo de autor o, al menos, esto no puede realizarse a partir de la teoría del dominio del hecho. En efecto el *fundamento* de la punición del delito de omisión impropia podría resultar de la infracción a un deber de garante derivado de la deficitaria vigilancia de una fuente de peligros o de la falta de protección debida a un determinado bien⁽¹⁶³⁾. Ya este punto de partida presupone dos distinciones categoriales fuertemente establecidas, cuya capacidad de rendimiento ha sido notablemente sobrevalorado en la dogmática clásica. Así, un análisis más profundo revela que no solo ambos deberes de garantía resultan intercambiables, sino que la distinción misma entre acción y omisión resulta jurídico-penalmente irrelevante⁽¹⁶⁴⁾.

En efecto, no puede saberse a ciencia cierta si el guardavidas que observa inerte cómo se ahoga el bañista debe responder por el homicidio en comisión por omisión en razón del deber de garante derivado de la vigilancia de una fuente de peligros o de la protección de un determinado bien. En otras palabras, ¿el deber consiste en vigilar que la piscina no signifique un peligro para nadie que por allí se encuentre o en garantizar a los bañistas el pleno goce de los derechos fundamentales a la vida y a la indemnidad corporal mientras ellos permanezcan en el reducto?⁽¹⁶⁵⁾ Del mismo modo: quien en una fábrica

(162) La ilícita moralización que la inclusión de deberes positivos en Derecho Penal traería aparejada es destacada ya por GALLAS, *Studien zum Unterlassungsdelikt*, 1989, pp. 67 ss. (el capítulo fue elaborado en 1963).

De modo coincidente, un sector doctrinal entiende que el mandato implicaría siempre una mayor afectación a la esfera de libertad del ciudadano que la prohibición. Y esto porque, mientras la prohibición solo cerraría una de todas las posibles formas de comportamiento y habilitaría el resto, el mandato —contrariamente— solo habilitaría una y cerraría todas las demás. Así, por todos, Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 86; HRUSCHKA, “Rettungspflichten im Notstandssituationen”, *JuS* 1979, p. 386.

Si bien esta conclusión resulta a todas luces acertada, no puede compartirse, como se explicará a continuación, la definición puramente formal de cuándo el juzgador —y también el ciudadano— deben interpretar la norma como un mandato y cuándo como una prohibición. Así, afirma con acierto SÁNCHEZ VERA (*Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 109) que, formalmente considerados, prohibición y mandato no son distintos tipos de normas, sino diferentes formas de formular la norma.

(163) Fundamental Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 289 ss.

(164) JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, § 29 n.m. 27-28; EL MISMO, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 2ª ed., 1996, *passim*; PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, 2001, pp. 105 ss.; CARO JOHN, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, 2014, pp. 239 ss.

(165) El ejemplo en JAKOBS *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª Ed., 1991, § 29 n.m. 27, quien afirma que relevante resulta únicamente el establecimiento del fin de protección, de modo que el guardavidas solo respondería en atención a determinadas personas —no es garante de los que se bañan fuera del establecimiento— y

selecciona al personal y lo dirige para trabajar con una compleja y peligrosa máquina ¿debería resultar, en caso de accidente, responsable en virtud de la vigilancia del peligro o de la tutela de los bienes? Como se advierte, en un buen número de casos, la capacidad de rendimiento de esta teoría resulta limitada⁽¹⁶⁶⁾.

Sin embargo, según entiendo, resulta más fructífero indagar en el componente institucional del caso. Así: ¿en qué contexto se desarrolla la relación entre el guardavidas y el bañista? ¿Nos referimos a un espacio público o privado? En efecto, si nos referimos a un lugar y a un empleado público, el bañista infringiría el deber estatal de garantizar el inocuo disfrute de los espacios públicos –deber genuinamente estatal–. De lo contrario, debemos atender a la relación especial de confianza existente entre el guardavidas y el bañista, pues, en caso de necesitarlo este último, se espera del guardavidas que cumpla con su rol (salvador). Y este deber derivado de la confianza especial es el que primará en el caso del empleado encargado de la peligrosa máquina⁽¹⁶⁷⁾.

Pero al margen de que la mencionada distinción tenga una capacidad de rendimiento limitada, aquella presupone, como se sostuvo, una nítida diferenciación entre las formas externas de conducta de la acción y la omisión, lo que tampoco puede ser de recibo. El error consiste –según se esmera en demostrar un importante sector doctrinario⁽¹⁶⁸⁾– en considerar que, si la norma de comportamiento toma la forma de la prohibición –regla– y del mandato –excepción–, no es porque aquella deba infringirse necesariamente mediante una acción y esta mediante una omisión, sino que ambas cuestiones son escindibles⁽¹⁶⁹⁾. En este sentido –y enfrentando el núcleo principal del problema–, no es cierto que solo una acción –y no una omisión– pueda subsumirse en la fórmula “el que matare a otro”, de art. 79 CPArg., mientras que –a la inversa– solo una omisión pueda subsumirse en el delito de abandono de persona, en

solo respecto de determinados peligros –no es garante de evitar insolaciones–. Siguiéndole ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9a ed., 2015, p. 752.

(166) JAKOBS *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, § 29 n.m. 27.

(167) *In extenso* sobre el deber institucional derivado de la confianza especial PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, 2001, pp. 137 ss.

(168) Por todos, JAKOBS *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª. Ed., 1991, 29/4; Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 170 ss.; SÁNCHEZ VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 1016 ss.; CARO JOHN, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, 2014, p. 239 ss.

(169) Agrega, en este sentido, SÁNCHEZ VERA (*Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 77 esp. n. 33) que, en este punto, lo verdaderamente relevante no es la redacción de la norma, sino la expectativa que esta contiene. De este modo, la expectativa de acción puede lesionarse tanto mediante una acción como mediante una omisión. Y lo mismo ocurre con la expectativa de omisión.

los términos de art. 106 alt. 2 CPArg.⁽¹⁷⁰⁾. En efecto, si un ciudadano sale a dar una vuelta por un parque con un peligroso perro, cometerá el delito de homicidio tanto si azuza al perro de que ataque a un transeúnte –acción– como si observa inmóvil cómo lo ataca quitándole la vida –omisión–⁽¹⁷¹⁾. A su vez, en ambos casos, el dueño del perro cometerá el delito de abandono de persona si se aleja del lugar dejando al peatón malherido (se aplica el agravante de art. 106 párr. 2 CPArg.).

Como un segundo grupo de casos, puede pensarse en aquellos tipos penales que describen una conducta indeterminada. Téngase presente, por ejemplo, el caso del funcionario público que “no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere”, según art. 248 CPArg. Entonces, si la ley le impone asistir a un determinado lugar o evento, según entiendo, el delito podría configurarse tanto si no se dirige a ningún lado –omisión– como si se dirige a un lugar distinto del dispuesto –acción–. Lo mismo ocurre en la conducta descrita en art. 227 bis CPArg.: ¿“continúa en sus funciones” el funcionario público que sigue yendo a trabajar todos los días –acción– o el que no presente la correspondiente renuncia –omisión–?⁽¹⁷²⁾

Finalmente, un tercer grupo de casos lo integran los llamados delitos de posesión y de estatus: ¿cuántas acciones –y omisiones– son necesarias para que se configure el delito de portación de armas según art. 189 bis CPArg.? ¿Y para que se consuma el delito de asociación ilícita, según art. 210 CPArg.?⁽¹⁷³⁾

Entonces, según la posición aquí mantenida, no hay delimitación en el círculo de autores que pueda radicar en criterios fenomenológicos. Por el contrario, la distinción entre las categorías delictivas debe hallarse en el profundo desarrollo filosófico y jurídico de las instituciones implicadas, que coadyuvan con el normal desarrollo del Estado, en tanto comunidad jurídicamente

(170) Sobre este último caso, véase FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 250-251; FREUND, *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, 1992, p. 70. Fundamental, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 190.

(171) El ejemplo ya en SÁNCHEZ VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 78; CARO JOHN, “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, *Anuario de Derecho Penal I*, 2003, p. 49.

(172) FALCONE, “*Staatschutzstrafrecht*” in *Argentinien und Deutschland*, 2015, pp. 240 ss.

(173) Fundamental SCHROEDER “La posesión como hecho punible”, en SCHROEDER/ECKSTEIN/FALCONE (eds.), *Delitos de posesión o tenencia*, 2016, pp. 125 ss.; ECKSTEIN, “Fundamentos y problemas actuales de los delitos de posesión”, en SCHROEDER/ECKSTEIN/FALCONE (eds.), *Delitos de posesión o tenencia*, 2016, pp. 65 ss.

Por lo demás, la fórmula misma para distinguir entre acciones y omisiones, creada por ENGISCH (“Tun und Unterlassen”, en LACKNER et. al. –dir.–, *Festschrift für Willhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, 1973, pp. 171 ss.) y basada en la “aplicación de energía”, no resulta libre de objeciones. Sobre ello, véase LERMAN, *La omisión por comisión*, 2013, pp. 114 ss.

organizada. Efectivamente, a partir de esta distinción institucional, se basa tanto la fundamentación diferenciada del injusto como el desarrollo –también diferenciado– del sistema de la intervención delictiva. Como ya se sostuvo⁽¹⁷⁴⁾, el punto de partida analítico radica en que, siguiendo a Hegel⁽¹⁷⁵⁾, el delito se basa, en última instancia, en la infracción de una prohibición, que la moderna dogmática sintetiza en la expresión latina de *neminem laedere*. La prohibición de lesionar a otros ciudadanos –o el mandato de dejarlos como estaban antes de la interacción– es, entonces, la primera y más importante de las instituciones⁽¹⁷⁶⁾.

Pero, como ya se sostuvo, no fueron pocas las voces que se alzaron contra un desarrollo institucional de la dogmática penal. En efecto, actualmente se afirma que el concepto de institución se asienta en un *grado de abstracción demasiado alto* como para ser compatible con las exigencias del principio de legalidad y que, por ello, no permite trazar claros fundamentos normativos en la equiparación entre acciones y omisiones⁽¹⁷⁷⁾. En esta línea de pensamiento, se afirma que la infracción al principio de legalidad se verificaría porque los deberes sociales que sirven de base a este grupo de delitos *no están descritos legalmente* y su constatación debe hacerla el juez, en el caso concreto, a su libre arbitrio⁽¹⁷⁸⁾. También se afirma que la institución no constituye la norma de comportamiento, sino que está “por detrás de ella” –*ergo, fuera de ella*– y que, a pesar de esto, “reclamaría relevancia jurídico-penal”⁽¹⁷⁹⁾. Coincidentemente, se sostiene que la teoría de los delitos de infracción de deber partiría de una premisa cuestionable que consistiría en que existen ámbitos (institucionales) sociales en los que “el sujeto debe responder de todo lo que suceda solamente por ostentar un determinado estatus”⁽¹⁸⁰⁾.

(174) *Ut supra* II.

(175) HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, 1821 (ed. 1986), § 38.

(176) Por todos, JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 25 ss.; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 178 ss.; EL MISMO, *Ciudadanía y Derecho Penal*, 2016, pp. 87 ss.

(177) Confróntese con SCHÜNEMANN, “Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland”, en GIMBERNAT et. al. (eds.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, 1995, pp. 60 ss.; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, p. 147.

(178) Confróntese con MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho Penal*, 2001, p. 25; coincidente, BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata en Derecho Penal*, 2000, p. 440. En el mismo sentido, afirma NOLTENIUS (*Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft*, 2003, p. 92) que, en los delitos de infracción de deber, “la conducta típica no debe tenerse en cuenta”.

(179) MAÑALICH, “La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales”, *Polít. crim.* 7 14, 2012, pp. 358-359, esp. p. 360.

(180) ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2007, p. 233

Sin embargo, ya fue expuesto suficientemente⁽¹⁸¹⁾ que el deber en cuestión no es propiamente “extrapenal” ni ajeno a la norma de comportamiento. Piénsese, nuevamente, en los dos guardias penitenciarios que dejan escapar a un preso que se encuentra bajo su custodia. Ellos, como ya se expuso, tenían –en abstracto– el deber de servir a la función pública y –en concreto– el deber de no dejar escapar a presos esa misma noche. De este modo, si a ellos se les imputa el quebrantamiento de pena, según art. 281 CPArg., en coautoría, no es por la mera infracción de un deber de “rectitud de la función pública” considerada en abstracto, sino por la infracción del mencionado deber concreto –que, efectivamente, presupone el deber abstracto–. En resumidas cuentas: la infracción al deber nunca puede pasar por alto la tipicidad; siempre debe imputarse una conducta típica⁽¹⁸²⁾. Por ello, no es cierto que se trate de un deber anterior a la norma de comportamiento inferida del ordenamiento jurídico-penal, sino que este deber también constituye esa norma⁽¹⁸³⁾.

Para Seier⁽¹⁸⁴⁾, la teoría de los delitos de infracción de deber solo resulta de recibo cuando se cumplan cumulativamente dos condiciones: debe tratarse de un deber especial “verdadero” frente al bien jurídico afectado y la ley debe hacer alcanzar para la realización del tipo cada posible conducta del especialmente obligado, de modo que el tipo no pueda concretarse en una modalidad bien definida de conducta. Por ello, existiría una lesión al principio de legalidad si se aplican las consecuencias jurídicas de esta categoría, por ejemplo, en el delito de constreñimiento a una confesión, según § 343 StGB. Allí, el legislador habría establecido que la lesión del deber especial puede ser típica mediante la realización de determinadas conductas (el párrafo incluye una

(181) *Ut supra* II.

(182) Por ello, no tiene razón LANGER (*Das Sonderverbrechen*, 1972, pp. 223 ss.) cuando afirma que, en esta categoría delictiva, la inducción por parte del especialmente obligado contiene ya íntegramente la infracción del deber –delito consumado–, aunque no se produzca el resultado típico. Lo que no se advierte es que, como se sostuvo, también en los delitos de infracción de deber se requiere la lesión de un derecho fundamental, perfeccionada mediante la realización de todos los elementos del tipo.

(183) Así también, SÁNCHEZ VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 116 ss. y *passim*; 94-195; BACIGALUPO SAGGESE, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, 2007, pp. 98 ss. La misma solución, pero siguiendo el sistema de ROXIN, en WITTECK, *Der Betreiber im Umweltstrafrecht*, 2004, p. 171. PARIONA ARANA, *Täterschaft und Pflichtverletzung*, 2010, cap. 4A. Dentro de este último grupo de autores, en la dogmática jurídico-penal argentina, RESTON (*Los delitos de infracción de deber*, 2014, p. 124) sostiene que “si bien el deber es extrapenal, una vez captado por el tipo se convierte en un elemento normativo de este y pasa a tener relevancia penal”. Por lo demás, no puede perderse de vista que el rechazo a la supuesta indeterminación del deber infringido en esta categoría delictiva se defiende, en términos generales, por representantes de la teoría del dominio del hecho y de las –ya expuestas– posiciones de garante de la dogmática finalista, ambos conceptos que detentan una indeterminación igual o superior. Así también SÁNCHEZ VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 102-103.

(184) SEIER, “Der Einheitstäter im Strafrecht und im Gesetz über Ordnungswidrigkeiten”, *JA*, 1990, p. 383. En el mismo sentido, KRAATZ, *Die fahrlässige Mittäterschaft*, 2006, pp. 206 ss.

lista de los métodos interrogatorios prohibidos y excluye, por ejemplo, cualquier forma de engaño o artificio).

En sentido coincidente con Seier, distingue Samsom⁽¹⁸⁵⁾ entre delitos de simple infracción del deber y delitos en los que el tipo exige cumulativamente una infracción de deber y una acción determinada. A partir de esta distinción, este autor propone la siguiente solución: si el tipo penal solo contiene la lesión de un deber mediante cualquier acción, como por ejemplo en la administración desleal, según art. 173 inc. 7 CPArg., el especialmente obligado que actúa por detrás resulta autor. Si, en cambio, el tipo penal requiere, además, una acción determinada, como, por ejemplo, ocurre en la obtención extorsiva de una confesión (§ 343 StGB), el funcionario solo será autor si, además del deber especial, tiene el dominio (fáctico) del hecho⁽¹⁸⁶⁾.

Lo curioso de la posición de Seier es que la indeterminación en la formulación de ciertos delitos especiales (por ejemplo, de funcionarios) sería un requisito *sine qua non* para evitar una infracción al principio de legalidad, si allí se aplica la categoría de los delitos de infracción de un deber. Pero esta posición no puede defenderse. La carente determinación del legislador en algunos tipos penales –más o menos justificada– no puede ser el fundamento de la escisión del sistema de imputación. Por lo demás, esta indeterminación no es patrimonio exclusivo de los delitos de infracción de deber: ¿cuál es la modalidad específica en amenazar a otro, según art. 149 bis CPArg., o en documentar falsamente, según art. 292 CPArg.?⁽¹⁸⁷⁾

Por otra parte, como ya se sostuvo, el segundo asunto problemático vinculado al principio de legalidad consiste en la supuesta subsunción de una conducta de participación en una conducta de autoría, lo que elevaría, *contra legem*, la punibilidad del agente⁽¹⁸⁸⁾. En efecto, por supuesto que el principio de legalidad prohíbe que un comportamiento de inducción o de complicidad sea tratado como uno de autoría, pero es que un argumento de esta naturaleza constituye una verdadera petición de principio: lo que precisamente debe

(185) SAMSON, SK, 6a ed., 1995, § 25 n.m. 109.

(186) Crit. sobre ello BACIGALUPO SAGGESE, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, 2007, pp. 96-97.

Por lo demás, siguiendo este razonamiento consecuentemente, renacería el problema del instrumento doloso no calificado.

(187) Acertadamente, PARIONA ARANA (*Täterschaft und Pflichtverletzung*, 2010, pp. 94-95) quien incluso advierte que ambas configuraciones típicas admiten las modalidades comisivas y omisivas.

(188) Confróntese con GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en el Derecho Penal*, 1966, p. 298; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho Penal*, 1991, pp. 619 ss.; BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata en Derecho Penal*, 2000, p.439; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte general*, 2ª ed., 2002, pp. 775-776; STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6ª ed., 2011, § 12 n.m. 40 ss.

determinarse es si, efectivamente, se está ante conductas de autoría, complicidad o determinación⁽¹⁸⁹⁾.

Así, como ya se sostuvo en otro lugar⁽¹⁹⁰⁾, en nuestro ordenamiento jurídico-penal, el contenido de la autoría—directa y mediata— no está previsto en el Libro primero del Código Penal (*Disposiciones generales*), sino en los distintos tipos de la Parte especial y, del mismo modo, la coautoría como “tomar parte en la ejecución del hecho”, según la letra de art. 45 CPArg., no puede interpretarse siguiendo los postulados de la teoría material de la simultaneidad si no se quiere llegar a resultados profundamente insatisfactorios. Entonces, de todo esto se colige que, en puridad, el Código Penal argentino—tal como acontece en Alemania y España⁽¹⁹¹⁾— no ofrece un concepto de autor, sino que su desarrollo queda destinado a la labor dogmática. Y allí la conceptualización y el desarrollo de las distintas instituciones resultan solidarios con una configuración de la autoría con sólidos pilares iusfilosóficos y alejado de parámetros meramente intuitivos⁽¹⁹²⁾. Por lo demás, el estudio detenido de las formas externas de participación—*stricto sensu*—, incluidas en art. 45-46 CPArg., muestra que solo expresan fórmulas relativas, *ergo* materialmente dependientes del concepto de autor que se siga.

VII. ¿DELITOS ESPECIALES? ¿QUÉ QUEDA?

El desarrollo dogmático presentado del delito de infracción de deber especial reconoce una fundamentación institucional y, por lo tanto, material de la reducción del círculo de autores. En tal medida, esta categoría delictiva implica una superación de la dogmática clásica del delito especial—*delicta propria*—, caracterizado por la descripción de una conducta que solo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos que posean determinadas condiciones especiales—circunstancias, cualidades o relaciones— requeridas por el tipo penal. Sin embargo, un importante sector doctrinario⁽¹⁹³⁾—evidenciado, principalmente, en la manualística— aún reconoce esta categoría y la definiría

(189) SÁNCHEZ VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 194-195.

(190) *In extenso* FALCONE, “El autor como ejecutor del delito”, *Revista de Derecho Penal*, t. 1, 2018, pp. 99.

(191) BACIGALUPO SAGGESE, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, 2007, p. 96.

(192) Sobre el pensamiento sistemático e intuitivos en la teoría de la imputación, en general, CARO JOHN, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, 2014, pp. 21 ss.

(193) Véase, por todos, NUÑEZ, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, 1978, p. 282; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5a ed., 1996, p. 266; ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, p. 211; CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español, Parte General*, 6ª ed., 2004, p. 118; OTTO, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5a ed., 2005, p. 41; GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006, pp. 15-17; KÜHL, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8a ed. 2016, p. 620; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 56a ed., 2016, § 1 n.m. 52.

—por exclusión—, *prima facie*, a partir de un criterio formal: si el legislador redacta el tipo penal mediante el empleo de la fórmula “quien” o “el que”, estaría rechazando la inclusión de elementos especiales de la autoría, por lo que el delito sería común.

Sin embargo, este criterio no puede ser de recibo⁽¹⁹⁴⁾. En algunos tipos penales, a pesar del empleo de esta fórmula —y de la resultante aparente apertura del círculo de posibles autores—, en verdad, la posibilidad de realizar la conducta típica, solo la detentan determinados ciudadanos⁽¹⁹⁵⁾. En efecto, y a título ejemplificativo, una correcta interpretación de los delitos de retención indebida y de administración fraudulenta muestra que el círculo de posibles autores debe igualmente reducirse. Así, en virtud de art. 173 inc. 2 CPArg., será autor de retención indebida “[e]l que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver”, lo que presupone que la cosa que el agente se niega a devolver o no restituye, le haya sido conferida por un título jurídicamente válido, como un contrato de depósito, comisión, administración, prenda, depósito judicial, etcétera. —enumeración no taxativa—, lo que lo convierte, en verdad, en el “poseedor de la cosa”⁽¹⁹⁶⁾. De modo coincidente, resulta autor de administración fraudulenta, en virtud de art. 173 inc. 7 CPArg., “[e]l que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de estos”. Entonces, según se infiere del texto, puede ser autor únicamente quien detente una determinada posición en relación con un patrimonio, bienes o intereses pecuniarios ajenos, por disposición de la ley —ej.: tutor frente a los bienes del pupilo—, de la autoridad —ej.: empleado designado a tareas de tesorería por parte de la autoridad de la entidad en la que se desempeña— o por un acto jurídico —por ejemplo, administración o gestión en función de un contrato de trabajo; mandatario—⁽¹⁹⁷⁾.

(194) Por todos, ROXIN *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 4a. ed., 2006, § 10 n.m. 128.

(195) ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 4ª ed., 2006, § 10 n.m. 128; GÓMEZ Martín, *Los delitos especiales*, 2006, p. 101.

(196) Por ello, a pesar de la redacción del tipo penal, JAKOBS (*Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, § 23 n.m. 24 ss.) considera a § 246 StGB un delito especial de organización. Similar, CARO JOHN, “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, *Anuario de Derecho Penal*, t. 1, 2003, p. 64.

(197) Por todos, DONNA, *Derecho Penal. Parte especial*, t. II B, 2001, pp. 413 ss.

Entonces, y luego de advertir las limitaciones obrantes en el criterio formal expuesto, para la conceptualización e identificación de los delitos especiales, debe sostenerse que el criterio subsidiario de atender a la concreta conducta típica⁽¹⁹⁸⁾ trae aparejado, a mi entender, el alejamiento de la *formalidad* en la definición y la consecuente pérdida del contorno de la categoría misma, en sus postulados originales. Así, en la medida que los elementos que determinan la especial obligación del garante frente a ciertos bienes jurídicos pertenecen a la tipicidad, los delitos impropios de omisión deberían ser también considerados delitos especiales⁽¹⁹⁹⁾.

De modo coincidente, afirma Gimbernat que, en los delitos comunes subyacentes a los delitos especiales impropios, tampoco podría advertirse, válidamente, un autor indeterminado. Por ejemplo, autor de un delito de homicidio no podría ser cualquiera, sino solo aquellos sujetos que no se encontrasen con la víctima en una cierta relación de parentesco, ya que, de lo contrario, el sujeto ya no sería autor de un homicidio, sino de un parricidio⁽²⁰⁰⁾. Además, si se apela a un argumento radical, todos los delitos que tutelan, en primer lugar, intereses individuales, como el homicidio –según art. 79 CPArg.–, el abuso sexual –según art. 119 CPArg.– o el hurto –según art. 162 CPArg.–, serían delitos especiales, pues se dirigirían a toda la ciudadanía menos al titular del derecho fundamental afectado, quien podría disponer libremente de este derecho⁽²⁰¹⁾.

También puede incluirse en esta nómina, según entiendo, otro grupo de delitos que presenta dificultades para el entendimiento formal del delito especial. Así, si el fundamento del delito especial radica en la reducción del posible círculo de autores, esto resulta solo aparente en delitos como el de traición –propia e impropia–, según art. 214 en conexión con 218 CPArg. Este delito, formalmente especial, por prescindir de la fórmula “el que” o “quien”, puede, a partir de un criterio interpretativo gramatical, ser cometido por 1. “todo argentino”, 2. “persona que deba obediencia a la Nación” y 3. “extranjero residente en territorio argentino” (sea la residencia legal o ilegal, según entiende la doctrina), de modo que, si se consideran las disposiciones relativas a la aplicación del Código Penal según art. 1 CPArg., que desconocen el principio de personalidad –§ 7 StGB–, resulta que en verdad no existen personas en Derecho obligadas por las disposiciones del ordenamiento jurídico-penal

(198) Expuesto ya en LANGER, *Das Sonderverbrechen*, 1972, pp. 28 ss.

(199) Así, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed, 2015, pp. 498 ss.; JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, § 25 n.m. 45 s.; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, p. 377.

(200) GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en el Derecho Penal*, 1966, pp. 286.

(201) Confróntese con Sánchez Vera, *El denominado “delito de propia mano”*, 2004, pp. 137-138.

argentino que no sean alcanzadas por las normas de comportamiento que se infieren de estos tipos penales⁽²⁰²⁾.

Finalmente, si se advierte que el ordenamiento jurídico-penal no aporta un concepto de delito especial y que la información contenida exclusivamente en los tipos penales no permite trazar criterios delimitadores sistemáticamente sólidos entre el delito común y el espacial, entonces se vuelve menester recurrir a los límites aportados por la teoría de las competencias, que ya fueron expuestos. En estos términos, el delito de infracción de un deber especial significa la superación de la categoría dogmática clásica del delito especial a partir del contenido y desarrollo de las instituciones.

VIII. RESUMEN DE CONCLUSIONES

El fundamento principal de la distinción entre competencia e imputación radica en que, según se entiende de modo uniforme en dogmática, una norma de comportamiento no puede informar sobre las capacidades requeridas para su propio cumplimiento. En el marco de tal distinción, este trabajo ofrece un cambio de perspectiva que, según entiendo, debe guiar el desarrollo venidero de la teoría de la imputación. En efecto, ya no puede pensarse en un esquema analítico que conciba, en primer término, la teoría del delito para un autor individual y en el que la intervención delictiva (plural) solo merezca una dedicación secundaria y periférica —que, por regla general, se traduce en un tratamiento diferenciado en la manualística, allende la estructura de la culpabilidad y junto al injusto culposos, omisivos, intentados, etcétera—. Por el contrario, la moderna teoría de la imputación debe incluir la intervención delictiva plural como supuesto principal y el caso de interviniente unitario como supuesto excepcional y, por lo tanto, no merecedor de un tratamiento sistemático diferenciado.

En este sentido, el primer momento analítico, según entiendo, debe constituirse a partir del establecimiento de la norma de comportamiento de *no intervenir en delitos* (dirigida, en primer término, al juzgador, pero referida a la actuación del ciudadano) que se constituye a partir de los tipos penales de la Parte especial —en tanto “norma global”— y, además, a partir de los preceptos incluidos en la Parte general (más precisamente y en lo que aquí respecta, en el capítulo destinado a la *Participación criminal* contemplado en arts. 45-49 CPArg.). Seguidamente, el segundo momento de este esquema analítico lo constituye la imputación del hecho a (¡todos!) los intervinientes, mediante la

(202) Más próximo, sobre ello, FALCONE, *Staatsschutzstrafrecht* “in Argentinien und Deutschland”, 2015, pp. 111 ss.

realización de la propia conducta, por un lado, y la realización del hecho por mano ajena a partir de un momento de *representación*, por el otro. Luego, este *hecho de todos* debe subsumirse en la mencionada norma de comportamiento de no intervención en delitos para fijar la infracción. Finalmente, el tercer momento analítico (en materia de intervención delictiva) lo constituye la distinción secundaria entre autores y partícipes que opera (aún), en la teoría de la imputación, en los delitos de infracción de deber especial y, en la teoría de la pena, en los delitos de infracción de deber general.

Una teoría de la imputación que aspire a convertirse en un verdadero *sistema* tendrá, según entiendo, éxitos magros si carece de una idea rectora fundacional. Por ello, este pilar debe radicar en la idea de *libertad*, de modo que el desarrollo analítico de sus esferas posibilite la distinción entre dos tipos principales de exigencias del ciudadano, cuyo incumplimiento da lugar a las dos clases de delitos mencionados en el párrafo anterior. Entonces, primeramente, la infracción del deber general se corresponde con una prohibición general y negativa de no lesionar a los demás ciudadanos. Pero la vida en comunidad no podría funcionar si los deberes de ciudadanía terminasen allí y, por ello, sobre estos deberes se instituyen otros –superiores– de protección y fomento, especiales y positivos. En efecto, estos se basan en *instituciones* especiales que se ocupan ora de la vigencia organizada del Derecho, ora de las relaciones diferenciadas de cuidado. Aquí debe aclararse que, en el establecimiento de estos deberes especiales, deviene completamente irrelevante la forma externa de la conducta –acción u omisión– y la formulación positiva o negativa del tipo penal –prohibición y mandato en términos formales–.

Superado el primer nivel analítico de intervención delictiva –*hecho de todos* subsumido en la norma de comportamiento de *no intervenir en delitos*–, si se advierte que uno de los intervinientes infringe un deber especial –en los términos planteados–, ese interviniente se convierte –aún en la teoría de la imputación– en autor del delito, independientemente de que la forma externa de su intervención parezca subsumible en una conducta de participación –*stricto sensu*–. Por lo demás, determinada la irrelevancia normativa de la distinción entre autoría directa y mediata, la coautoría se constituye en estos delitos (no existe propiamente coautoría fuera de esta categoría) a partir de la infracción de un deber coincidente que no solo lo es en abstracto, sino que debe concretizarse en el momento del hecho mismo –dos guardias penitenciarios al cuidado de un prisionero una noche determinada, dos padres que deben velar una tarde por su hijo recién nacido, etcétera–.

La posibilidad de punir la participación en un delito de infracción de deber especial se fundamenta, a pesar de lo que entiende un reconocido sector doctrinal, en la infracción de la norma de comportamiento subyacente de no

intervenir en delitos. Por ello, esta posición yerra en no reconocer una norma de comportamiento infringida por el *extraneus*. La excesiva estrechez –con resultado excluyente– se basa, a mi entender, en inferir la norma de comportamiento únicamente de los tipos de la Parte especial. Contrariamente, como se expuso aquí suficientemente –y como ya sostenía Binding–, no debe pasarse por alto que el Derecho también espera, por ejemplo, de un panadero que no intervenga en un prevaricato. Por lo demás, la intervención delictiva del *extraneus* resulta siempre, y según el caso, de complicidad primaria (misma pena que el autor), según art. 45 ora. 1 alt. 2 CPArg.; secundaria, según art. 46 CPArg. o de determinación directa, según art. 45 ora. 2 CPArg., y es, en todos los casos, cuantitativa y cualitativamente accesorio.

Los delitos de infracción de deber deben diferenciarse de los denominados delitos de posición. En estos no se verifica la infracción de un deber especial de protección y fomento, sino que el tipo penal señala una determinada posición que suele ocupar el interviniente para lesionar el derecho fundamental tutelado por dicho tipo penal. Un ejemplo lo ofrece el conductor de un vehículo en una prueba de velocidad, según art. 193 bis CPArg.: la intervención delictiva y la autoría del *extraneus* son posibles. Más aun, en estos delitos el único nivel analítico obrante es el de intervención delictiva, por lo que, en la teoría de la imputación, no puede distinguirse entre autores y partícipes. Consecuentemente, el problema dogmático clásico del instrumento doloso no calificado resulta, igualmente, inocuo.

A un desarrollo como el que aquí se presenta se puede argüir una infracción al principio de legalidad en general y al mandato de certeza, en particular. En efecto, un sector doctrinal entiende que el concepto de institución es aún demasiado abstracto para fundamentar una categoría delictiva. Sin embargo, esta posición pierde de vista que una interpretación sistemática de la ley obliga a atender a las especiales relaciones entre ciudadanos e intereses tutelados, que en cualquier caso la dogmática tradicional ya desarrolla en el marco del delito omisivo y, en menor medida, del delito culposos. Aceptado esto, debe comprenderse que la competencia institucional no es más que un desarrollo iusfilosófico, consistente de las clásicas posiciones de garantía con amplio reconocimiento dogmático. Por otra parte, yerra el sector doctrinal que señala que en esta categoría delictiva se penalizan conductas de verdadera participación como de autoría. Efectivamente, el Código Penal argentino, por ejemplo, no aporta un concepto de autor, sino que, como se expuso, este se infiere de los tipos penales de la Parte especial, lo que habilita una interpretación a partir de criterios institucionales.

La interpretación que aquí se efectúa sobre el alcance de los deberes especiales dista de la posición clásica, que identifica el delito especial con las

exigencias expresamente establecidas en el tipo penal y que, por lo general, se materializa en la exclusión de la fórmula genérica de “el que”. Pero tal fundamentación, luego de observadas las inconsistencias dogmáticas resultantes, no puede ser de recibo. Por lo demás, la posición aquí defendida también trae aparejada una reducción del círculo de posibles autores y, en tal medida, puede considerarse al delito de infracción de deber como el resultado de la evolución de la categoría clásica del delito especial. En este sentido, el profundo desarrollo dogmático de la teoría de las competencias, a partir de diferenciación entre las distintas instituciones implicadas, aporta un criterio diferenciador más sólido y, por lo tanto, superador.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, *Internationales Strafrecht*, Beck, 5a ed., München, 2018.
- BACIGALUPO (1999), *Derecho Penal. Parte general*, 2a ed., Hammurabi, Buenos Aires.
- BACIGALUPO SAGGESE (2007), *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, Marcial Pons, Madrid y otras.
- BAUMANN (1963), “Beihilfe bei eigenhändiger voller Tatbestandserfüllung”, *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 561 ss.
- BELING (1906), *Die Lehre vom Verbrechen*, Mohr, Tübingen.
- BINDING (1915), *Strafrechtliche und Strafprozessuale Abhandlungen*, t. I, Duncker & Humblot, München y otras.
——— (1907), *Grundriss des Deutschen Strafrechts*, Engelmann, 7a ed., Leipzig.
- BLOY (1996), “Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung”, *GA*, pp. 424 ss.
——— (1985), *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin.
- BOCK (2006), *Römischrechtliche Ausgangspunkte der strafrechtlichen Beteiligungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin.
- BOCKELMANN (1957), *Strafrechtliche Untersuchungen*, Schwartz, Göttingen.

- /VOLK (1987), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Beck, 4 ed., München.
- BRANDOM (1994), *Making it explicit. Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*, Harvard University Press, Cambridge.
 - CANCIO MELIÁ (2004), *Líneas básicas de la teoría de imputación objetiva*, Ediciones jurídicas Cuyo, Mendoza.
 - CARO JOHN, (2014), *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, Ara, Lima.
 - (2007), *Das erlaubte Kausieren verbotener Taten*, Nomos, Baden-Baden y otras.
 - (2003), “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, *Anuario de Derecho Penal t. 1*, pp. 49 ss.
 - (2003), *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Grijley, Lima.
 - CHOCLÁN MONTALVO (2003), *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales: tratamiento penal de la información societaria inveraz*, Bosch, Barcelona.
 - CEREZO MIR (2004), *Curso de Derecho Penal español, Parte General*, t. I, 6a ed., Tecnos, Madrid.
 - CORTÉS ROSA (1978), “Teilnahme am unechten Sondereverbrechen”, *ZStW 90*, pp. 432 ss.,
 - CRAMER (1979), “Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme”, en Arthur Kaufmann (ed.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70 Geburtstag am 7. dezember, 1978*, Beck, München, pp. 389 ss.
 - /Heine (2010), *Schönke/Schröder. Strafgesetzbuch. Kommentar*, 28 ed., Beck, München.
 - DENCKER (1996), *Kausalität und Gesamttat*, Duncker & Humblot, Berlin.
 - DERKSEN (1993), “Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft”, *GA*, pp. 163 ss.

- DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO (1991), *La autoría en Derecho Penal*, PPU, Barcelona.
- DONNA (2004), “El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal”, *Revista de Derecho Penal, Delitos contra la Administración Pública*, t. II, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, pp. 9 ss.
- DREHER (1970), “Plädoyer für den Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht”, *NJW*, pp. 1116 ss.
- / TRÖNDLE (1993), *Strafgesetzbuch und Negengesetze*, Beck, 46a. ed., München.
- EBERT (2008), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Müller, 4a ed., Heidelberg.
- FALCONE, (2017), *La caída del dominio del hecho*, Ad hoc, Buenos Aires.
- (2016), “El concepto normativo de conducta jurídico-penal”, en SCHROEDER/ECKSTEIN/FALCONE (eds.), *Delitos de posesión o tenencia*, Ad Hoc, Buenos Aires, pp. 269 ss.
- (2015), “*Staatsschutzstrafrecht*” in *Argentinien und Deutschland*, Dr. KOVAC, Hamburg.
- (2015), “El autor detrás del autor en el Derecho Penal empresarial”, *Revista de Derecho Penal. Derecho Penal económico. Delitos contra el orden económico y financiero*, t. I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, pp. 9 ss.
- FEIJOO SÁNCHEZ (2012), “Fundamentos de la responsabilidad penal empresarial individual”, en: ARROYO ZAPATERO/LASCANO/NIETO (dirs.), *Derecho Penal de la empresa*, Ediar, Buenos Aires.
- FEUERBACH (1806), *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, t. II, Tasché und Müller, Giessen.
- FREUND (2009), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2a. ed., Springer, Berlin y otras.
- (1992), *Erfolgssdelikt und Unterlassen: zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Heymann, Mannheim.

- FRISCH (1988), *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Müller, Heidelberg.

————— (1983), *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes; zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Heymann, Köln et. al.
- FUCHS (1881), *Kritische Erörterung von Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*“, *GA* 29, pp. 170 ss.
- GALLAS (1989), *Studien zum Unterlassungsdelikt*, Decker & Müller, Heidelberg.
- GARCÍA CAVERO (2007), *Derecho Penal económico*, 2a. ed., Grijley, Lima.

————— (1999), *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, Bosch, Barcelona.
- GARCÍA DEL BLANCO (2006), *La coautoría en Derecho Penal*, Tirant lo Banch, Valencia.
- GIMBERNAT ORDEIG (1968), “Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre”, *ZStW* 80, 1968, pp. 942 ss.

————— (1966), *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Universidad de Madrid, Madrid.
- GÓMEZ MARTÍN (2014), “Los delitos especiales y el art. 65.3 del Código Penal Español”, en: ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”. El debate doctrinal en la actualidad*, BdeF, Buenos Aires, pp. 99 ss.

————— (2006), “Pertenencia del hecho, instrumento doloso no cualificado y delitos de propia mano”, en: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, II 17, pp. 11-43.

————— (2006), *Los delitos especiales*, Edisofer, Madrid.

————— (2005), “La ‘actuación por otro’ y la participación de extranei en delitos especiales”, en: CARBONELL MATEU (dir.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, pp. 421 ss.

- GÓNZALEZ-RIVERO (2001), *Strafrechtliche Zurechnung bei Defekzuständen, zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Zurechnungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin.
- GRACIA MARTÍN (1995), “La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el Derecho Penal español”, en ARROYO ZAPATERO (ed.), *Hacia un Derecho Penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedermann*, BOE, Madrid, pp. 81 ss.
- GROPP (2015), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer, 4a ed., Berlin y otras.
- GRÜNWALD, “Zu den besonderen persönlichen Merkmale (§ 28 StGB)”, en: DORNSEIFER (ed.), *Gedächtnisschrift für Armin KAUFMANN*, 1989, pp. 555 ss.
- HAAS (2008), *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*, Duncker & Humblot, Berlin.
————— (2007), “Kritik der Tatherrschaftslehre”, *ZStW* 119, pp. 519 ss.
- HAKE (1994), “Beteiligtenstrafbarkeit und besondere persönliche Merkmale”: en: *Beitrag zur Harmonisierung des § 28 StGB*, Dunkler und Humblot, Berlin.
- HARDWIG (1957), *Die Zurechnung, ein Zentralproblem des Strafrechts*, de Gruyter, Hamburg.
————— (1954), “§ 28 und die Bereinigung des Strafgesetzbuches”, *GA*, p. 77
- HEGEL (1821, ed. 1986), *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, en MOLDENHAUER/MICHEL (eds.), *Werke in zwanzig Bänden*, t. 7, Suhrkamp, Frankfurt am Main.
————— (1973), *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831: Edition und Kommentar*, (edición al cuidado de ILTING) t. I-IV, Frommann-Holzboog, Stuttgart.
- HEGLER (1932), “Mittelbare Täterschaft bei nicht rechtswidrigen Handeln der Mittelsperson”, en: LEHMANN/GMELIN (ed.) *Festgabe für Richard Schmidt*, Hirschfeld, Leipzig, pp. 51 ss

- HEINRICH (2002), *Rechtsgutszugriff und Entscheidungsträgerschaft*, München, Beck.
- HENKEL (1932), *Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht*, Beck, Munich.
- HERZBERG (1991), “Akzessorietät der Teilnahme und persönliche Merkmale”, *GA*, pp. 143 ss.
————— (1977), *Täterschaft und Teilnahme, eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen*, Beck, München.
————— (1976), “Die Problematik der „besonderen persönlichen Merkmale“ im Strafrecht”, *ZStW* 88, pp. 102 ss.
- HIRAYAMA (2008), “El poder ilustrativo de la teoría de los delitos de infracción de deber”, en: MONTEALEGRE LYNETT/ CARO JOHN (eds.), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo*, pp. 397 ss.
- HRUSCHKA (2009), *Imputación y Derecho Penal*, BdF, Buenos Aires.
————— (1991), “Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln”, *Rechtstheorie* 22, pp. 450 ss.
- JAKOBS (2014), *Theorie der Beteiligung*, Mohr Siebeck, Tübingen.
————— (2004), “El ocaso del dominio del hecho”, en Cancio Meliá/Jakobs, *Conferencias sobre temas penales*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.
————— (1996), *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Civitas, Madrid.
————— (1996), *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 2ª ed., Schöningh Paderborn, Düsseldorf.
————— (1991), *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, de Gruyter, 2a. ed., Berlin.
- JESCHECK/WEIGEND (1996), *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5a ed., Duncker & Humblot, Berlin.

- JOECKS (2016), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 3a ed., Beck, München.
- KAUFMANN, Armin (1988), *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 2a. ed., Schwartz, Göttingen.
————— (1954), *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Schwartz, Göttingen.
- KINDHÄUSER (2015), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7a ed., Nomos, Baden-Baden.
————— (2015), “§ 32”, en *NK*, 6ª ed., Nomos, Baden-Baden.
————— (2009), “Infracción de deber y autoría. Una crítica a la teoría del dominio del hecho”, en: *Taller de ciencias penales de la UNMSN*, pp. 1 ss.
————— (2001), “Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft”, en BOHNERT (ed.), *Verfassung - Philosophie - Kirche. Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 627 ss.
————— (1994), “Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht”, *JRE* 2, pp. 339 ss.
————— (1989), *Gefährdung als Straftat*, Klostermann, Frankfurt am Main.
- KLATT (2004), *Theorie der Wortlautgrenze*, Nomos, Baden-Baden.
- KÖHLER (1997), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin
- KRAATZ (2006), *Die fahrlässige Mittäterschaft. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Zurechnungslehre auf der Grundlage eines finalen Handlungsbegriffs*, Duncker und Humblot, Berlin.
- KREY (2005), *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. II, 2a ed.,
- KÜHL (2012), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Vahlen, 7a. d., München.
- KUHLEN (2006), *Die Verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg.
————— (2012), “Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de analogía”, en: MONTIEL (ed.), *La crisis del principio*

de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿decadencia o evolución?, pp. 151 ss.

- LENCKNER (2010), „vor § 13“, en *Schönke/Schröder. Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Müller, 28a ed., Múnich.
- LESCH (2018), “¿Presupone la *applicatio legis ad factum* una *imputatio facti*?”, *Enfoques penales* 3, pp. 22 ss.
————— (2014), *Norma, causalidad y acción*, Marcial Pons, Madrid y otras.
————— (1999), *Der Verbrechensbegriff*, Heymanns, Colonia y otras.
————— (1995), “Intervención delictiva e imputación objetiva”, *ADPyCP XLVIII*, pp. 911 ss.
- VON LISZT (1919), *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Gruyter, 22a ed., Berlin.
- MAÑALICH (2009), *Nötigung und Verantwortung*, Nomos, Baden-Baden.
- MIR PUIG (2016), *Derecho Penal. Parte general*, 10. ed., Reppertor, Barcelona.
- MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (2015), *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Branch, 9a. ed.
- MÜSSIG (2004), “Rechts- und gesellschaftstheoretische Aspekte der objektiven Zurechnung im Strafrecht“, en: ROGALL et. al. (eds), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Luterhand, Neuwied, pp. 165 ss.
- PARIONA ARANA (2010), *Täterschaft und Pflichtverletzung: Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik*, Nomos, Baden-Baden.
- PAWLIK (2016), *Ciudadanía y Derecho Penal*, Atelier, Barcelona.
————— (2012), *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr, Tübingen.
————— (2010), *La libertad institucionalizada*, Marcial Pons, Madrid y otras.

- PEÑARANDA RAMOS (2015), “Sobre el alcance de art. 65.3 CP”, en: ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, pp. 2 ss.
- (1990), *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Tecnos, Madrid.
- POLAINO-ORTS (2014), *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el nuevo Sistema de Justicia penal*, CESCJUC, Ciudad de México.
- QUANTE (1993), *Hegels Begriff der Handlung*, Frommann Holzboog, Stuttgart y Bad Cannstatt.
- RENZIKOWSKI (2002), “Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtstheorie”, en: DÖLLING/ERB (eds.), *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg, pp. 3 ss.
- (1997), *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- RESTON (2014), *Los delitos de infracción de deber, ¿es admisible un doble criterio de determinación de autoría?*, BdeF, Buenos Aires.
- ROBLES PLANAS, (2012), “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)”, *InDret* 2.
- (2007), *Garantes y cómplices. La intervención por omisión en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona.
- (2003), *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid y otras.
- / RIGGI (2014), “El extraño artículo 65.3 del Código Penal”, en: ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”. El debate doctrinal en la actualidad*, BdeF, Buenos Aires, pp. 59 ss.
- ROTSCH (2009) “*Einheitstäterschaft*” statt *Tatherrschaft*. Zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformensystem in einer normative-funktionalen Straftatlehre, Mohr Siebeck, Tübingen.

- ROXIN (2015), *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9a ed., de Gruyter, Berlin y otras.
 - (2006), *Strafrecht. Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre*, t. I, Beck, 4ta. ed., München.
 - (2003), *Strafrecht. Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre*, t. II, Beck, München.
 - (1993), “§25”, en *LK*, 11ª ed., Walter de Gruyter, Berlín.
- RUEDA MARTÍN, “Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración pública”, *RDPC* 8, 2001, pp. 159 ss.
- SÁNCHEZ OSTIZ, (2017) “Sobre los fundamentos de una teoría general del delito. Comentario a propósito de la obra de M. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012”, en *ZIS* 3, pp. 182 ss.
- SÁNCHEZ VERA (2014), “Delito de infracción de deber”, en: ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*. *El debate doctrinal en la actualidad*, BdeF, Buenos Aires, pp. 288 ss.
 - (1999), *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, Duncker & Humblot, Berlín.
- SCHUMANN (1986), *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Mohr, Tübingen.
- SCHÜNEMANN (2001), “Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft”, en EL MISMO et. al. (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Gruyter, Berlín y otras, pp. 1 ss.
 - (1995), “Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland”, en: GIMBERNAT et. al. (eds.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, pp. 60 ss.
 - (1978), “Besondere persönliche Verhältnisse und Vertreterhaftung im Strafrecht”, *ZSchR*, pp. 151 ss.
- SEELMANN (1980), “Mittäterschaft im Strafrech”, *JuS*, pp. 571 ss.

- SEIER (1990), “Der Einheitstäter im Strafrecht und im Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (Teil 1)”, *JA*, 1990, pp. 342 ss.
- SILVA SÁNCHEZ (2010), *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, BdF, 2a ed., Montevideo y Buenos Aires.
————— (2005), *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Atelier, Barcelona.
————— (2005), “Determinación de la pena y responsabilidad civil en el delito fiscal”, en: CARBONELL MATEU (dir.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, 2005, pp. 908 ss.
————— (1989), “Aspectos de la comisión por omisión: fundamentos y formas de intervención”, en *CPC* 38, pp. 388 ss.
- SINN (2007), *Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten. Zurechnung und Freistellung durch Macht*, Mohr Siebeck.
- STEIN (1988), *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, DUNCKER & HUMBLLOT, Berlín.
- STRATENWERTH/KUHLEN (2011), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6a. ed., Heymann, München y otras.
- VOGEL (1993), *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Dunkler und Humblot, Berlín.
- VOGLER (1976), “Zur Bedeutung des § 28 StGB für die Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikat”, en WARD (ed.), *Festschrift für Richard Lange zum 70 Geburtstag*, pp. 265.
- VAN WEEZEL (2009), “Intervención delictiva y garantismo penal. A la memoria de Juan Bustos Ramírez”, *ZIS* 8, pp. 432 ss.
- WELZEL (1969), *Das deutsche Strafrecht*, Gruyter, 11a ed., Berlín.
- WESSELS/BEULKE/SATZGER (2018), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, C. F. Müller, 48a. ed., Heidelberg.
- ZAFFARONI (1999), *Tratado de Derecho Penal*, t. IV, Ediar, Buenos Aires.
—————/ALAGIA/SLOKAR (2002), *Derecho Penal. Parte general*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires.

- ZUGALDÍA ESPINAR (2005), “La punición del partícipe no cualificado en los delitos especiales propios e impropios (Análisis del art. 65.3 del Código Penal)”, en: CARBONELL MATEU (dir.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, pp. 965 ss.

PROFUNDIZACIÓN DE LA CRÍTICA CONTRA LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER. ¿HASTA QUÉ PUNTO ES SOPORTABLE SU ACEPTACIÓN Y RECEPCIÓN EN EL PERÚ?

**Reflexiones a partir de su asunción indiscutible
en el marco de la discusión de los delitos
contra la Administración Pública**

DANIEL MENDOZA YANA^(*)

I. INTRODUCCIÓN

En estos últimos tiempos la doctrina penal peruana se ha caracterizado por un extensivo tratamiento en temas relacionados con los delitos contra la Administración Pública, incluso dentro de los mismos una especial atención han tenido aquellos que pueden ser cometidos por funcionarios debido a la multiplicidad de problemas que llevan consigo, tales como la relevancia de su caracterización como delitos especiales, el criterio determinador de la autoría, la posibilidad de participación de los *extranei*, su prescripción, entre otros⁽¹⁾. Una de las posibles razones de esta explosión de información se encontraría en la significativa cantidad de causas que se ventilan en los despachos judiciales, cuyos hechos imputados configuran alguno de los tantos delitos contra la Administración Pública; otra razón, además, se encontraría en la relativa importancia de los sujetos que se encuentran involucrados en tales casos.

(*) Abogado por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, LL.M. (*Master of laws*) por la Georg August Universität Göttingen (Alemania) y doctorando en la misma universidad.

(1) Una relación ejemplificativa de trabajos recientes que pretenden abarcar en conjunto varios de los temas mencionados es la siguiente: GARCÍA CAVERO, P. y VÍLCHEZ CHICHAYÁN, R. (Dir.), *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2020; VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, R., *Delitos contra la Administración Pública*, Lima: Editores del Centro, 2021; CANCHARI RAMOS, J. et. al., *Delitos cometidos por funcionarios públicos*, Lima: Instituto Pacífico, 2020; CALCINA HANCCO, A. y PAREDES VERA, J. (Dir.), *Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos y particulares en el marco de las contrataciones con el estado*, tomos I y II, Lima: Grijley, 2021; ENCO TIRADO, A., *Los delitos de corrupción en el Perú*, Lima: Gaceta Jurídica, 2020; ROJAS VARGAS, F., *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª ed., tomos I y II. Lima: Gaceta Jurídica, 2021.

De los problemas mencionados *supra*, probablemente sea uno el que a nivel nacional esté adquiriendo una progresiva aceptación –me atrevería a decir– incluso casi uniforme en la doctrina y jurisprudencia, a saber, el criterio delimitador de la autoría. En efecto, constituye un común denominador encontrarse con ensayos académicos y diferentes resoluciones de la Corte Suprema que, sin reparo alguno, estiman que la autoría en los delitos contra la Administración Pública se configura en virtud de la infracción de un deber, es decir, según este sector mayoritario los delitos contra la Administración Pública serían delitos de infracción de deber en clara consonancia con los postulados de las escuelas funcionalistas⁽²⁾. A la pregunta ¿qué implicancia práctica trae consigo esto? Estimo que de muchas la más importante estaría en el hecho que las investigaciones del Ministerio Público realizadas a funcionarios se centren en la verificación de los deberes vinculados al cargo y, posteriormente, apreciar si los mismos fueron vulnerados durante la comisión del hecho punible. Así, no existe la mayor duda de que esta forma de proceder es muy tentadora por su sencillez y, por lo tanto, su implicancia operativa.

En efecto, y es que una vez iniciado el nuevo milenio con el subsecuente destape de una considerable cantidad de causas vinculadas a delitos de corrupción durante la dictadura fujimorista, se puso al descubierto que la dogmática penal aún se encontraba en pañales en relación con las respuestas que debía ofrecer en el campo de los delitos especiales⁽³⁾, a modo de ejemplo, en el año 2003 Abanto Vásquez sostenía que autor en los delitos contra la Administración Pública es solamente el *intraneus* quien, en el sentido del verbo rector típico, haya realizado los hechos con “dominio del hecho” y en el supuesto del “instrumento doloso no cualificado” se admitiría la autoría mediata del funcionario en virtud del dominio “normativo-psicológico”⁽⁴⁾ o se aplicarían otros tipos. Posición que incluso el autor mencionado en posteriores trabajos

(2) Ya sea de corte político criminal o normativista.

(3) Así, en esa coyuntura los trabajos que otorgaban una perspectiva desde la parte general del Derecho Penal eran escasos, en efecto, en primer orden puede mencionarse las siguientes obras: PORTOCARRERO HIDALGO, J., *Delitos contra la Administración Pública*, 1ª ed. Lima: Editorial Jurídica Portocarrero, 1996; HUGO ÁLVAREZ, J., *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública*, Lima: Gaceta Jurídica, 2000, estas dos obras acabadas de mencionar lamentablemente no discuten profundamente aspectos relativos a la determinación de la autoría, es más, no se aprecia alguna a los delitos de infracción de deber; ROJAS VARGAS, F., *Delitos contra la Administración Pública*, 1ª ed. Lima: Grijley, 1999; ABANTO VÁSQUEZ, M., *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 1ª ed., Lima: Palestra, al respecto estas dos últimas obras se destacan por un rigor académico de muy alto nivel –por tal razón, luego verían a la luz nuevas ediciones–, en estas obras es recién que puede verificarse menciones a los delitos de infracción de deber, aunque en ninguna de las dos se las asuma completamente; finalmente digno de mención es FRISANCHO APARICIO, M. y PEÑA-CABRERA FREYRE, A.R., *Tratado de Derecho Penal: delitos contra la Administración Pública*, Lima: FECAT, 1999.

(4) En clara consonancia con la propuesta de JESCHECK, H. y WEIGEND, T. en *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5 ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 670.

ya no defiende más⁽⁵⁾. Es decir, en el campo de la determinación de la autoría en los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios nadie aún había sido capaz de desatar el nudo gordiano, hasta que se difundió con una vertiginosidad inimaginable la teoría de los delitos de infracción de deber ¿Será acaso que luego de tanto tiempo encadenados en las cavernas del famoso mito de Platón, el funcionalismo nos ha revelado que la realidad que se reflejaba en las sombras proyectadas en las paredes era la infracción del deber? La respuesta es claramente negativa, es más, incluso estimo que el funcionalismo jamás se desató de las cadenas, nunca salió de la misma y la postulación de la infracción del deber continúa siendo todavía una apariencia reflejada en las sombras de la pared de la caverna y lo peor de todo es que tanto la doctrina y jurisprudencia peruana mayoritaria han asumido tal postulado ilusorio como realidad, sin embargo, por mayor esfuerzo que se agote en atribuir una característica ilusoria a la realidad, la realidad no dejará de ser como tal, caso contrario démosle la bienvenida a la falacia idealista.

La afirmación acabada de realizar no es gratuita, un reflejo a la aceptación doctrinal y jurisprudencial casi unánime de esta teoría es la muy poca resistencia o crítica que se le ha hecho en comparación con la doctrina española y alemana⁽⁶⁾. El presente trabajo representa un intento de resistencia a la teoría de los delitos de infracción de deber y, en ese sentido, se pretende hacer un recuento de las críticas tradicionales que no han sido difundidas ampliamente en la doctrina penal peruana⁽⁷⁾, así como profundizarlas y, a su

- (5) Ya en el 2005 terminó cediendo ABANTO VÁSQUEZ a la posibilidad de la existencia de delitos de infracción de deber, aunque aceptando la clasificación hecha por BLOY, estima que existirían delitos “propios”, “puros” de “infracción de deber” y delitos “impropios” o “combinados” de infracción del deber. En los primeros la autoría se configuraría con la mera infracción del deber; en los segundos se requeriría además de la infracción del deber, el dominio del hecho, en ABANTO VÁSQUEZ, M., Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción del deber”, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima: Fondo editorial Asociación Universidad Privada San Juan Bautista, 2005, N° 17, p. 40; también véase las posibilidades de interacción entre el dominio del hecho y el deber, donde BLOY indica que pueden tener significado de manera cumulativa o alternativa, BLOY, R., *Die Beteiligungstypus als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlin: Duncker & Humblot, 1985, pp. 213 y 214.
- (6) Cfr. ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, 7ª ed. cit. p. 231.
- (7) Realmente son pocos los trabajos que recuentan las críticas a esta figura, a modo de ejemplo pueden nombrarse a: CASTILLO ALVA, J., Una breve crítica a los (llamados) delitos de infracción de deber, *Actualidad Penal*, Lima: Instituto Pacífico, noviembre 2016, N° 29, pp. 7-14; MEINI MÉNDEZ, I., *Lecciones de Derecho Penal – Parte general*, Lima: Fondo editorial PUCP, 2014, pp. 93-95, MONTOYA VIVANCO, Y. y RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, J., ¿Jurisprudencia Penal en disputa? Sobre la peligrosa irrupción de una dogmática irracional y desafortunada en la jurisprudencia en materia de corrupción, *Actualidad Penal*, Lima: Instituto Pacífico, mayo 2018, N° 47, p. 95 y ss.; MENDOZA AYMA, F. y MENDOZA YANA, D., Autoría y formalismo normativo. El fundamento material de la autoría a propósito del caso Diarios chicha, *Actualidad Penal*, Lima: Instituto Pacífico, noviembre 2016, N° 29, pp. 49-69; RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, J. Breve comentario a la sentencia “diarios chicha” y a la teoría “del autor único” en los delitos de infracción de deberes “institucionalizados”, *Anticorrupción y justicia penal*, Lima: IDEHPUCP, 2016, N° 7, p. 813.

vez, dar a conocer otras observaciones aún no postuladas⁽⁸⁾. Esta pretensión finalmente nos arrojará determinadas respuestas a la interrogante principal del problema que aquí se plantea: ¿Hasta qué punto es tolerable la aceptación de los delitos de infracción del deber en el Perú?

Así las cosas, la estructura del trabajo se compone de la siguiente manera: i) en primer lugar, porque toda apreciación crítica tiene como *prius lógico* la presentación del objeto a criticar, se hará una mera presentación *grosso modo* de los delitos de infracción de deber⁽⁹⁾; ii) en segundo lugar, con la finalidad de verificar el alcance real de su significación, se apreciará el verdadero origen de la comprensión jurídico penal del criterio de la infracción del deber; iii) en tercer lugar, se pretende someter a revisión los postulados en los que se basa la teoría de los delitos de infracción de deber; iv) en cuarto lugar, se apreciará la correctitud de su metodología empleada; v) en quinto lugar, se analizará la plausibilidad de los resultados a los que se arriban con los postulados de los delitos de infracción de deber y vi) finalmente, se verificará su compatibilidad con la regulación del Código Penal peruano.

II. DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

Si de delitos de infracción de deber se habla, pueden encontrarse en sentido puro dos variantes⁽¹⁰⁾: la del funcionalismo político criminal y la del funcionalismo normativo. Previa a la exposición general de cada una se resaltarán las semejanzas de ambas posturas: i) el primer carácter común es la referencia a un criterio eminentemente valorativo: “el deber” y, por lo tanto, la falta de consideración de la ejecución fenomenológica del suceso descartando, en

(8) Tal pretensión hace que por inevitables razones de espacio se deje para otra ocasión el desarrollo por menorizado de la posición que se estima es el correcto, el cual no puede ser otro más que un concepto tipológico que no abandone la estructura lógico-objetiva común a toda manifestación de autoría, esto es, el dominio.

(9) Pues se encuentra disponible en todos lados una cantidad considerable de trabajos que no escatiman en detalles a la hora de presentar la concepción de los delitos de infracción de deber en todas sus variantes, por lo que a cualquier intención de profundización en la comprensión de esos delitos me remito a los siguientes trabajos: APAZA MAMANI, H., Los delitos de infracción de deber como formas de comisión delictiva, *Derecho Penal Contemporáneo Revista Internacional*. Diciembre 2020, N° 73, pp. 27-54; BACIGALUPO, S., *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 53-88; PARIONA ARANA, R., *Täterschaft und Pflichtverletzung*, München: Nomos, 2009, pp. 35-44; SALAZAR SÁNCHEZ, N., Imputación objetiva y participación de los extraneus [extranei] en los delitos de infracción de deber, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima: Fondo editorial Asociación Universidad Privada San Juan Bautista, 2005, N° 16, pp. 535 y ss.; SALINAS SICCHA, R., *Autoría y participación en los delitos de corrupción de funcionarios*, Lima: Palestra, 2021, pp. 35-47; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2002, p. 27 y ss.

(10) Pues en sentido mixto son varias las propuestas que se manejan también doctrinalmente, sin embargo, estas últimas no serán tomadas en cuenta en esta representación general.

consecuencia, relevancia alguna al concepto del dominio del hecho para estos supuestos; ii) otra característica común es su falta de correspondencia con la categoría de los delitos especiales⁽¹¹⁾, es decir, según ambas variantes es posible hablar de delitos especiales que sean también delitos de infracción de deber, sin embargo, nada impide que existan delitos especiales que no sean de infracción de deber y también delitos de infracción de deber que no sean delitos especiales⁽¹²⁾. Sin embargo, ambas variantes reconocen que en el marco de los delitos contra la Administración Pública la correspondencia entre delitos especiales y de infracción de deber sí está presente⁽¹³⁾.

1. Delitos de infracción de deber del funcionalismo político criminal

La primera variante de los delitos de infracción de deber fue dada a conocer en 1963⁽¹⁴⁾ en el trabajo de habilitación denominado *autoría y dominio del hecho* (“*Täterschaft und Tatherrschaft*”) por Roxin. En el trabajo en mención Roxin estimó que la precisión correcta de la delimitación del concepto de autor requiere de un punto de partida metodológico que aporte en la determinación de su concepto, en ese orden, estimó razonable comprender al autor como la figura central del suceso configurado por la acción (“*Zentralgestalt des handlungsmäßigen Geschehen*”)⁽¹⁵⁾. Se trataría aún de un criterio formal

- (11) Aunque no faltan autores que incluso emplean el término de delitos especiales y de infracción de deber indistintamente, cfr. HEINRICH, B., *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 3 ed., Stuttgart: Kohlhammer, 2012, p. 549; en la literatura nacional VILLAVICENCIO, F., *Derecho Penal - Parte general*, Lima: Griley, 2006, p. 307; ROJAS VARGAS, F., *Delitos contra la Administración Pública*, 5ª ed., tomo I, cit., p. 217, aunque en la nota al pie 228 de la página citada expone la diferenciación realizada por Jakobs entre delitos especiales en sentido amplio y delitos especiales en sentido estricto o de infracción de deber.
- (12) Esto lo hace expreso Roxin cuando, siguiendo a Jakobs, estima como correcto el hecho de que existan delitos especiales “sin vinculaciones especiales de deber”, poniendo como ejemplo el exhibicionismo, ROXIN, C., *Pflichtdelikte und Tatherrschaft*, en HEFENDEHL, R. et. al. (dir.) *Streitbare Strafrechtswissenschaft - Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag*, Berlin: De Gruyter, 2014, p. 530. Circunstancia que lo mantiene aún en el 2019 donde afirma que los delitos de infracción de deber comprenderían también delitos comunes, Cfr. ROXIN, C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10 ed., Berlin: Walter de Gruyter, 2019, pp. 886 y 887, sin embargo, en la nueva edición de su tratado al momento de la diferenciación entre delitos comunes y delitos especiales, aún mantiene vigente su afirmación que en el campo los delitos especiales deberían expresarse de mejor manera como delitos de infracción de deber, cfr. ROXIN y GRECO, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Tomo I, Munich: C.H. Beck, 2020, p. 439; más profundamente sobre la no identificación de delitos de infracción de deber y delitos especiales vid. PARIONA ARANA, cit. p. 77; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, cit., pp. 34-37;
- (13) PARIONA ARANA, cit., p. 88.
- (14) Sin embargo, no podemos hablar que el origen de la teoría de los delitos de infracción de deber tuvo su origen en 1963, el origen de esta teoría está muy lejos de encontrarse en 1963, sin embargo, con fines de claridad expositiva la delimitación de su verdadero origen se desarrollará con detalle *infra* en el punto II.
- (15) La dificultad en la traducción al español de la expresión “*Zentralgestalt des handlungsmäßigen Geschehen*” ya fue advertida por Díaz García y Conlledo debido a que cuando el sufijo -mäßig en alemán va precedido de un sustantivo se crea un nuevo adjetivo que califica al sustantivo que preceden cuya vinculación puede indicar comparación, relación, etc., en el caso en concreto el sufijo -mäßig está precedido por el sustantivo *Handlung*, que significa acción, y este nuevo adjetivo formado califica, a

de carácter general que sintetizaría dos puntos de vista diferentes: el de carácter teleológico y ontológico. En relación al carácter teleológico el criterio de figura central respetaría las valoraciones realizadas por el legislador en la ley; en relación al aspecto ontológico la figura central se reconduciría a una idea plástica viviente en la conciencia común de que autor, coautor o autor mediato es la silueta central del suceso, el instigador y el cómplice se encuentra en el borde⁽¹⁶⁾. Sin embargo, este punto de partida metodológico aún no expresaría cómo debería ser llenado el contenido del criterio de la figura central, pues podría ser diferente dependiendo de la concepción valorativa del legislador, de la estructura de la conducta en que se basa y de específicos tipos penales⁽¹⁷⁾.

Roxin estimó originariamente que las categorías de la autoría podrían concretizarse en delitos de dominio, delitos de infracción de deber, delitos de propia mano⁽¹⁸⁾, sin embargo, a partir del 2018 ha añadido la categoría de las declaraciones personales punibles⁽¹⁹⁾. La mayoría de delitos de comisión dolosa encontraría su expresión como autoría en el dominio del hecho⁽²⁰⁾, sin embargo, el alcance de este criterio dependería de un análisis detallado de cada tipo penal. Este proceder es consecuente con la metodología político criminal que caracteriza al sistema de Roxin, porque si la tipicidad serviría a la realización del principio de legalidad⁽²¹⁾, entonces a partir de ese postulado se obtiene una guía sistemática de diferenciación típica mediante la interrogante de en qué medida las exigencias del principio de legalidad se encuentran realizadas en los diferentes tipos⁽²²⁾. Si se dejase de lado las formaciones atípicas de tipos penales, se aprecia que básicamente existirían dos métodos distintos que el legislador aplicaría alternativamente. El primero consistiría en la descripción más precisa posible de acciones, como el robo, donde se describen

su vez, al sustantivo *Geschehen*, que significa suceso o acontecimiento. Así las cosas, no cabe duda que en este caso el sufijo *mäßig* y *Handlung* (acción) forman un adjetivo de relación, la cual vincula a *Geschehen* (suceso), por lo que podría indicarse que se trata de un suceso que se encuentra relacionado a una acción, por esa razón, es que en el presente trabajo me pareció más afortunada la expresión de “suceso configurado por la acción”, que la de Díaz García y Conlledo quien emplea el término “proceso de actuación”, aunque no cabe duda que ambas traducciones tratan de respetar el sentido íntegro de lo que Roxin quiso expresar, cfr. DÍAZ GARCÍA Y CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho Penal*, 1ª ed., Barcelona: PPU, 1991, p. 585, nota al pie 161.

(16) ROXIN, cit., p. 29.

(17) Loc. Cit.

(18) ROXIN, C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1 ed., Hamburgo: Cram, de Gruyter & Co., 1963, p. 441 y ss.

(19) Cfr. ROXIN, C., *Täterschaft und Teilnahme bei strafbaren persönlichen Erklärungen*, en HECKER, B. et. al. (dir.) *Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag*, München: C.H. Beck, 2018, p. 93 y ss.; posición reafirmada por el autor en mención en el 2019, cfr. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10 ed., cit. p. 924 y ss.

(20) Ibid., p. 375.

(21) ROXIN, C., *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2 ed., Berlin: Walter de Gruyter, 1973, p. 15.

(22) Ibid., p. 16.

factores externos y externos. Esta constelación de casos podría denominarse como de delitos de acción⁽²³⁾, donde autor será aquel que domina la acción típica correspondiente. En el segundo método el legislador no se valdría de la composición de la conducta del autor, pues la razón estaría en la lesión de determinados deberes, cuya naturaleza aún requeriría de explicación⁽²⁴⁾. En estos delitos el principio de legalidad se encontraría garantizado a partir del hecho que el legislador se orientaría a través de deberes que se encuentren determinados en el campo extrapenal⁽²⁵⁾. Al respecto se trataría en todos los casos de deberes que se encuentran situados lógicamente delante de la norma penal y que nacen en otros campos del derecho. Los deberes jurídicos públicos del funcionario, los mandatos originados del secreto profesional, la obligación de prestar alimentos y el de lealtad podrían ser algunos ejemplos⁽²⁶⁾.

Recientemente Roxin ha variado la determinación del origen del deber, pues ya no sería la normativa extrapenal, sino más el rol social⁽²⁷⁾, tal como ya lo dejaba entrever en 1970 cuando al respecto de los delitos de infracción de deber afirmaba que la razón de la sanción se debe a que el autor lesionó las exigencias de rendimiento de un rol social que asumió⁽²⁸⁾. En buena cuenta para Roxin los delitos de infracción de deber quedarían definidas de la siguiente manera: “son aquellos tipos penales en los que la autoría se caracteriza por el hecho que alguien abusa o descuida el deber que nace de su rol social y de esa manera provoca una lesión típica del bien jurídico”⁽²⁹⁾. Sobre la clasificación de delitos que serían abarcados por esta nueva concepción aún no queda nada claro, pues conforme a la evolución de su pensamiento se han ido sustrayendo los delitos culposos⁽³⁰⁾ y los de comisión por omisión⁽³¹⁾, quedando pendientes determinados delitos especiales, en los cuales los delitos contra la Administración Pública aún seguirían perteneciendo.

Finalmente, para Roxin la infracción del deber únicamente fundamentaría la autoría, porque el injusto se fundamenta en la lesión del bien jurídico. Asimismo, según su concepción es posible la posibilidad de responsabilidad

(23) Ibid., p. 17.

(24) ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª ed., cit., p. 394.

(25) ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, cit., p. 19.

(26) ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª ed., cit., pp. 394 y 395.

(27) ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª ed., cit., p. 886.

(28) Circunstancia que aún la mantuvo en la segunda edición de su obra, cfr. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, cit. p. 17.

(29) ROXIN, *Pflichtdelikte und Tatherrschaft*, cit., p. 522.

(30) Postulado en ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1ª ed., cit., p. 527, pero sustraído en *el mismo*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 3ª ed., Berlin: Walter de Gruyter, 1975, p. 601.

(31) ROXIN, C, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, Tomo II, Munich: C.H. Beck, 2003, p. 716 y ss., según el cual esta categoría de delitos se regiría por el concepto de dominio en el sentido propuesto por Schönemann.

del *intraneus* como autor mediato, en la medida que la ejecución del hecho sea realizada por otro y también será aplicable la coautoría cuando varios obligados se encuentren imbricados al mismo deber.

2. Delitos de infracción del deber del funcionalismo normativo

A partir de la normativización de conceptos que caracteriza el método de Jakobs se logró una comprensión del deber más extendida que la de Roxin. Para Jakobs los hombres configuran (organizan) el mundo, pero también viven en un mundo ya configurado (el mundo de las instituciones)⁽³²⁾. Por lo tanto, las expectativas normativas estables que son indispensables para posibilitar los contactos sociales podrían referirse a dos áreas temáticas diferentes.

Primeramente, sería necesaria una expectativa según la cual todos los hombres mantengan su círculo de organización en orden y, en consecuencia, carente de efectos exteriores. Esta expectativa sería necesaria y poseería solamente un contenido negativo: los círculos de organización deben quedar separados⁽³³⁾, en otras palabras, se trataría de un deber negativo⁽³⁴⁾. La defraudación de esa expectativa conduciría a delitos que se llamarían delitos de dominio o delitos por competencia institucional⁽³⁵⁾. Esta clase de delitos estarían basados en una institución general denominada “constitución jurídica de la sociedad”, la cual encontraría su expresión en el sinalagma de libertad de acción/responsabilidad por las consecuencias⁽³⁶⁾ y además los deberes negativos incumbirían a cualquier persona⁽³⁷⁾.

Por otro lado, sería necesaria una expectativa del correcto funcionamiento de las instituciones básicas. Esa expectativa tendría un contenido positivo y su defraudación conduciría a delitos que serían denominados como delitos de infracción de deber o delitos por competencia institucional⁽³⁸⁾. Esos deberes positivos incumbirían solamente a determinadas personas que se encuentran vinculadas a las instituciones.

Los deberes institucionales serían equivalentes en importancia a aquellos por competencia organizacional. Para determinación de esos deberes positivos

(32) JAKOBS, G., *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Berlin: Walter de Gruyter, 1991, p. 7.

(33) Loc. cit.

(34) JAKOBS, G., *Theorie der Beteiligung*, Tubinga: Mohr Siebeck, 2014, p. 5.

(35) JAKOBS, G., *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, cit., p. 7.

(36) JAKOBS, G., *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Cleves: Westdeutscher Verlag, 1996, p. 32.

(37) JAKOBS, G., *Theorie der Beteiligung*, cit., p. 5.

(38) JAKOBS, G., *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, cit., p. 8.

debe recordarse que los deberes por competencia organizacional requieren a la institución de la “constitución jurídica de la sociedad” a través del sinalagma libertad de acción/responsabilidad por las consecuencias, de manera que las instituciones en los deberes por competencia institucional tendrían que determinar a la identidad de la sociedad en la misma medida que lo hace el sinalagma libertad de acción/responsabilidad por las consecuencias⁽³⁹⁾.

Originariamente estimó que las instituciones que cumplirían con estos parámetros serían la relación paterno filial, el matrimonio, las relaciones sustitutas, la confianza especial y los deberes genuinamente estatales⁽⁴⁰⁾. Luego sustrajo el matrimonio⁽⁴¹⁾, luego añadió nuevamente al matrimonio añadiendo que este puede existir incluso de manera no formal⁽⁴²⁾ y finalmente propuso como su reemplazo a la comunidad de vida en pareja (“*Lebenspartnerschaft*”) —incluyendo la no reconocida formalmente por el derecho—⁽⁴³⁾.

Según Jakobs el titular del deber positivo debería actuar como garante del bienestar de la víctima potencial o del funcionamiento de una institución pública, aún incluso si el peligro del bienestar no tenga su razón en una extensión excesiva del círculo de organización del obligado⁽⁴⁴⁾. En cualquier caso, el obligado no puede desprenderse de un curso dañoso, ni por acción ni por omisión: su conducta significaría siempre “causar un daño”, pues el curso dañoso existiría siempre en el mundo del obligado y de manera inmediata, lo que significaría que él siempre sería autor⁽⁴⁵⁾ o, dicho con otras palabras, el vinculado con el deber positivo lesionaría su deber siempre él mismo, no a través de alguien⁽⁴⁶⁾, de manera que a diferencia de Roxin, en los delitos de infracción de deber no existiría posibilidad de autoría mediata o coautoría, todos son autores directos. Asimismo, no cabe duda que la acentuación al deber en mérito de la vinculación a la institución no implica una mera fundamentación de la autoría, sino que lo extienden como fundamento de todo el injusto jurídico penal⁽⁴⁷⁾.

(39) Cfr. JAKOBS, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, cit., p. 32; el mismo, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, p. 820.

(40) Ibid, p. 821 y ss.

(41) JAKOBS, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, cit., p. 34.

(42) JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 84.

(43) JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, p. 63.

(44) JAKOBS, G., *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Fráncfort del Meno: Vittorio Klostermann, 2012, p. 85.

(45) Loc. Cit.

(46) JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, p. 65.

(47) SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, cit., p. 30.

3. Crítica sobre su origen: su vinculación con el Derecho Penal de voluntad

La primera crítica basada en el origen de la teoría de los delitos de infracción de deber eleva la importancia de la conciencia histórica en la determinación de un concepto. En efecto, legitimidad, alcance y fundamento de los conceptos jurídicos no son meras manifestaciones de la significación que se les atribuye en el presente, sino que su existencia misma implica historicidad, es decir, es parte de la transmisión de un sentido originario propuesto en un contexto socio-temporal distinto. Por esa razón la comprensión actual del concepto jurídico no lo desliga de su origen, pero tampoco lo deja inmutable debido al movimiento constante propio de la dialéctica de la vida social.

Siendo esto así, entonces con la verificación del origen del concepto infracción del deber no se hace otra cosa más que apreciar su legitimidad en el contexto que realmente fue propuesto, así como también sus alcances y su capacidad de rendimiento, finalmente nos permitirá apreciar hasta qué punto la comprensión actual de este concepto se ha distanciado del originario.

3.1. Schmidt: la intervención delictiva como infracción de deber y su consonancia con el Derecho Penal de la voluntad

Tal vez fuera Jakobs quien luego de atribuir a los delitos de infracción de deber una relevancia significativa –llegándolo a calificar como “sensacional”, que tendría un poderoso “potencial de desarrollo” y al estar orientado normativamente sería también “moderno”⁽⁴⁸⁾– afirmaría, sin ambages, que el descubridor de este aparentemente extraordinario concepto sería Roxin⁽⁴⁹⁾. En efecto, no hace falta mayor esfuerzo en apreciar la extendida afirmación que la teoría de los delitos de infracción de deber fue postulada por primera vez por Roxin en 1963 en su trabajo de habilitación en la universidad de Hamburgo denominado “Autoría y dominio del hecho” (“*Täterschaft und Tatherrschaft*”)⁽⁵⁰⁾.

Lamentablemente tal afirmación no es exacta. La teoría de los delitos de infracción del deber no tiene realmente su origen en Roxin, incluso él mismo aceptó que fuera realmente Schmidt en 1936 quien reconoció al concepto del deber su significado para la teoría del autor, aunque ciertamente empleándolo para los delitos especiales⁽⁵¹⁾. En ese sentido, todas las referencias que Roxin realiza sobre Schmidt no harían más que confirmar tal aspecto, por ejemplo,

(48) JAKOBS, G., El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de conceptos, *El sistema funcionalista del Derecho Penal*, Lima: Grijley, 2000, p. 166.

(49) Loc. Cit.

(50) Cfr. PARIONA ARANA, op. cit., p. 35.

(51) ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª ed. cit. p. 423.

cuando señala que “lo que constituye a la esencia y lo jurídicamente decisivo en la ‘limitación personal’, la ‘cualificación’, o en las ‘cualidades especiales’, no se expresa en las fórmulas mencionadas y, en su mayor parte, solo se insinúa en los ejemplos adjuntos (funcionario, tutor, militares, etc.). Lo determinante siempre son, sin embargo, los deberes especiales, no cualquier otra cualidad física o psíquica de cualquier persona”⁽⁵²⁾. De ese modo, según Roxin⁽⁵³⁾, este descubrimiento debió ser para Schmidt evidente, “debido a que el concepto extensivo de autor desarrollado por él algunos años atrás había recibido su carácter metodológico a través de un enfoque puramente normativo que prescindía por completo de la configuración del curso de acción externo”, en ese orden, termina sentenciando⁽⁵⁴⁾ que en “Schmidt el concepto de autor de los delitos de infracción de deber se encuentra descrito de manera cuidadosa y correcta”. Nótese cómo es que Roxin resalta positivamente cada postulado de Schmidt, pues todas las referencias que hace del mismo entran en absoluta consonancia con su idea de los delitos de infracción del deber, basta con recordar que para Roxin la determinación del suceso causal adolece de importancia alguna, el centro de atención está siempre en el agente vinculado al círculo de deber, el cual respondería únicamente como autor.

Sin embargo, una mirada más atenta a la obra de Schmidt permite aclarar que las referencias empleadas por Roxin son inexactas o, por lo menos, incompletas⁽⁵⁵⁾. Así pues, según Schmidt el obligado también puede realizar actos de participación. En palabras del citado autor⁽⁵⁶⁾: “si en los delitos especiales siempre lo esencial y decisivo es la lesión específica del deber, entonces solamente puede ser autor aquel que lesiona un deber de este tipo que le corresponda. *Con esto no se dice, que un intraneus que pertenece al círculo de los deberes especiales no pudiera ser también instigador o cómplice del delito especial correspondiente. Un soldado no solamente puede cometer desobediencia o resistencia como autor, sino también [...] pueden instigarlo o apoyarlo como cómplice*⁽⁵⁷⁾ [...] en la causación conjunta de varios miembros de las fuerzas armadas dentro del círculo militar de deberes (intranei de delitos especiales militares) debe distinguirse, de ser el caso, también entre cooperación de autor y de partícipe”.

(52) Ibid. pp. 423 y 424; cfr. también SCHMIDT, E., *Die militärische Straftat und ihr Täter*, Berlin: Franz Vahlen, 1936, p. 7.

(53) Ibid. p. 424.

(54) Ibid. p. 425.

(55) Cfr. LANGER, W., *Das Sonderverbrechen*, Berlin: Duncker & Humblot, 1972, p. 227.

(56) SCHMIDT, op. cit., p. 10.

(57) El resaltado es mío.

En pocas palabras, si para Roxin las apreciaciones de Schmidt son correctas, entonces no dejaría de ser cierto que, en la medida que la infracción del deber también distinguiría entre conductas de complicidad e instigación, sería necesario emplear algún criterio material adicional que nos permita diferenciar cuándo realmente se está ante una infracción de deber correspondiente a la participación y cuándo, a uno de autoría. Sin embargo, Roxin no se atrevió a dar ese salto y se quedó con la idea más sencilla: todo aquél que infracciona un deber es siembre autor. Lo cual hace reflexionar si es que la elección de Roxin fue por un simplismo involuntario o es que el mismo era consciente que el criterio de la infracción del deber *per se* hubiera sido incapaz de otorgar ese criterio adicional.

Más llamativo es el hecho, sin embargo, que la infracción del deber, según Schmidt, sea una *expresión de la idea de un Derecho Penal basado en la voluntad*, idea la cual conforme al autor citado sería absolutamente correcta⁽⁵⁸⁾. Realmente no sorprende que ésta sea la concepción del autor en mención, pues su obra data de 1936, época en la cual por circunstancias históricas evidentes cobró un connotado auge la doctrina penal del nacional socialismo –con la escuela de Kiel como principal propulsora– donde conceptos como el estado del líder (“*Führerstaat*”)⁽⁵⁹⁾, la permisión de la analogía⁽⁶⁰⁾, la sanción del ánimo y la voluntad (“*Gesinnung*”)⁽⁶¹⁾, entre otros, se convirtieron en los pilares de uno de los estados totalitarios más recordados de la historia.

Precisamente por la razón acabada de señalar es que puede ahondarse más aún sobre el verdadero origen de la teoría de los delitos de infracción del deber, porque Schmidt luego de postular que la lesión del deber sería una concepción aparentemente correcta, termina por remitirse⁽⁶²⁾ al artículo de Schaffstein denominado “el delito como lesión del deber” (“*das Verbrechen als Pflichtverletzung*”)⁽⁶³⁾. Como se verá *infra* Schaffstein no solamente determinó a la infracción del deber como criterio determinante de la intervención delictiva, sino que era el criterio delimitador de todo el injusto penal. Más allá de esta diferencia, puede afirmarse que la génesis de la infracción del

(58) SCHMIDT, op. cit., p. 5; algo que en la actualidad nadie se atrevería a afirmar, pues implicaría la anulación del Derecho Penal de acto.

(59) Cfr. HARTL, B., *Das nationalsozialistische Willensstrafrecht*, Berlin: Weißensee, 2000, pp. 45 y 46.

(60) Ibid. pp. 297-299.

(61) Ibid. p. 56 y ss.

(62) SCHMIDT, op. cit., p. 6, nota al pie 12.

(63) SCHAFFSTEIN, F., *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, en LARENZ, K. (dir.), *Grundfragen der Neuen Rechtswissenschaft*, Berlin: Junker und Dünhaupt, 1935, pp. 108-142.

deber no estaría entonces en las ideas de Schmidt, sino realmente en la concepción de Schaffstein⁽⁶⁴⁾.

3.2. Schaffstein y el reemplazo del bien jurídico por la infracción de deber para fundamentar el injusto conforme a un Derecho Penal de la voluntad

El artículo de Schaffstein mencionado *supra* es parte de una obra colectiva publicada en 1935 por los representantes de la escuela de Kiel, tales como Dahm, Larenz, entre otros. Según Schaffstein la nueva ciencia del Derecho Penal estaba transcurriendo por una etapa de superación del modo de pensar atomista e individualista cuyo nuevo protagonista sería la perspectiva colectivista⁽⁶⁵⁾. En la política criminal nacional socialista el concepto de ataques delictivos en contra de la comunidad popular⁽⁶⁶⁾ estaban en el foco de la atención, de lo cual se habría podido deducir la exigencia al legislador y la jurisprudencia de colocar una mayor medida de protección penal a las lesiones de bienes jurídicos del conjunto y del Estado, en contrapartida con los del individuo. Sin embargo, Schaffstein estimó que tal exigencia todavía era insuficiente, porque aún se estaría estimando la importancia de la persona vista desde su individualidad, cuando lo realmente relevante era verla en su sujeción como miembro de la comunidad, como compatriota (“*Volksgenosse*”)⁽⁶⁷⁾.

La alineación a un pensamiento colectivo y la perspectiva de la persona vista en su sujeción con la comunidad como “compatriota” dejaría entrar en escena conceptos como “honor”, “fidelidad” y “deber”⁽⁶⁸⁾ y el Derecho Penal no estaría excluido de su admisión. Así, aunado a la lesión del bien jurídico, las lesiones de los nuevos postulados tendrían relevancia penal expresados en la lesión del deber, expresión de una voluntad y traición. Todos estos aspectos de lesión no serían realmente determinaciones del contenido del delito que se excluyan entre sí, sino que designarían solamente diferentes puntos de vista, a través de los cuales se podría ingresar a una comprensión del ser del delito.⁽⁶⁹⁾ Sin embargo, el hecho que estos conceptos no sean excluyentes entre sí permitiría realizar sobre ellos una jerarquización, de manera que incluso para una

(64) Contradictoriamente a la atribución que hiciera a Roxin como artífice de concepción de los delitos de infracción de deber, en otro lugar reconoce Jakobs que el verdadero origen data de 1933, cfr. JAKOBS, G., *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*, en *Strafrechtswissenschaftliche Beiträge*, PAWLIK, M. (ed.), Tübinga: Mohr Siebeck, 2017, p. 83.

(65) SCHAFFSTEIN, Cit. pp. 108 y 109.

(66) En el sentido de *völkisch*.

(67) Ibid. p. 109.

(68) Ibid. p. 110.

(69) Ibid. p. 111.

configuración constructiva del concepto del delito y su estructuración sistemática sería indispensable colocar el acento en alguno de los conceptos arriba mencionados. La respuesta a la pregunta de cuál de los conceptos merecería ese acento, presupondría una decisión ideológica y política⁽⁷⁰⁾. Así, según Schaffstein, desde más de cien años la legislación y dogmática penal se acostumbraron a colocar ese acento en la función de protección de bienes jurídicos del Derecho Penal y con ello buscar la determinación material del concepto del delito como lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

Sin embargo, la comprensión del delito como lesión del bien jurídico se mostraría bajo una apreciación más cercana como un producto característico de la ideología del Estado del liberalismo clásico, porque presupondría una idea del Estado que básicamente se limita a la acción negativa de la protección de las esferas de libertad individuales y, por ello, tendría igualmente que delimitar de manera negativa los deberes ciudadanos entendidos como deberes de omitir la intervención de la esfera individual ajena⁽⁷¹⁾. Como se señaló *supra*, con la renovación del Derecho Penal el cambio de foco de atención de la lesión de bienes jurídicos individuales a los colectivos todavía se habría realizado un primer paso, pero aún insuficiente, porque el rendimiento del concepto de bien jurídico realmente no sería capaz de soportar la comprensión del pensamiento colectivista y, por lo tanto, se requeriría necesariamente un segundo paso que ayude a reemplazar al concepto de bien jurídico. Schaffstein creyó haber encontrado el camino en los trabajos de Lange, Siebert, Larenz, Eckhard y Wieacker, quienes en el campo del derecho civil postularon la disolución del concepto de derecho subjetivo y habrían descubierto un aún desconocido momento del deber en las relaciones jurídicas y los derechos privados. Así las cosas, desde un punto de vista penal Schaffstein se llega a preguntar, en qué medida el pensamiento de la infracción del deber sería significativo para la determinación del ser del delito y su formación constructiva y cuál sería su relación con la teoría de la lesión del bien jurídico⁽⁷²⁾.

La respuesta a esta interrogante se desarrolla cuando estima que la concepción del delito como lesión del deber sería algo más que una simple fórmula, trascendería las raíces de la estructuración del Derecho Penal y traería consigo cambios muy profundos. Así, un “Derecho Penal de deber” tendría que partir necesariamente por la persona obligada y su círculo de deber concreto y, en consecuencia, elevaría a un nivel más alto la antigua contraposición de Derecho Penal de hecho y Derecho Penal de autor. En ese sentido, la

(70) Ibid. p. 112.

(71) Ibid. pp. 112 y 113.

(72) Ibid. p. 114.

concepción del delito como infracción del deber le daría recién al concepto de Derecho Penal de voluntad (“*Willensstrafrecht*”) su verdadero nuevo contenido, que fuera muchas veces malinterpretado. Igualmente, la particular clase de infracción del deber y su lesión otorgarían la pauta para una nueva clasificación de los grupos de delitos⁽⁷³⁾.

La visión meramente objetiva del injusto⁽⁷⁴⁾ era, según Schaffstein, una consecuencia de la visión del delito como lesión del bien jurídico y, en la medida en que la conducta sea apreciada así, sería inevitable partir de la equivalencia de todos los resultados externos sin tener en consideración a la persona del autor⁽⁷⁵⁾. Sin embargo, bajo la perspectiva de la infracción del deber la pregunta sobre el objeto de ataque y la correspondiente realización del tipo sería un aspecto secundario que deberá apreciarse recién luego de haber respondido a la afirmación de la infracción del deber. Así, el resultado típico no sería en adelante significativo para la existencia de la antijuricidad, sino solamente para su gradación y para el merecimiento de pena⁽⁷⁶⁾.

La determinación de algunos aspectos subjetivos del injusto, por un lado, y la de elementos objetivos de la culpabilidad producto de la normativización de la culpabilidad, por otro, no permitirían una comprensión coherente del delito conforme a la estructuración tradicional. El deber, sin embargo, implica un sustrato subjetivo y, por lo tanto, la falta de coherencia mencionada arriba se perdería y, sobre todo, la diferenciación entre el injusto como infracción de deber y la de la culpabilidad normativa no sería ya necesaria. Termina sentenciando categóricamente Schaffstein: “la comprensión del delito como infracción de deber es relacionada con el Derecho Penal de la voluntad en la misma medida que lo fue la concepción del delito como lesión del bien jurídico con el Derecho Penal del resultado”⁽⁷⁷⁾.

Esto se mostraría de manera clara en la tentativa. Si se buscaría el contenido del injusto en la lesión del bien jurídico, entonces tendría que acudirse a una valoración diferenciada de la tentativa y la consumación, porque la antijuridicidad de la tentativa en todos los casos estaría en el peligro del bien jurídico y no en su lesión. Si el delito es, por el contrario, infracción de deber, entonces de aquí se inferiría necesariamente la equivalencia de la tentativa

(73) Loc. Cit.

(74) No debe olvidarse que en esa época aún la metodología del causalismo valorativo era la que se encontraba en vigencia, recién el finalismo hará su aparición con fuerza años posteriores.

(75) Ibid. p. 133.

(76) Ibid. p. 134.

(77) Ibid. p. 137.

con la consumación, porque la expresión de la voluntad y, por lo tanto, el grado de la lesión del deber no se ve afectado por la aparición del resultado.

Del mismo modo se explicaría de mejor manera los delitos de omisión impropia. La tesis que estima que cada delito recibe su contenido a través de la lesión del bien jurídico, habría sido formulada sin consideración a los delitos de omisión, pues su concepción del Estado estaba basada en la defensa de intervenciones en esferas privadas de sus ciudadanos. La pregunta decisiva de si es que y hasta qué punto el círculo del deber del individuo podría extenderse hasta la defensa positiva para el bienestar de la comunidad, implicaba una concepción del Estado no compatible con sus postulados y en el Derecho Penal este problema habría aparecido disfrazado de una cuestión causal⁽⁷⁸⁾. Sin embargo, por la concepción del Estado en que se basa, la comprensión del delito como infracción del deber evitaría estos problemas y permitiría incluso en diferentes situaciones diferenciar cuantitativa y cualitativamente la clase del deber que se habría infringido⁽⁷⁹⁾.

3.3. Valoración sobre el verdadero origen de los delitos de infracción de deber

La exposición acabada de realizar pone sobre la mesa los aspectos necesarios para sincerar el debate sobre la teoría de los delitos de infracción de deber. Ya la apreciación de este criterio como fundante de la intervención delictiva y del injusto penal encontraban sus correspondientes representantes en Schmidt y a Schaffstein, circunstancia que podría hacer un paralelismo actual entre las posturas de Roxin y Jakobs respectivamente, aunque ciertamente Roxin simplificó sobremanera la concepción de Schmidt al haber limitado la infracción del deber a la autoría, mientras que originariamente tendría que haberse aplicado también para la participación.

Sin embargo, más llama la atención que tanto Schmidt y Schaffstein sean uniformes en señalar que la concepción de la infracción del deber se encuentre en perfecta armonía con el Derecho Penal de la voluntad. Y no es que sorprenda por su pertenencia a la escuela de Kiel —principal representante de la doctrina del Derecho Penal nacional socialista—, sino porque la concepción de la infracción del deber actual cree estar muy lejos de los postulados originarios y, por lo tanto, no se equipararía a los postulados de la escuela de Kiel. Nada más lejos de la realidad, pues basta con apreciar la elevación de la tentativa como prototipo del delito, la subsecuente falta de atención del resultado

(78) Ibid. pp. 140 y 141.

(79) Ibid. 142.

típico para configurar el injusto sino únicamente como criterio determinador de la pena y, finalmente, la resta de importancia del concepto fundamental del bien jurídico, para poder reflexionar si es que realmente se está tan lejos como se cree.

Y con esto no se quiere decir que el deber sea un elemento ajeno al injusto, esto sería equivocado, pues la esencia prescriptiva del derecho implica deberes como se verá con detalle *supra*. Sin embargo, si de algo hay que reconocer a Schaffstein es el hecho de sincerar el debate y determinar expresamente que los conceptos de bien jurídico y lesión del deber no son excluyentes entre sí y que la opción del acento en uno de ellos es una opción política, de allí que, bajo el disfraz de *aparente objetividad valorativa* sea un completo despropósito indicar que la elección por la infracción del deber se deduce por sí sola sin más.

Esta opción política –hablando en términos que probablemente puedan simplificar demasiado el panorama– podría encontrarse entre la de un Estado democrático de Derecho (liberal en el sentido político) y la de un Estado totalitario. Al respecto, Mir Puig señala con razón que la prescindencia del concepto de bien jurídico y la acentuación a la vigencia de la norma es más adecuada a una concepción colectivista del Estado totalitario⁽⁸⁰⁾. El principio de lesividad, que supone que el Derecho Penal solamente debe reaccionar ante las más peligrosas conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos, implica un límite que se difumina cuando se estima como innecesaria la comprobación de la implicancia penal o no de un bien jurídico, de esta manera al ser suficiente la infracción de la norma, esta se convierte –independientemente de su contenido– en el único objeto de protección penal. Mientras que el concepto de bien jurídico condiciona la apertura al poder punitivo⁽⁸¹⁾ a la lesión de valores que realmente merezcan valoración penal, el concepto de infracción de deber invierte el planteamiento y eleva a la norma en objeto en sí mismo legítimo de la valoración penal: la norma pasa de instrumento que necesita ser racionalizada por su fin, a fin en sí mismo racionalizada⁽⁸²⁾.

(80) MIR PUIG, S., Valoraciones, normas y antijuricidad penal, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 06, 2004, pp. 6 y 7.

(81) No se cita literalmente las palabras de Mir Puig debido a que estima que la norma penal puede ser legitimada, circunstancia que desde el punto de vista aquí asumido parece totalmente dudoso por el simple hecho de que las agencias encargadas de la criminalización secundaria operan selectivamente, las cárceles de la región sudamericana se encuentran muy lejos de estar en la capacidad de poder cumplir con el proyecto legislativo de la resocialización, entre otros. Al respecto cfr. ZAFFARONI, E., *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 15 y ss.

(82) MIR PUIG, S., cit. p. 7, aunque hace referencia expresa a Jakobs.

III. APRECIACIÓN CRÍTICA SOBRE SUS POSTULADOS

Una vez verificadas las circunstancias en las que fue postulada la teoría de los delitos de infracción de deber, véase en este apartado los cuestionamientos de las bases sobre las que se sostiene cada planteamiento.

1. **Apreciación crítica sobre los postulados de los delitos de infracción de deber del funcionalismo político criminal**

1.1. **La observación no superada sobre la vulneración al principio de legalidad:**

El primer cuestionamiento se centra en la ya muchas veces repetida y aún no superada crítica de la vulneración al principio de legalidad⁽⁸³⁾. El CP delimita expresamente supuestos de conducta que pueden ser susceptibles de sanción punitiva, por un lado, las conductas del autor, autor mediato o coautor que se identifican respectivamente con la realización por sí, por medio de otro o de varios conjuntamente el hecho punible. Por otro lado, se regula a la instigación como aquella determinación dolosa a otro a cometer un hecho punible. Finalmente, la complicidad se corresponde con la prestación de auxilio y en la medida que sin la misma el hecho punible no se hubiere perpetrado, se tratará de complicidad primaria y si el auxilio fuere prestado de cualquier otro modo, el hecho será de complicidad secundaria. Sin embargo, los conceptos diferenciados legislativamente se difuminan cuando se les intenta armonizar con la teoría de los delitos de infracción del deber, porque bajo el manto de la infracción del deber se pretende convertir acciones propias de instigación o complicidad como acciones de autoría, pese la descripción diferenciada de las conductas que realiza el CP⁽⁸⁴⁾, por ejemplo, si en un operativo policial de tránsito el efectivo policial A convence al policía B de cobrar un soborno al primer conductor intervenido que no tenga la documentación correspondiente, desde la tesis de los delitos de infracción de deber A y B deberían responder como autores del delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial conforme al Art. 395-A CP, indiferentemente que la conducta de A de determinar a B a realizar el hecho punible se enmarque realmente en las prescripciones relativas a la instigación. Correctamente Stratenwerth y Kuhlen⁽⁸⁵⁾ señalan que con esto “ascendería a autoría cada cooperación, incluso la más

(83) Cfr. LANGER, cit., p. 224 y ss.; STRATENWERTH, G. y KUHLEN, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil - die Straftat*, 6ª ed., Múnich: Franz Vahlen, 2011, p. 229; para más referencias sobre este punto de literatura de habla hispana véase CASTILLO ALVA, J., cit., p. 9, nota al pie 5.

(84) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2006, p. 298; CASTILLO ALVA, cit., p. 9.

(85) STRATENWERTH y KUHLEN, cit., p. 229.

lejana, del *intraneus* en una conducta que –realizada por él mismo– configure el tipo.” Prosiguen, “quien solamente motive a otro a cometer una certificación falsa en un documento, no certifica nada”⁽⁸⁶⁾, a lo que yo añadiría en el ejemplo de los efectivos policiales, quien motive a otro a solicitar un soborno, no solicita nada.

Esta concepción fuertemente normativa no puede pasar por alto las descripciones otorgadas por ley y su cumplimiento a partir de una conducta determinada. La introducción del principio de legalidad al Derecho Penal con Feuerbach –quien la derivó de la necesidad de la coacción psicológica–⁽⁸⁷⁾ ha marcado un hito de tal magnitud, que en la actualidad un Derecho Penal sin principio de legalidad resulta inimaginable y su reconocimiento constitucional refuerza esta visión. Esto obedece a que el significado del principio de legalidad ha evolucionado y luego de un paulatino proceso se ha constituido como un límite al poder punitivo al habersele otorgado una función de garantía⁽⁸⁸⁾: solamente son sancionables las conductas descritas por ley. Con la inclusión del tipo al concepto jurídico del delito realizado en 1906 por Beling y su vinculación con la descripción legislativa⁽⁸⁹⁾ la función de garantía ha pasado a ser parte del tipo y, por lo tanto, parte integrante de la comprensión de lo que es el delito.

En contraposición a los tipos penales de autoría, los dispositivos legislativos de la parte general del CP que regulan a la instigación y la complicidad también dan origen a tipos penales conocidos como *tipos de participación*, en tal sentido, *la sanción del cómplice o instigador se encuentra condicionada a la tipicidad de participación de su conducta*⁽⁹⁰⁾. Así pues, es común exigir en el ámbito objetivo del tipo de participación la existencia de un hecho injusto principal, así como de la conducta de determinación⁽⁹¹⁾ o la prestación de auxilio⁽⁹²⁾, ya sea el caso. En el aspecto subjetivo se requerirá de la presencia del denominado doble dolo⁽⁹³⁾. Sin embargo, con la teoría de los delitos de infracción del deber todo este avance producto de un esfuerzo progresivo y lento desaparece, le es indiferente la función de garantía del tipo penal en la participación, le es indiferente que la sanción debe estar condicionada a

(86) Loc. Cit.

(87) Vid. NAUCKE, W., *Negatives Strafrecht*, Berlin: LIT, 2015, p. 4.

(88) JESCHECK y WEIGEND, cit. p. 128.

(89) Vid. BELING, E., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tubinga: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1906, p. 113 y ss.

(90) Vid. MURMANN, U., *Grundkurs Strafrecht Allgemeiner Teil, Tötungsdelikt, Körperverletzungsdelikte*, 6 ed., Munich: Beck, 2021, p. 403 y ss.

(91) Ibid, p. 403 y ss.

(92) Ibid, p. 414 y ss.

(93) El primero sobre su propia conducta y el segundo sobre el hecho principal, Ibid, pp. 409 y 422.

la correspondencia de la conducta realizada y los prescrito legislativamente, simplemente importa el status⁽⁹⁴⁾ del sujeto activo a través de su vinculación con el deber.

1.2. La vuelta al concepto unitario del autor ¿germen metodológico causalista en un criterio normativo?

No extraña que la afectación al principio de legalidad sea realmente una consecuencia del modo meramente unidimensional del cual se parte en la intervención del obligado, pues siempre será autor, da la impresión que el germen del método causalista sigue vigente. En efecto, bajo la metodología causal todo aporte objetivo para el resultado era visto como condición: tan causante era quien gatilló el disparo, como el fabricante del revolver. No podía aceptarse una diferenciación en ese plano porque el marco metodológico traído desde las ciencias naturales al derecho se resquebrajaba, bajo tal apreciación es que el concepto unitario o el concepto extensivo de autor⁽⁹⁵⁾ no apreciaban motivo alguno para diferenciar objetivamente el aporte de cada sujeto y, por lo tanto, bajo ese nivel todos debían ser visto como autores. Sin embargo, bajo el concepto restrictivo de autor fue posible encontrar una metodología que opte por un criterio que posea una capacidad de rendimiento tal, que permita esclarecer porqué es que cada tipo penal de la parte especial es cometido por el autor y porqué las prescripciones de la parte general relativas a los aportes de quien determina o quien apoya al autor son vulneradas por los partícipes. Incluso Roxin es de la opinión que la diferenciación legislativa entre las formas de intervención expresadas en la autoría y participación hablaría fundamentalmente en contra del concepto extensivo del autor⁽⁹⁶⁾, sin embargo, el mismo no es consecuente si de delitos de infracción de deber se habla, porque es evidente que, en la medida en que intervengan varios obligados (vinculados con el deber), la diferenciación entre autoría y participación deja de ser relevante, todos sin excepción responderían como autores⁽⁹⁷⁾. El orgullo de

(94) A pesar que trate de delimitar los status relevantes, no deja de ser cierto que se sanciona por el status, así se deduce de las propias palabras de Jakobs cuando señala que “no todo deber reforzado penalmente se ve fundamentado por cualquier status, más bien la institución respectiva tiene que tener el mismo peso elemental que la relación de libertad de acción y responsabilidad por las consecuencias.”, JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, cit. p. 84.

(95) Para la variante más extendida el concepto extensivo de autor, las prescripciones de la participación reguladas en la parte general del código penal eran vistas como causas que restringen la punibilidad, porque realmente todos los intervinientes debían ser autores en mérito a la falta de diferenciación objetiva, sin embargo, al no hallar motivo de distinción objetiva alguna se tuvo que recurrir a la distinción subjetiva.

(96) ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª ed. cit. p. 32.

(97) Correctamente cuestiona Robles Planas señala: “la teoría del delito de infracción de deber es (...) más imprecisa en el sentido de *menos distintiva*: toda infracción de deber, sea activa u omisiva, se dé en el estadio previo al inicio de la tentativa o en fase consumativa, se realice de modo directo o indirecto, da

haber encontrado un método dogmático eminentemente normativo parece ser mera apariencia, basta que el vinculado al deber haya intervenido de alguna manera, llámese sin dominio, pero sí causalmente para que responda como autor, únicamente se exigiría como plus el estatus de la vinculación al deber. No cabe duda que el germen de la metodología causal aún está presente, esta teoría definitivamente está preparando la apertura de la puerta para darle una nueva bienvenida al concepto unitario de autor⁽⁹⁸⁾.

2. Apreciación crítica sobre los postulados de los delitos de infracción de deber del funcionalismo normativo

2.1. La acentuación del deber impide la caracterización del injusto como algo penal

Ahora bien, en relación a la variante de los delitos por competencia institucional resulta cuestionable la excesiva acentuación y la incontrolable extensión que se le ha otorgado al deber en la medida que bajo este proceder metodológico todos los delitos, sin excepción, serían de infracción de deber y, por otro lado, el mismo no solamente fundamentaría la autoría, sino el injusto penal⁽⁹⁹⁾.

De entrada, se señala que es discutible porque la apreciación del delito como lesión del deber no aporta a su diferenciación de otras normas jurídicas de carácter no penal, es decir, la infracción del deber también se encuentra presente, por ejemplo, cuando el Ministerio Público no cumple con la obligación

lugar a la misma calificación jurídico-penal: infracción completa del deber a título de autor. La lógica de la teoría del delito de infracción de deber es, pues, una lógica binaria (o blanco o negro), que no admite las graduaciones propias de la lógica más elaborada, precisa y distintiva, de la responsabilidad por el propio comportamiento organizador. Esta última lógica, sí está en condiciones, en cambio, de incorporar adecuadamente, en el seno de sus valoraciones, elementos institucionales.” ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 230.

(98) De este problema ya se percató tiempo atrás Schroeder, para quien “el principio que en el delito especial los portadores del deber puedan ser autores, no puede ser invertido a tal punto que los portadores del deber sean regularmente autores.” SCHROEDER, F., *Der Täter hinter dem Täter*, Berlín: Duncker & Humblot, 1985, pp. 86 y 87; en ese orden, Roxin estima que su postura se ve respaldada por el hecho que en algunos delitos de infracción de deber el legislador ha realizado expresamente una equiparación entre los aportes del partícipe y del autor, por poner un ejemplo en el caso de la legislación peruana, el delito de favorecimiento a la fuga previsto en el segundo Art. 414 del CP no solamente sanciona al funcionario que hace evadir al interno o detenido, sino también a aquel que presta asistencia para que un preso pueda evadirse. Sin embargo, Schroeder, *ibid.*, p. 86, correctamente estima que esta argumentación deja de tener peso en mérito a un argumento a contrario, según la cual podría sostenerse que “cuando en un delito especial no se llevó a cabo expresamente —como en otros— la equiparación entre comportamientos de autoría y comportamientos de participación, es porque la ley descarta la admisibilidad de semejante equiparación; sobre esto cfr. también RODRÍGUEZ MOURULLO, G., El autor mediato en el Derecho Penal español, *Anuario de Derecho Penal*, 1963, Tomo 22, N. 3, p. 473.

(99) Aunque como resulta evidente de los cuestionamientos aquí realizados, también es cuestionable comprender a la infracción del deber únicamente como comprensión de la autoría.

de culminar la investigación preparatoria dentro de los plazos previstos en el Código Procesal Penal; cuando la entidad administrativa no cumple con los procedimientos del TUPA; cuando el empleador no cumple con pagar el íntegro de la CTS, entre otros, entonces ¿qué diferencia a la lesión de la norma de prohibición o mandato de carácter penal de otras normas de prohibición o mandato no penales, si es que al final todas pueden ser lesionadas? Si se pretende otorgarle al Derecho Penal autonomía, entonces la diferencia no puede ser únicamente la comprensión del deber como tal, sino se debe buscar la razón del porqué es que el deber posee carácter penal, es decir, buscar el fundamento que trasciende su comprensión como deber, sin embargo, si es que la caracterización penal del deber se ve en la restauración de la vigencia de la norma, entonces no se haría otra cosa más que apelar a un razonamiento circular⁽¹⁰⁰⁾, inclusive cuando tal expectativa esté referida al mantenimiento del bien jurídico –apelando a la fragmentariedad del Derecho Penal–, porque la acentuación sigue siendo proyectada en el ámbito deontológico, en la expectativa y no en el bien jurídico en sí, por esa razón es que la apelación al bien jurídico en esta metodología no es necesaria, sino contingente, pues esta teoría le asigna una función adicional al deber institucional que sería el afianzamiento de la institución⁽¹⁰¹⁾. Pero el afianzamiento de la institución tampoco le puede otorgar el carácter verdaderamente penal a una conducta, pues muchas veces la institución puede verse resquebrajada por conductas cuya ausencia de relevancia penal es evidente. Así, por ejemplo, comúnmente la infidelidad de uno de los cónyuges termina siendo determinante para dañar

(100) Cfr. SCHÜNNEMANN, B., *Strafgrund der Sonderdelikte*, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg: C.F. Müller, 2017, N° 164, p. 682.; en el mismo sentido señala correctamente Gómez Martín “Cuando, como suele suceder, el derecho positivo no determina de un modo taxativo el contenido de la norma jurídica, la definición del delito como infracción de una norma o deber conducirá, en realidad, una petición de principio. No cabe excluir *ab initio* a un determinado comportamiento de la categoría de las conductas constitutivas de delito por considerar que dicho comportamiento no constituye la infracción de la correspondiente norma jurídica. Porque de lo que se trata es, precisamente, de elaborar criterios que permitan determinar cuál es el contenido de la norma en cuya infracción consistiría el delito, así como cuándo se produce dicha infracción. La elaboración de estos criterios constituye, en realidad, una de las funciones del instrumento más característico de la dogmática jurídico-penal como disciplina encargada del análisis *normativo* del delito: la teoría del delito. Para esta última, el criterio de la infracción de una norma o un deber jurídico nunca podría ser un punto de llegada o conclusión del análisis normativo del delito; sino, al contrario, únicamente un punto de partida de dicho análisis. Los deberes jurídicos especiales no constituyen entidades ontológicas existentes en la realidad fenomenológica, no son algo existente “en sí”, no forma parte de la realidad empírica. Al contrario: los deberes jurídicos constituyen el *resultado*, la síntesis de una valoración normativa. Por ello, partir de la existencia o inexistencia “real” de un deber como criterio determinante de la punibilidad o impunidad, respectivamente, conduciría necesariamente a una argumentación circular” GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2006, p. 81.

(101) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, cit. p. 32; JAKOBS, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, cit., p. 821; incluso recientemente le ha otorgado mayor relevancia a esta última función, cuando señala que el contenido de un deber positivo es el cuidado de una institución y con ello de sus destinatarios”. JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, cit., p. 61.

de forma definitiva a la institución “matrimonio”⁽¹⁰²⁾, cuestión que se contrasta con la menor lesión a esta institución en casos de una afectación psicológica que no califica daño psíquico provocada de un cónyuge a otro que según el Art. 122-B CP configuraría el delito de agresiones en contra de mujeres e integrantes del grupo familiar⁽¹⁰³⁾.

2.2. La consonancia autoritaria del deber como fundamento del injusto

Ya *supra* se delimitó la armonía autoritaria de la concepción de la infracción del deber, probablemente esta no se haga tan expresa cuando únicamente se la limita como fundamentación de la autoría en un limitado grupo de delitos como lo hace Roxin, pero cuando los tentáculos de la infracción del deber abarcan a la fundamentación del injusto para todos los delitos, se produce –por así decirlo– un *flashback* hacia parte de la década de los 30 y 40 del siglo XX con la teoría de los delitos de infracción de deber de Schaffstein⁽¹⁰⁴⁾. Jakobs ha tratado de relativizar esta circunstancia cuando señala que “los deberes que son comunicados por la ‘asociación civil’ a las personas circundantes no solamente provienen del pensamiento totalitario, sino que incluso pueden ser derivados de la teoría de los contratos”⁽¹⁰⁵⁾. No obstante, este argumento resulta insuficiente por trivial y es deducible sencillamente desde la lógica-formal partiendo del argumento *modus tollendo tollens*, es decir, que negando la consecuencia (deber) puede negarse el antecedente (fundamento autoritario), pero no al revés, de manera que el deber como base del injusto puede tener origen en otros fundamentos, pues de lo contrario se incurriría en la falacia de la negación del antecedente. Por esta razón, con la afirmación de Jakobs la compatibilidad de la infracción del deber con un Derecho Penal totalitario no se ve relativizada ni un ápice.

Es más, lo postulado por Jakobs, esto es, que el acento del deber también sería compatible con teorías contractualistas es cierto, pero siempre que se hable de la teoría contractualista del Estado absoluto de Hobbes. Así, la renuncia de las libertades propias del estado de naturaleza a cambio de seguridad implica un pacto, en la cual las decisiones políticas sobre el gobierno le son otorgadas al soberano, la vida en el Estado ya no se regirá por las leyes

(102) Sobre la infidelidad como una de las principales causas de las separaciones, cfr. TRIANA PÉREZ, B., et. al., La atribución de causas a la ruptura de pareja, *Internacional Journal of Developmental and Educational Psychology*, Bajadoz: Asociación Nacional de Psicología Evolutiva y Educativa de la Infancia, Adolescencia y Mayores, 2006, vol. 2, N° 1, p. 480 y ss.

(103) Al respecto sobre la reconciliación como uno de los principales motivos de la retractación dentro de la violencia familiar, cfr. TORRES ROMERO, S., Aproximación al fenómeno de la retractación en las causas de violencia intrafamiliar, *Revista de Derecho*, Valdivia: 2013, vol. 26, N° 1, p. 177.

(104) Véase *supra* (2.3.).

(105) JAKOBS, *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*, pp. 83 y 84.

de la naturaleza, sino por las leyes civiles y estas a su vez serán emitidas por el soberano, por nadie más. Así, la posición de Hobbes obtiene su heteronomía específica no solamente por el hecho de que las leyes se crean originariamente en el Estado, sino que en las mismas la contraposición del deber ser y ser se encuentra reproducida de una particular forma: si se entiende como ese “ser” no solamente una facticidad cualquiera, sino el ser del hombre propiamente, entonces con ello ya se encuentra el avance preparado de contraponer ese “ser del hombre” al mundo del deber ser. Recién en ese otro mundo el individuo se convierte en persona⁽¹⁰⁶⁾. Toda persona es súbdita del Estado, ante las órdenes de la ley y, por lo tanto, su esencia como súbdito se circunscribe ante los deberes que el Estado soberano le pueda exigir, sin necesidad de justificar su proceder. Deber y sometimiento del hombre serán los pilares de esta idea para ser reconocido como persona y, en ese entender, resulta claro que la comprensión del injusto jurídico penal como lesión de un deber encuentra una indudable armonía.

3. Conclusiones provisionales sobre la crítica a los postulados de los delitos de infracción de deber

Se ha podido verificar que la variante de los delitos de infracción de deber del funcionalismo político criminal se basa en fundamentos cuestionables, que la hacen inviable:

- Vulnera el principio de legalidad al sancionar como conductas de autoría las que según regulación expresa del CP configuran conductas de complicidad o instigación, restándole importancia a los conceptos de tipicidad de la participación y quitándole vigencia al principio de garantía que fundamenta al tipo penal.
- La vuelta al germen causal aplicado a la deontología se hace evidente cuando la determinación de la autoría se basa únicamente en la pertenencia del deber, de manera que cualquiera que se encuentre obligado responderá siempre como autor, entonces en el marco de todos los vinculados al deber el regreso del concepto unitario de autor será una consecuencia necesaria.

Por otro lado, en vinculación a la variante de los delitos de infracción de deber por competencia institucional del funcionalismo normativo se ha obtenido como críticas fundadas a sus postulados los siguientes:

(106) ZACZYK, R. Kritische Bemerkungen zum Begriff der Verhaltensnorm, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg: C.F. Müller, 2014, N° 161, pp. 80 y 81.

- La acentuación al deber como fundamento del injusto impide distinguir entre un deber de carácter no penal con otro de carácter penal.
- La atención del deber es más a fin a un modelo autoritario cuyo requisito para aceptar a los ciudadanos como personas es su reverencia y su reconocimiento como seres susceptibles de exigencia de deberes.

IV. APRECIACIÓN CRÍTICA DE SU METODOLOGÍA

En el anterior apartado se ha elaborado la crítica sobre los postulados en los que se basa la teoría de los delitos de infracción de deber. En esta sección el punto de cuestionamiento se centrará en la metodología empleada por cada variante, en otras palabras, se verificará si es que el rigor metodológico empleado es fundado y legítimo.

1. **Apreciación crítica de la metodología del funcionalismo político criminal**

1.1. **Incapacidad metodológica del concepto de la figura central**

En la primera variante de los delitos de infracción de deber se aprecia un incorrecto proceder metodológico al momento de estimar que el autor es la figura central del suceso configurado por la acción y a partir de ese momento derivar los diversos criterios de autoría como el dominio del hecho o la infracción del deber. El hecho de aceptar que el concepto de figura central no describa el contenido de autoría, sino que sería un criterio formal de carácter general, un punto de partida metodológico que delimitaría la diferenciación de los puntos de vista valorativos determinantes del legislador y, por otro lado, un criterio de diferenciación prejurídico claramente perceptible⁽¹⁰⁷⁾, no exime de crítica a Roxin. Precisamente en este último punto el autor citado cree encontrar que la figura central recurre a una idea plástica viviente en la conciencia común: el autor sería la figura principal del suceso, mientras que el instigador y cómplice en el borde⁽¹⁰⁸⁾.

La primera pregunta a esta afirmación es ¿en qué medida esta idea plástica es vinculante?, la respuesta a la primera pregunta claramente se encuentra condicionada a otras dos preguntas ¿qué significa realmente esa idea plástica? y ¿cómo puede ser verificada en el ámbito prejurídico?, es decir, al pretender una validez prejurídica y, por lo tanto, alzarse como una estructura lógico-objetiva lo mínimo que se exige es que la idea mencionada sea susceptible de

(107) ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª ed. cit. p. 29.

(108) Ídem..

verificación. Bajo ese contexto, no le falta razón a Murmann cuando señala que la referencia a esa representación plástica se queda muy corta: “¿Qué debe fundamentar la vinculación jurídica de esa comprensión general? Una renuncia a la verificabilidad racional difícilmente puede asociarse con el hallazgo empírico de la existencia de determinadas representaciones. Esa *idea* solamente podría pretender vinculación prejurídica, cuando no solamente reflejen el espíritu de la época, cuando se reconducen a estructuras personales específicas (y no a contenidos materiales cambiantes)”⁽¹⁰⁹⁾. Además, parece ser que esa idea plástica presente en la conciencia común no se refiera exclusivamente al actuar delictivo, así Zaffaroni, Alagia y Slokar indican que “[a] diario se dice que una persona es autora de una obra, que otra cooperó en la de un tercero, o que otro decidió a alguien a emprender una determinada tarea. En los prólogos se suele agradecer a los colaboradores y a quienes le impulsaron y decidieron a escribir, y se distinguen nítidamente los roles de cada uno, sin necesidad alguna de acudir a conceptos jurídicos”⁽¹¹⁰⁾. Si esto es así, la idea prejurídica empleada por Roxin no se restringe a lo que es el delito, sino realmente se refiere a una comprensión común de todo “actuar humano”. Sin embargo, la revelación de esta circunstancia aún es insuficiente para poder caracterizar satisfactoriamente a la “figura central”, pues reconduce a una cuestión adicional sobre los fundamentos en que se basa esa idea para luego encontrar una base aplicable a todos los participantes, en suma, todo esto nos tendría que haber remitido correctamente a un análisis del concepto de acción⁽¹¹¹⁾, cuestión que evidentemente no se hizo.

Así las cosas, no debe extrañar que un criterio tan vacío y poco fructífero como la figura central termine asimilando como cajón de sastre cualquier criterio bajo pretexto de corresponderse con esa idea plástica común viviente en la conciencia común de que el autor está en el centro y los participantes, en el borde. Ahora resulta claro porqué es que un criterio basado ontológicamente como lo es el dominio del hecho es agrupado con un criterio eminentemente normativo como la infracción del deber, porque simplemente no existe un método. En ese sentido, ya no deja de sorprender el hecho que esta falta de método permita introducir o extraer nuevos criterios de autoría en base a la pura arbitrariedad. La propia evolución de este concepto lo demuestra, pues Roxin primeramente incluyó a los delitos culposos como delitos de infracción de deber⁽¹¹²⁾, pero luego los excluyó⁽¹¹³⁾. También originariamente

(109) MURMANN, U., *Die Nebentäterschaft im Strafrecht*, Berlin: Duncker & Humblot, 1992, p. 92.

(110) ZAFFARONI, E., et. al., *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 768.

(111) Vid. MURMANN, *Die Nebentäterschaft im Strafrecht*, cit., p. 93.

(112) Cfr. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1 ed., cit. p. 527.

(113) ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 3 ed., cit., p. 601.

estaban comprendidos los delitos de comisión por omisión⁽¹¹⁴⁾, pero ahora ya no⁽¹¹⁵⁾. Lo mismo ocurrió con la difamación, pues antes era estimada como un delito de infracción de deber⁽¹¹⁶⁾, pero ahora ya no⁽¹¹⁷⁾ y ha pasado a ser parte de una nueva forma de expresión de la figura central denominada “declaraciones personales punibles”⁽¹¹⁸⁾.

1.2. La metodológicamente incorrecta nivelación del dominio y del deber

Otro aspecto cuestionable y que, a su vez, es una consecuencia indirecta de lo anteriormente señalado se encuentra en la incorrecta nivelación conceptual que se efectúa a la infracción del deber y al dominio del hecho. Es decir, se parte del concepto superior de la figura central del suceso y en un nivel conceptual más concreto se encontrarían los conceptos de dominio del hecho y de infracción de deber⁽¹¹⁹⁾. Sin embargo, esta nivelación es inadecuada porque en el dominio del hecho también existe una infracción del deber⁽¹²⁰⁾, es decir, cualquier delito implica una norma penal de conducta o determinación que va dirigida a un receptor prohibiendo o mandando actos que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos⁽¹²¹⁾. Por ejemplo, en el delito de homicidio se deduce una norma de determinación expresada en el deber: no matar. Si es que un sujeto mata a alguien ha infraccionado tal deber.

Esto parece reconocerlo Roxin⁽¹²²⁾ cuando señala: “no se trata del deber que emana de la norma penal, cuyo desacato desencadena la sanción prevista en el tipo. *Ese deber existe en cualquier delito*”⁽¹²³⁾. Sobre todo, el mismo se extiende también a los instigadores y cómplices no cualificados”. Añade el citado autor: “Más bien, el elemento que nos resulta decisivo en cuanto a la autoría es la lesión de una norma extrapenal que no necesariamente se extiende a cada interviniente en el delito, pero que es necesario para la realización del tipo”⁽¹²⁴⁾. Así pues, todo parece indicar que el aspecto diferenciador

(114) P. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1 ed., cit. p. 459.

(115) ROXIN, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Tomo II, cit., p. 716.

(116) Cfr. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1 ed., cit. p. 388.

(117) Cfr. ROXIN, *Täterschaft und Teilnahme bei strafbaren persönlichen Erklärungen*, cit., p. 95.

(118) Ibid, p. 96 y ss.

(119) Así como también a la propia mano y a las declaraciones personales punibles.

(120) Señala Meini “La diferencia entre tipos de infracción de deber y tipos de dominio es la forma en que el sujeto accede a la posibilidad de lesionar el bien jurídico, cuando en ambos casos es posible identificar un deber por cuya vulneración se sanciona. Desde este punto de vista, todos los tipos penales son tipos de infracción de un deber”, MEINI, cit., p. 95.

(121) MURMANN, *Grundkurs Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 176.

(122) ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª ed. cit. p. 394.

(123) El resaltado es mío.

(124) ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª ed. cit. p. 394.

no se encontraría entonces en la delimitación del deber en sí, porque mientras que en los primeros el origen del deber es la norma penal y la situación de dominio, en los segundos el origen del deber es la norma no penal y si se intenta expresar con términos que otorguen tal connotación bajo una visión del mismo nivel a ambas figuras la clasificación debería ser, delitos de dominio del hecho y delitos cuyas fuentes no son penales. Con la modificación de la fuente del deber en el rol social realizada por Roxin aún no queda claro en qué medida la determinación extrapenal en los delitos contra la Administración Pública aún sigue desempeñando importancia alguna, porque a pesar de haber cambiado de concepción y ver ahora la fuente del deber en el rol social, aún sigue sosteniendo que el legislador con frecuencia describe de más cerca las exigencias del rol social en las normas extrapenales⁽¹²⁵⁾.

Este indudable cuestionamiento ha llevado a buscar otras alternativas dogmáticas que puedan ofrecer un planteamiento plausible. Así, Pariona Arana –partiendo de la autonomía de la determinación conceptual del Derecho Penal– ha propuesto que, en los delitos de infracción de deber, los deberes que se vulneran son de carácter penal, pero a diferencia del deber que emerge de toda norma penal, se trataría aquí de un deber especial cuya idoneidad dogmática se presenta solamente en determinados tipos penales y únicamente en el sector de la autoría⁽¹²⁶⁾. Aceptando tal postulado, entonces podría señalarse que existirían tipos penales de los cuales emanarían deberes que se dirigen a todos y tipos penales que darían origen a deberes especiales. Sin embargo, esta formulación no es novedosa, fue ya propuesta por Nagler⁽¹²⁷⁾ en 1903 quien partiendo de la teoría de las normas de Binding postuló que las normas por regla general se dirigen a todos⁽¹²⁸⁾, pero que existen otras que se dirigen a un determinado grupo de personas⁽¹²⁹⁾, aquí se trataría de la defensa de bienes jurídicos que están expuestos sobre todo a ataques de un grupo especial de compatriotas jurídicos (“*Rechtsgenossen*”)⁽¹³⁰⁾. En cierta medida este punto de vista vendría a expresar un aspecto que es cierto y que ya fue descrito *supra*, esto es, que de la norma de conducta o determinación emanan los deberes que son lesionados al cometer un delito, sin embargo, el cuestionamiento se centra en que el poner el acento en quién es el receptor del deber que emerge de la norma, por sí solo, aún no es capaz de explicar la naturaleza de los delitos

(125) ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª ed. cit. p. 885.

(126) PARIONA ARANA, R., cit., p. 81 y ss.; *el mismo*, La teoría de los delitos de infracción de deber, en *Derecho Penal - Consideraciones dogmáticas y político-criminales*, Lima: Instituto Pacífico, 2014, pp. 115-121.

(127) NAGLER, J., *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, Leipzig: Wilhelm Engelmann, 1903, p.

(128) *Ibid.*, p. 11.

(129) *Ibid.*, p. 9.

(130) *Ibid.*, p. 17.

contra la Administración Pública⁽¹³¹⁾. Por ejemplo, la sola mención a que la norma se refiere a los funcionarios no explica la razón de la menor magnitud del injusto y culpabilidad de la intervención de los *extranei* en comparación de la intervención de los *intraanei*. Por poner un ejemplo, el cohecho activo propio, que puede ser cometido por cualquier persona, sanciona con pena de cuatro a seis años, mientras que el cohecho pasivo propio sanciona conforme a la modalidad de aceptación una pena cuatro a seis años y en la modalidad de solicitud de una pena de seis a ocho años⁽¹³²⁾.

1.3. Inconsecuencia metodológica para la aplicación a la figura de la autoría mediata

Por otro lado, la metodología empleada por Roxin no es consecuente con la caracterización de las formas de expresión de la autoría en los delitos de infracción del deber. En efecto, en el supuesto del instrumento doloso no cualificado se postula que el vinculado con el deber respondería por autoría mediata, pues “basta que alguien que se encuentre dentro de la vinculación de deber le confíe la ejecución de la acción que se encuentre fuera de la posición de deber que fundamenta la autoría”⁽¹³³⁾. En esa consonancia expone Pariona Arana⁽¹³⁴⁾ que la razón de la imputación de la autoría mediata en estos delitos es “la lesión del deber jurídico especial a través del hombre de atrás vinculado al deber”. Sin embargo, si en la infracción del deber la determinación de la autoría se realiza mediante la verificación normativa de la lesión del deber del obligado con prescindencia de la ejecución externa del hecho, entonces ¿por qué la forma de autoría atribuible —como por ejemplo la autoría mediata— dependería de si la realización del hecho fue ejecutada propiamente o a través de otro? Incluso Pizarro Beleza⁽¹³⁵⁾ se llega a interrogar si es que aquí no existiría de algún modo concesión a los criterios de los delitos comunes o delitos de dominio. Realmente no se puede comprender cómo puede infraccionarse el deber propio a través de otro, si es que el deber vincula únicamente al portador del mismo, la autoría mediata sería en esencia imposible, aquí más consecuente es el modelo de la infracción del deber por competencia institucional, pues en el supuesto del instrumento doloso no cualificado se aprecia una autoría directa sin más.

(131) En la misma línea refiriéndose a los delitos especiales cfr. GÓMEZ MARTÍN, cit., p. 78.

(132) En el mismo sentido LANGER, cit., p. 238.

(133) ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª ed. cit. pp. 360 y 361.

(134) PARIONA ARANA, *Mittelbare Täterschaft bei Pflichtdelikten*, cit., p. 472; el mismo,

(135) PIZARRO BELEZA, T., *Die Täterschaftsstruktur bei Pflichtdelikten - Pflichtträgerschaft versus Tatherrschaft?*, en SCHÜNEMANN, B. (ed.), *Bausteine des europäischen Strafrechts: Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Colonia: Heymann, 1995, p. 267 y ss.

Pariona Arana ha tratado de rebatir este cuestionamiento aceptando en todo momento que en los delitos de infracción de deber el carácter personal del deber impediría que su lesión pueda realizarse de manera mediata. Sin embargo, lo que caracterizaría a la autoría mediata es que aquí se trataría de una realización mediata del delito. La estructura de la realización del tipo por medio de otro se configuraría como una realización del resultado típico externo a través de otro⁽¹³⁶⁾. Añade que “la forma de aparición de la autoría, es decir, el tipo de autoría que se presenta (directa, mediata o coautoría), no depende del criterio que se emplea para determinar y delimitar la autoría, sino de las estructuras normativas que la ley prevé (Art. 23 CP, § 25 StGB, Art. 28 CPE) y de cómo se presenta el hecho en la realidad social y en qué estructura normativa se subsume. La concurrencia de una autoría mediata depende de la estructura normativa que la ley prevé, en el caso peruano, de la estructura normativa que el artículo 23 del Código Penal contempla”⁽¹³⁷⁾.

No obstante, la respuesta de Pariona Arana no resulta convincente por inconsecuente. Por un lado, eleva la importancia de la descripción normativa de los supuestos regulados en el Código Penal de la autoría, como son la comisión por sí sola, de forma conjunta o a través de otro, pero olvida que la regulación de la intervención delictiva no se agota en esas prescripciones, pues si es que tanta importancia ha de dársele a las conductas prescritas normativamente, entonces debe integrarse al razonamiento las prescripciones de la instigación o la complicidad, de manera que, no podría ser autor quien determine o quien preste auxilio, pero es evidente que esto resquebrajaría las bases de la teoría de los delitos de infracción de deber, porque si quien determina es el *intraneus* según esta teoría siempre debería ser autor, cuestión que ya fuera cuestionada *supra* por afectar el principio de legalidad.

Por otro lado, si la infracción del deber sería fundamento de la autoría, no puede luego asumirse aspectos incompatibles para complementar la forma en la cual la autoría pueda expresarse. Si esto es así, entonces la lesión del deber ya no sería el fundamento de la autoría, sino también su razón se expresaría en algo más. No es válido señalar que ese “algo más” se encuentre en la lesión del bien jurídico, pues según esta metodología tal aspecto forma parte del fundamento del injusto.

(136) PARIONA ARANA, Mittelbare Täterschaft bei Pflichtdelikten, cit., p. 473.

(137) PARIONA ARANA, R., La autoría mediata en los delitos de infracción de deber, en PARIONA ARANA, R y PÉREZ ALONSO, E. (ed.) *Teoría del delito - problemas fundamentales*, Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 380 y 381.

Con todo esto, queda demostrada la inconsecuencia metodológica a la que se arriba bajo este proceder y si bien es cierto, como señala Bacigalupo⁽¹³⁸⁾, que: “[l]a categoría de los delitos de infracción de deber no depende de que la autoría mediata sea la única forma de calificar la autoría en los delitos de infracción de deber” y, por lo tanto, “[l]a posibilidad de distintos desarrollos dentro del marco conceptual de una misma teoría no invalida la teoría”, no dejar también de ser verdad que la verificación de la consonancia metodológica de una teoría —en este caso la infracción del deber— con sus postulados clarifica el debate y permite formular apreciaciones críticas sobre las verdaderas consecuencias a las que la teoría en cuestión debería arribar. En el presente caso, una coherente aplicación del concepto de infracción de deber, implicaría entenderlos como lo hace el funcionalismo normativo, esto es, una vinculación que únicamente implica al obligado cuyo deber lo hace únicamente autor directo, independientemente que en el marco fenomenológico intervenga un *extraneus*. Esta clarificación permite que las críticas relativas a las consecuencias propuestas por el funcionalismo normativo —que se verá con detalle *supra*— ya le sean extensivas a la postura de Roxin.

2. Apreciación crítica de la metodología del funcionalismo normativo

2.1. La insuficiencia del método de determinación de las instituciones

El criterio metodológico empleado por el funcionalismo normativo también resulta discutible por no proponer un criterio válido para poder reconocer claramente a las instituciones. Recuérdese que bajo esta perspectiva se parte de la definición de la institución como “la forma de relación permanente y jurídicamente reconocida, de una sociedad, que está sustraída a la disposición de la persona individual, y que más bien contribuye a constituir a ésta”⁽¹³⁹⁾, luego la denominada competencia por organización se basaría en una institución general denominada “constitución jurídica de la sociedad” que compete a todos, delimitado por el sinalagma “libertad de acción - responsabilidad por las consecuencias”. A partir de este postulado, las demás instituciones que fundamentarían los deberes positivos serían aquellas que determinan la identidad de la sociedad en la misma medida que el sinalagma “libertad de acción - responsabilidad por las consecuencias”, para lo cual lo importante no sería una similitud de orden naturalística, sino una normativa

(138) BACIGALUPO, cit., p. 115.

(139) JAKOBS, Strafrecht - Allgemeiner Teil, cit., p. 820, nota al pie 114.

adecuada para la estructura de la sociedad⁽¹⁴⁰⁾. Uno puede preguntarse ¿hasta qué punto la medida de la equivalencia normativa de los deberes negativos para la configuración de la sociedad es suficiente para poder identificar a las instituciones positivas? La respuesta sencillamente es que aún esa medida no nos dice nada⁽¹⁴¹⁾, es aún insuficiente porque entre la institución general que caracteriza a los deberes negativos y las instituciones que fundamentan a los deberes positivos no existe una relación sistemática⁽¹⁴²⁾, sino una relación que posee un nivel de abstracción muy alto. Por si fuera poco, la definición que Jakobs asume de la institución no ayuda en nada a su esclarecimiento, porque la “forma de relación permanente y jurídicamente reconocida de una sociedad que contribuye a constituirla” se encuentra en cualquier rama del derecho, pues su validez, al estar positivizada, implica ese reconocimiento de relación permanente como por ejemplo la relación laboral entre empleador y trabajador, la transmisión sucesoria, entre otros. Y no solamente eso, sino que el reconocimiento constitucional del derecho consuetudinario como fuente jurídica amplía la gama de posibilidades de instituciones.

A pesar de ello Jakobs deduce instituciones específicas bajo *numerus clausus*, aquí pues se expresa la debilidad de su concepción porque de algo tan abstracto no se puede deducir propuestas tan concretas como son las instituciones que propone⁽¹⁴³⁾, realmente pareciera que la numeración de instituciones realizadas son más producto del libre arbitrio de su autor que de una base razonable. Ello se explica muy bien cuando se mira más cercanamente las instituciones que pone a consideración, pues luego de originariamente

(140) JAKOBS, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, cit., p. 32.

(141) Con toda razón Sangenstedt señala que “todos sin dudarlo suscriben el hecho que los deberes de evitar resultados deben serle atribuidos el mismo o similar valor elemental para la convivencia humana que los deberes de omisión de los delitos de resultado por comisión, si es que se ha de vincular la misma reacción penal a la violación de ambos deberes. Lo que realmente es de actualidad para el juicio de equivalencia y lo que, en consecuencia, ha dividido opiniones durante décadas son los **critérios** que determinan —o más precisamente que solo pueden determinar las decisiones de valor del ordenamiento jurídico penal escrito— si una “institución” o cualquier otra condición positiva tienen calidad de garante. En esa pregunta central se muestra **Jakobs**, sin embargo, poco comunicativo. Él se limita a la entrega de un catálogo de tipos penales, en los cuales él **afirma** apodícticamente que se trataría de relaciones que para la existencia de la sociedad serían de la misma importancia que la ‘competencia organizacional y responsabilidad por las consecuencias’ (...) Sin embargo, las determinaciones que allí se hacen no son verificables, en parte porque no se revela en qué consideraciones normativas se basan, pero sobre todo porque queda abierto en todo momento por qué tienen que ser precisamente los baremos de valores propuestas por Jakobs a los que debe orientarse la formación de los tipos de garantía”, SANGENSTEDT, C., *Garantenstellung und Garantienpflicht von Amtsträgern*, Fráncfort: Peter Lang, 1989, p. 359.

(142) Cfr. PAWLIK, M., *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Colonia: Carl Heymanns, 1999, p. 138.

(143) SCHÜNEMANN, B., Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland, en GIMBERNAT, E., et. al. (ed.) *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, Heidelberg: C.F. Müller, 1995, p. 60.

postular al matrimonio como institución⁽¹⁴⁴⁾, la sustrajo aduciendo que “los deberes, hace una generación hasta cierto punto obvios, que se derivaban de una relación matrimonial han perdido su seguridad desde que el matrimonio es comprendido con la aprobación del derecho como un lazo que se puede resolver -aunque sujeto a plazos⁽¹⁴⁵⁾, sin embargo, luego introduce nuevamente al matrimonio añadiendo que este puede existir incluso de manera no formal⁽¹⁴⁶⁾, para en un trabajo posterior proponer a la comunidad de vida en pareja (“*Lebenspartnerschaft*”) –incluyendo la no reconocida formalmente por el derecho–⁽¹⁴⁷⁾, estas dos últimas inclusiones en clara contradicción con las afirmaciones originarias de Jakobs, según las cuales “no existe una relación de reemplazo reconocida jurídicamente para el matrimonio, de manera que más o menos comunidades de vida similares al matrimonio en su totalidad no producirían per se deberes”⁽¹⁴⁸⁾. No deja de llamar la atención, a su vez, que recientemente no haga mención a la confianza especial como una institución⁽¹⁴⁹⁾. Otro caso similar es el planteamiento de González Guerra⁽¹⁵⁰⁾, quien propone una nueva institución denominada “ahorro”, la cual nacería de la “importancia de los deberes de información externa” y vendría dada por la necesidad de información de personas ajenas a la empresa pero que poseerían algún interés en su evolución económica o jurídica”.

Lo peor de todo es que todas las propuestas realizadas son de manera correcta consonantes con los criterios de delimitación propuesto por Jakobs, pero finalmente todo termina en un caos, otorga una inseguridad completamente injustificable. Así pues, aún resulta vigente el reproche realizado por Hirsch⁽¹⁵¹⁾ cuando señala que “a los teóricos del derecho les sigue resultando difícil escapar del –intelectualmente más cómodo y más difícil científicamente verificable– modo de proceder puramente normativo”. La generalidad del criterio de equiparación, su falta de verificación y el proceder puramente normativo ha provocado, pues, que las instituciones se “pongan y saquen” como si se tratara de mercancías a la venta en un mostrador de una tienda, solamente que en este caso el final no será la compra del objeto, sino el encierro de una persona en un establecimiento penitenciario por años.

(144) JAKOBS, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, cit., p. 822.

(145) JAKOBS, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, cit., p. 34.

(146) JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 84.

(147) JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, p. 63.

(148) JAKOBS, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, cit., p. 824.

(149) JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, pp. 63 y 64.

(150) GONZÁLEZ GUERRA, C., *Delitos de infracción de un deber*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006, p. 56 y ss.

(151) HIRSCH, H., *Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin: Walter de Gruyter, 1981, N° 93, p. 850.

2.2. La falacia naturalista en la determinación del contenido de los deberes institucionales

Probablemente pueda sonar algo paradójico el hecho de la invocación de una falacia naturalista en el marco de una metodología eminentemente normativista, sin embargo, una comprensión más detallada puede explicar por qué es que este método dogmático incurre en tal falacia.

Nótese que la búsqueda de las instituciones del que emergen los deberes positivos tiene como medida la importancia de la configuración de la sociedad como lo hace la institución general “constitución jurídica de la sociedad”. Si esto es así, entonces no pasa de ser una búsqueda de criterios que *describen* una sociedad y el primer obstáculo con el que se encuentra es que la descripción la sociedad puede ser realizada desde diferentes puntos de vista. Así un enfoque teórico basado en el conflicto haría hincapié especialmente en las dimensiones de poder existentes en la sociedad⁽¹⁵²⁾. Pero es que cualquier punto de vista de descripción de la sociedad puede resultar en alguna medida plausible, sin embargo, el segundo obstáculo de esta teoría constituye su talón de Aquiles metodológico, pues de un criterio descriptivo (ser de la sociedad) no es posible deducir prescripciones normativas, el funcionalismo normativo incurre a todas luces en una falacia naturalista. Por más que se afirme que la descripción empírica de la sociedad es indiferente, pues se elevaría en importancia su determinación normativa, no deja de ser la delimitación descriptiva de un modelo de sociedad.

Esta falacia realmente es parte de todo el edificio dogmático que ha construido el funcionalismo normativo, sin embargo, se hace más expresa en el marco de los delitos por competencia institucional, pues se trata de ubicar instituciones en la medida que se traten aspectos que configuran normativamente a la sociedad (descripción) como lo hace la institución que funda el deber negativo, para luego proceder a fijar los deberes (prescripción) a los que el obligado se encontraría vinculado. Pero del hecho que determinada sociedad se encuentre configurada de determinada manera no se sigue con relación de necesidad que la misma *deba* estarlo así. Del hecho que la guerra sea una constante en la historia no se sigue el hecho que la guerra *deba* existir.

(152) GRECO, L., Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum Problem des Sonderwissens, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin: Walter de Gruyter, 2005, N° 117, p. 539.

3. Apreciación crítica de la metodología común de ambas variantes

3.1. La fuente no penal de los deberes y la conversión a un Derecho Penal accesorio

Un siguiente aspecto especialmente controversial se refiere a la fuente del deber, al respecto ambas variantes de la teoría en cuestionamiento presentan las mismas inconsistencias si de delitos de corrupción de funcionarios se habla: se hace depender la responsabilidad penal del funcionario de la normatividad extrapenal. Por un lado, independientemente que Roxin haya abandonado esta idea y haga referencia de un rol social, en los delitos contra la Administración Pública todo parece indicar que la responsabilidad del funcionario se verá determinada en la medida que haya cumplido con los deberes establecidos en la normativa del sector, pues como se apreció *supra*, a pesar de haber cambiado de concepción y ver ahora la fuente del deber en el rol social, aún sigue sosteniendo que el legislador con frecuencia describe de más cerca las exigencias del rol social en las normas extrapenales⁽¹⁵³⁾. Por el lado de la variante de los delitos de infracción de deber institucional también todo parece indicar que en los delitos cometidos por funcionarios la fuente sobre la cual se va a nutrir la competencia institucional es la normativa extrapenal, en ese sentido Jakobs refiere que “las instituciones básicas –al margen de la confianza especial, pero que tiene en *venire contra factum proprium* una raíz jurídica estable– se encuentran como mínimo esencialmente positivizadas”⁽¹⁵⁴⁾ y al referirse estrictamente a los delitos de corrupción de funcionarios afirma Caro John⁽¹⁵⁵⁾ que “en otros casos los deberes propios de una institución están más claramente positivizados constituyendo un ejemplo paradigmático de ello los deberes correspondientes a la función pública en los supuestos de los delitos cometidos por los funcionarios públicos”.

Los ejemplos más ideales para poder graficar este modo de proceder se centran en la constelación del “instrumento doloso no cualificado”: el administrador de la Corte Superior de Huaura A (*intraneus*) convence a su hermano B (*extraneus*) para que pueda ingresar a su oficina y pueda sustraer el dinero correspondiente al pago de determinados servicios asignados por la Gerencia General a favor de la institución, para lo cual le entrega su llave y

(153) ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª ed. cit. p. 885.

(154) JAKOBS, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, cit., p. 821.

(155) CARO JOHN, J., *Manual teórico-práctico de teoría del delito: materiales de aplicación a la investigación y judicialización de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*, Lima: Ara, 2014, p. 198.

el hecho ocurre. Bajo la metodología de los delitos de infracción de deber⁽¹⁵⁶⁾ A debería responder como autor del delito de peculado independientemente que su conducta se limitó a convencer a su hermano y a otorgar la llave, pues habría infraccionado el deber consignado en el MOF (Manual de organización de funciones) de la Corte en mención, donde se consigna como función específica del administrador: “(...) m. Ejecutar el fondo para pagos en efectivo que le asigna la Gerencia General, así como el fondo para pagos de servicios (...)”; B, por su parte, debería responder como *extraneus* del delito de peculado a título de cómplice al no estar vinculado al deber.

Es claro que es un razonamiento cuyo resultado es consonante con la intuición común y, por lo tanto, muy tentador, sin embargo, esta forma de proceder deja en claro algo: se hace depender la consecuencia jurídico penal de la determinación legislativa extrapenal, de manera que se estaría convirtiendo al Derecho Penal en una suerte de derecho accesorio. Lo peor es que no se habla de cualquier accesoriedad, sino de una accesoriedad pasiva, a través de la cual, las valoraciones de otra rama del derecho se transmiten al Derecho Penal sin más, sin embargo, del mismo ya se encargó Greco⁽¹⁵⁷⁾ de demostrar que se obtendría un falseamiento del injusto penal, pues las valoraciones que se encuentran en las diferentes ramas del derecho se encuentran en una relación directa con las consecuencias reguladas en su campo respectivo. Así el Derecho Penal solamente puede ser comprendido en relación con la pena como una consecuencia jurídica de una calidad muy especial.

Para demostrar tal circunstancia basta con recordar que en el campo de los delitos de comisión por omisión la fuente de posición de garante (antes denominada responsabilidad por omisión) se hallaba desde Feuerbach en el contrato o la ley, por ejemplo, sin embargo, desde que la materialidad de la cercanía con el bien jurídico fuera elevada en importancia, se dejó de lado las absurdas soluciones que se llegaba con la determinación extrapenal, como el caso de la niñera que deja herirse o morir al bebé que está bajo su cuidado pero cuyo contrato la vinculaba hasta cinco minutos antes que el bebé se accidentara, si el deber naciera del contrato como naturaleza extrapenal, es posible asumir la liberación de responsabilidad penal de la niñera como válida, sin embargo, los deberes emitidos en otras ramas del derecho tienen efectos jurídicos, pero solamente en las ramas en los que fueron planteados, pues una

(156) Más allá de las posibles calificaciones que vendrían en consideración por un delito común como el hurto.

(157) GRECO, L., Die Befreiung des Strafrechts vom Pflichtverletzungsdenken - zur Kritik an der (nicht nur asymmetrischen) Akzessorietät, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg: C.F. Müller, 2019, N° 166, p. 695.

privación de la libertad está muy lejos de ser el motivo de la regulación de un contrato en el Código Civil. Sin embargo, por más que esta concepción pareciese tan superada, realmente no lo es, solamente que, en lugar de hablar de la niñera, se habla del funcionario y en vez de hablar del contrato, se invoca a cualquier normativa extrapenal.

3.2. Ausencia de un criterio positivo de ubicación de la fuente de los deberes

La teoría de la infracción del deber simplemente ofrece un marco metodológico en negativo: se tratan de fuentes normativas de carácter no penal, pero la atribución de un hecho delictivo no puede bastarse con ello, se requiere de un postulado que brinde criterios en positivo, esto es, si el deber no es penal, entonces ¿de qué naturaleza? En pocas palabras, no se sabe cómo ayuda la teoría de los delitos de infracción de deber a ubicar la fuente del deber, con mayor razón, en los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios, cuyos roles se encuentran establecidos en distintos instrumentos normativos.

Así, la Constitución Política regula diferentes deberes del presidente, congresistas, ministros, del Poder Judicial, del Ministerio Público. Sin embargo, a su vez, sus funciones se encuentran delimitadas en las denominadas leyes orgánicas. Pero es que las labores del fiscal correspondiente también se ubican en el Código Procesal Penal, así como la de los jueces. Pero esto no queda aquí, el Ministerio Público también se organiza en base al “Manual de Organización y Funciones del Despacho Fiscal Corporativo”. En el marco de las contrataciones estatales la ley de contrataciones con el Estado y su reglamento delimitan los deberes de las diferentes partes involucradas, pero, además las diferentes municipalidades se encuentran organizadas por un ROF o MOF. Es más, la situación se complica cuando el Art. 425 CP eleva a calidad de funcionario a todo aquél que mantenga vínculo contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que, en virtud de ello ejerza funciones, ya que ahora la fuente del deber ya no estaría fijado en un precepto normativo emitido por autoridad estatal, sino en un contrato y el primer caso que puede venirse en mente es el de los agentes de vigilancia de una entidad pública, pues sus deberes normalmente provienen de las cláusulas contractuales. ¿Cuál es el precepto normativo relevante para determinar la infracción del deber? Incluso, ante la colisión de los mismos, ¿cuál prevalece?, ¿se emplearía los criterios tradicionales de solución de conflictos normativos como la jerarquía?, ¿pero con ello no se estaría adelantando ya el análisis de la antijuricidad? Todas estas interrogantes no pueden ser respondidas por la teoría de los delitos de infracción de deber, solamente quedan dudas.

Para clarificar mejor la cuestión, véase qué es lo que ocurrió en el R.N. N° 615-2015-Lima, el famoso caso conocido como “diarios chicha”⁽¹⁵⁸⁾. En el mismo la calificación del delito fue peculado y se atribuyó a Alberto Fujimori, en su condición de ex Presidente de la República, haber ordenado, sin ningún sustento legal, el desvío de fondos de la Fuerza Aérea del Perú y del Ejército Peruano al Servicio de Inteligencia Nacional-SIN que fueron utilizados para comprar los titulares de los denominados “Diarios chicha”, para su campaña de reelección presidencial, con los denostó a sus adversarios políticos.

Fue objeto de análisis por parte de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema la sentencia emitida por la Cuarta Sala Penal liquidadora de la corte superior de justicia de Lima, la cual condenó a Fujimori. Así, para la condena la Sala Penal liquidadora se valió de la teoría de los delitos de infracción de deber del funcionalismo normativo⁽¹⁵⁹⁾ y estableció que el presidente encuentra competencia en la conducción y control del presupuesto del SIN en base a la prescripción fijada en el numeral 17 del artículo 118 de la Constitución que establece como atribución y obligación del Presidente de la República, el “administrar la Hacienda Pública” y que, en el caso del SIN, este deber tendría un desarrollo legal en base al Decreto Ley N° 25635 Ley del Sistema de Inteligencia Nacional, vigente a la fecha de los hechos, que fijaba que el SIN depende directamente del Presidente de la República y tiene entre sus obligaciones cumplir aquellas tareas compatibles con su naturaleza que le sean asignadas por el Presidente de la República; el jefe del SIN es designado por el Presidente de la República y que, finalmente, el SIN constituye un sector presupuestario autónomo, cuyo titular es el jefe del SIN, su presupuesto tiene la calificación de secreto y únicamente mediante Decreto Supremo, esto es, por decisión del Presidente de la República se aprueba la transferencia presupuestaria a que hubiera lugar.

Sin embargo, la Corte Suprema –a pesar de tomar la misma posición doctrina que la Sala Penal que realizó la sentencia materia de recurso, esto es, estimar al delito de peculado como un “delito especial de infracción de deber, fundamentado en instituciones positivas”, es de la conclusión que “solo a efectos jurídico penales tendrá responsabilidad quien *de manera concreta* se aparta de [...] [la] expectativa normativa”⁽¹⁶⁰⁾, en ese orden, la identificación e individualización del deber obligaría a recurrir a las normas del sector donde se desenvolvió el actuar ilícito del agente tales como el ROF, MOF, regla-

(158) Vid. MENDOZA AYMA y MENDOZA YANA, Cit., p. 50 y ss.

(159) Véase pág. 40 de la Sentencia del Exp. N° 63-09 del 08-01-2015 emitida por la Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima.

(160) El resaltado es mío.

mentos, etc. En esa línea, resultó una consecuencia lógica de los argumentos esgrimidos que en el caso de los “Diarios chicha” se concluya que el único responsable podría ser el director de la Oficina Técnica Administrativa del SIN, pues él tendría el deber extrapenal de administrar sus fondos, en virtud del Reglamento de Organización y Funciones-ROF. Así, según la Corte Suprema, Alberto Fujimori en su condición de presidente de la República no habría infringido ningún deber, porque no tenía el deber de administración de los fondos “en razón de su cargo”, es decir, no podría ser autor y, por lo tanto, fue absuelto.

Así, no extraña que, a falta de un criterio delimitador de la fuente del deber, las mismas pueden encontrarse “donde sea”, es decir, mientras que para los jueces que emitieron la sentencia de primera instancia este deber podría encontrarse incluso en la Constitución constituyendo probablemente un denominado “deber general”, los miembros de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema determinaron que el deber tendría que ser “especial” y el mismo se encontraba en el ROF del SIN.

3.3. Ausencia de la delimitación de la concreción del deber

Una consecuencia inmediata de la incertidumbre sobre la falta de un elemento positivo que permita la ubicación del deber es otra inseguridad relativa al nivel concreción del deber que se exige para poder hacer responder penalmente a alguien como autor. Es decir, en la estructura piramidal de la Administración Pública existen cargos ocupados por altos funcionarios cuyos deberes se encuentran ciertamente plasmados, pero de manera genérica, pues la redacción específica de la prestación de las actividades en la Administración Pública vincula realmente a funcionarios de estratos más bajos. A las preguntas ¿a quién puede atribuírsele la conducta delictiva? ¿Al funcionario más alto? ¿al de más bajo estrato?, la teoría en cuestionamiento no otorga ninguna respuesta, solamente más dudas.

Un claro ejemplo de esta incertidumbre se encuentra en la Casación 160-2014-del Santa, en la cual se atribuye que se habría generado la sobrevaluación del estudio de pre-inversión del perfil del proyecto: “adecuación del proyecto original Chichinecas al esquema reestructurado” y la ejecución de dicho proyecto y que el Presidente Regional de Áncash habría permitido esto, a pesar que la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales prescribe en su artículo 62 que el Gobierno regional norma y administra sobre sus recursos bienes y activos conforme a ley; además, según el artículo 21 de la ley mencionada, el Presidente Regional tiene como atribuciones (...) f. Administrar los bienes y las rentas del Gobierno Regional.

La casación en mención es particularmente interesante toda vez que la discusión se centra en un aspecto trascendental que demuestra la falta de capacidad de rendimiento de la teoría de los delitos de infracción de deber, en estricto, se parte de la afirmación que el delito de peculado es un delito de infracción de deber por competencia institucional, sin embargo, la discusión se circunscribe en la delimitación de la concretización del deber que se debe exigir al intraneus para determinar responsabilidad penal. Así pues, un primer voto⁽¹⁶¹⁾ señaló que en el delito de peculado solo puede ser autor el funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidas por el tipo penal, es decir, quien por el cargo tenga bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional) en percepción, custodia o administración las cosas (caudales o efectos)^{*(162)}. En ese orden, el Presidente Regional ciertamente tendría una relación funcional con el proyecto en mención, pero la misma sería genérica, pues la responsabilidad en la administración del proyecto especial estaba a cargo del Director Ejecutivo con función específica⁽¹⁶³⁾. Sancionar por deberes generales llevaría a consecuencias indeseadas como responsabilizar también al Ministerio del ramo y el presidente de la República al autorizar la transferencia del proyecto especial a la Región⁽¹⁶⁴⁾.

Para el segundo voto⁽¹⁶⁵⁾, la diferencia entre deberes generales o específicos no existe, o por lo menos, no es relevante, pues lo determinante sería el deber que surge de la competencia funcional otorgada por ley⁽¹⁶⁶⁾. Bajo esa idea se estimó que el presidente regional efectivamente poseería deberes con el patrimonio del Estado, en especial administrar los bienes del Gobierno Regional⁽¹⁶⁷⁾ y, entonces no sería posible excluirlo de una investigación argumentando que tendría una relación funcional genérica con los bienes del Estado, es decir, el hecho de ser presidente o gobernador regional no significaría necesariamente la atipicidad de la conducta⁽¹⁶⁸⁾.

En mérito a la discordia producida es que se emitieron aún dos votos adicionales siendo el último⁽¹⁶⁹⁾ el que vale la pena mencionar. Para este voto los más altos funcionarios o servidores de las instituciones estatales no deberían ni podrían ser excluidos automáticamente de investigaciones en su contra por

(161) Emitido por los Jueces Supremos Villa Stein, Rodríguez Tineo y Pariona Pastrana.

(162) Fundamento sexto del voto de los jueces mencionados en la casación *in comento*.

(163) Ibid, Fundamento noveno.

(164) Ibid, Fundamento décimo.

(165) Emitido por los jueces supremos Neyra Flores y Loli Bonilla.

(166) Ibid, Fundamento noveno del voto *in comento*.

(167) Ibid., fundamento décimo segundo.

(168) Ibid., fundamentos décimo tercero y cuarto.

(169) Emitido por el juez supremo Príncipe Trujillo.

el simple hecho de encontrarse en la más alta esfera de decisión administrativa, pues conllevaría a implementar un marco de impunidad sobre el cual los funcionarios de primera escala jamás pudiesen ser pasibles de investigación; —agrega el voto citado— con mayor razón si la historia de nuestro país nos enseña que son pues estos altos funcionarios quienes bajo el velo de protección que les brindaría la distancia de sus cargos, ordenan, dirigen o disponen actos en contra de la Administración Pública que lesionan los bienes jurídicos del Estado⁽¹⁷⁰⁾. Con esto el juez ponente se terminó por adscribir al segundo voto.

Hablando resumidamente, las dos posturas asumidas en la Casación mencionada toman como punto de referencia a la teoría de los delitos de infracción del deber y, en clara consonancia con sus postulados, llegan a resultados divergentes en mérito a cómo debe comprenderse al deber, ¿pueden diferenciarse los deberes específicos de los genéricos?, o es que la determinación del deber indiferentemente de su concretización implica *ipso facto* la competencia del funcionario público. De las fundamentaciones expresadas por los diferentes votos, es posible diferenciar que el punto de partida de las diferenciaciones son de corte político criminal: i) así, no deja de ser cierto que de estimar que solamente responderían los vinculados a los deberes más concretos, entonces se abriría paso un marco de impunidad sobre el cual los más altos funcionarios jamás pudiesen ser pasibles de investigación; conforme lo hizo expreso el último voto dirimente de la Casación comentada ii) por el otro lado, también es correcto el hecho que en base al principio de responsabilidad personal nadie debe responder por hechos ajenos y, sin embargo, delimitar el marco de competencias de responsabilidad a los funcionarios más altos permitiría que por cualquier hecho de cualquier menor funcionario (en el sentido penal) respondiese el presidente de la república o el ministro del ramo, ¿hasta qué punto ellos son garantes de todo lo ocurrido en la Administración Pública? Con lo

(170) Posteriormente procede el juez ponente a afirmar que el delito de peculado sería uno de infracción de deber haciendo referencia a las obras de Roxin, Jakobs, Sánchez-Vera Gómez-Trelles y, extrañamente, a la primera edición de la obra *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, de Jesús María Silva Sánchez. Se señala que la cita de Silva Sánchez es extraña porque la nota al pie de la referencia no hace especificación de la página en el que estaría basada su postura relativa a los delitos de infracción de deber y ello es naturalmente así porque Silva Sánchez en el libro en mención no se encarga del desarrollo de los delitos de infracción de deber, sino, más bien, de la exposición descriptiva y con toma de postura de varios aspectos fundamentalistas de la parte general del Derecho Penal que venían discutiéndose en esa coyuntura, así pues son discutidos temas como las actitudes ante el Derecho Penal, la metodología de la dogmática jurídico-penal, los fines del Derecho Penal, los fines de las normas jurídico-penales, Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, 1ª ed., Barcelona: Bosch, 1992, p. 13 y ss., p. 43 y ss., p. 179 y ss. y p. 311 y ss.; sin embargo, SILVA SÁNCHEZ sí se pronuncia sobre los delitos de infracción de deber en otra obra al referirse sobre los delitos fiscales (tributarios), en la misma realiza una aún controversial postulación de una figura penal que mezcla los dos criterios postulados por JAKOBS, en estricto, postuló lo que fuera a denominarse luego como “delitos de infracción de deber con elementos de dominio”. En SILVA SÁNCHEZ, J., *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Barcelona: Atelier, 2005, p. 71.

visto, salta a la vista que la teoría de los delitos de infracción del deber aplicada a los delitos contra la Administración Pública ha traído sigilosamente la discusión de los modelos *bottom up* y *top down* del Derecho Penal económico en el marco de la actividad delictiva surgidos de la empresa. En ese orden, en tanto no se haga expresa esta asimilación de conceptos y se verifique su conveniencia aplicada a los delitos de corrupción de funcionarios parece ser que no existirá una respuesta dogmáticamente suficiente para la pregunta acabada de plantear.

Si queda algo claro como mínimo, es que los funcionarios vinculados a un deber “específico” conforme a la normativa del sector, no tendrán alternativa de exclusión de responsabilidad penal. ¿Quiénes normalmente son estos funcionarios?, pues los altos funcionarios no lo son, de esto ya se encargó de hacerlo expreso el voto dirimente de la Casación 160-2014-del Santa, entonces ¿quiénes?, se volverá sobre este aspecto *infra* en el punto relativo a las críticas sobre las consecuencias de la teoría de los delitos de infracción de deber.

4. Conclusiones provisionales sobre la crítica a la metodología de los delitos de infracción de deber

Se ha podido deducir la falta de corrección de los criterios metodológicos de ambas variantes de los delitos de infracción de deber que la hacen insostenible. Por el lado de la variante del funcionalismo político criminal:

- La figura central como criterio abstracto determinador de la autoría resulta ser inidóneo por invocar un criterio ontológico no exclusivo para las formas de intervención delictiva, sino para el actuar humano, de manera que indudablemente los criterios prejurídicos vinculantes al legislador para la determinación de la figura central debieron profundizarse en un estudio del concepto de acción. De la falta de determinación de su naturaleza prejurídica se deduce también su incapacidad para abarcar conceptos de autor tipológicamente comparables y su postulación en clave de proyección práctica no es otra cosa que la apertura de la caja de pandora, pero esta vez con una peligrosidad tan grande que conceptos tan disímiles como el dominio del hecho y la infracción del deber podrán emplearse bajo la apariencia de coherencia metodológica.
- La nivelación metodológica del autor como dominador del hecho y del autor infractor del deber es incorrecta, el autor que domina el hecho también infracciona un deber que emerge de la prohibición o mandato de la norma de determinación, la ventaja es que aquí se es consciente del fundamento que da origen al deber de autor, sin embargo, en los

delitos de infracción de deber la acentuación al deber del autor no es capaz de explicar la mayor naturaleza del injusto reprochable del autor en comparación con la del partícipe.

- La inconsecuencia metodológica de Roxin se demuestra también en la aplicación de la autoría mediata a través de infracción de deber, pues la indiferencia del acontecer externo tendría como consecuencia que el obligado únicamente responda como autor y no como autor mediato. Esta última observación ciertamente no invalida la teoría, pero sí permite clarificar el debate y, por lo tanto, permite apreciar críticamente sus verdaderas consecuencias prácticas, tal como se realizará con detalle *infra*.

En el marco de los delitos de infracción de deber por competencia institucional se ha podido apreciar las siguientes incorrecciones metodológicas:

- La individualización de las instituciones a partir del criterio de similitud en la fuerza configuradora de la sociedad que la institución general basada en el sinalagma libertad de comportamiento/responsabilidad por las consecuencias es aún insuficiente. La sociedad se encuentra constituida por diversas instituciones que cumplen tal función como son todas aquellas de carácter civil, laboral, administrativo entre otros. Asimismo, apertura de la posibilidad de incorporación de instituciones no planteadas originariamente como “el ahorro” y, por lo tanto, tiene como consecuencia la inseguridad por la indeterminación de sus postulados.
- La falacia naturalista que incurre el método de búsqueda de instituciones es evidente, en la medida que a partir de la configuración de una sociedad se buscan juicios prescriptivos (del ser se deduce el deber ser).

Finalmente existen determinados aspectos metodológicos comunes a ambas figuras que permiten las siguientes críticas:

- La asunción de criterios extrapenales para la determinación de consecuencias penales configura la vuelta a un aspecto ya superado en el marco de los delitos de comisión por omisión, pues criterios como el contrato, la ley o la voluntad únicamente podían tener efectos extrapenales, pues no estuvieron pensados en relación a la consecuencia de privación de la libertad.
- La formación del deber a partir de normas no penales no otorga garantías de la delimitación exacta de su fuente, pues solamente el

criterio “no penal” es un límite negativo, cuando en el “mundo del derecho” las normas son de una naturaleza variada como la constitucional, civil, laboral, administrativa, entre otros, de modo que los deberes también son de naturaleza variada. Sin embargo, el criterio de la infracción del deber no es capaz de ofrecer este criterio “en positivo” y delimitar el ámbito exacto de la aplicación de las normas pertinentes.

- El criterio de la infracción del deber no es capaz de explicar el grado de concreción del deber con el que el funcionario debe ser vinculado, pues en la Administración Pública el principio de jerarquía trae como consecuencia la nivelación de especificación de los deberes de los funcionarios en mérito a su pertenencia a la estructura de la Administración Pública. Aún existen dudas si las conductas de los vinculados a deberes generales tendrán o no relevancia penal, ni tampoco se sabrá si se sigue insistiendo en la teoría de los delitos de infracción del deber.

V. APRECIACIÓN CRÍTICA DE SUS CONSECUENCIAS

En este apartado se hará una observación sobre las consecuencias a que se arriba en la teoría de los delitos de infracción de deber:

1. Refuerzo de la operatividad selectiva del poder punitivo (aplicable a ambas variantes de los delitos de infracción de deber)

Ya *supra* se mencionó que la teoría de los delitos de infracción de deber era incapaz de delimitar con nivel de certeza cuál era el grado de especificidad que se requiere del deber y de su ubicación, esto principalmente si es que de la determinación de los deberes de altos funcionarios se habla, pero si de algo se puede estar seguro es que la situación es diferente si se habla de vinculados a los deberes específicos del cargo, se hace referencia a los funcionarios (en sentido penal) que —a diferencia de los de alto rango— por su cargo inferior los deberes se encuentran claramente delimitados. Por ejemplo, en el caso de los diarios chicha, a pesar de las acciones realizadas por Fujimori, en el caso que el procesado hubiese sido el director de la Oficina Técnica Administrativa del SIN, sin mayor duda hubiese sido condenado así sea bajo la tesis de la Sala Penal Liquidadora de la Cortes Superior de Lima como la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. En ese orden, es muy probable que esta teoría contenga un material discursivo que favorezca a la selectividad del poder punitivo dentro del ámbito de los trabajadores de la Administración Pública o, en buena cuenta, existe un tratamiento privilegiado a los

altos funcionarios atentando contra la característica de aplicación general e igualitaria de la norma jurídica.

Sin embargo, la implicancia selectiva que acompaña a la teoría de la infracción del deber no únicamente se expresa en aquella posible exoneración de la vinculación de los altos funcionarios con el deber en mérito a su “generalidad”, sino que es abiertamente posible que un funcionario con un rango de estimable consideración (o más) ni siquiera encuentre en sus competencias ese deber genérico, pero que, en correspondencia a su estatus funcional y la intersubjetividad, dentro de la Administración Pública emerjan relaciones de poder con los de menor rango no comprendidas en la formalidad del ROF, MOF o cualquier norma extrapenal⁽¹⁷¹⁾, a través de las cuáles se podría valer para cometer el delito. No hace falta elucubrar algún ejemplo, sino que la propia jurisprudencia peruana habla por sí sola.

En la Apelación 19-2015 del 15 de marzo del 2016 emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema los hechos atribuidos se resumen en que un fiscal provincial especializado utilizó el vehículo oficial del Ministerio Público para fines ajenos al servicio. Así ordenó al chofer trasladarlo a una cebichería, luego a un bar, posteriormente llevar acompañantes a un estadio y finalmente ordenar que traslade a un amigo a su domicilio. En primera instancia fue absuelto por el delito de Peculado de uso y la Sala Penal confirmó la apelación valiéndose de una comprensión de la infracción del deber conforme al funcionalismo normativo, estimó que el vehículo estaba asignado al órgano de Control Interno del Ministerio Público y, ante la ausencia del jefe de dicha área, el encargado era el Administrador de la entidad agraviada, quien autorizó movilizar al fiscal imputado, siendo que el chofer estaba en posesión directa del bien y, en consecuencia, en él recaería el deber institucional.

En la Casación 131-2016 Callao del 21 de marzo del 2017 se manejó un caso similar al anterior expuesto, se atribuyó al imputado, quien se desempeñaba como director de Aviación de la Policía Nacional del Perú (PNP), haber alquilado la cancha sintética de esa institución a diversas personas particulares.

(171) Al respecto son determinantes las expresiones de Cruz Soto “la interacción individual que se produce en el ámbito de la administración, a partir de la estructura orgánica, tiene su principal referente en la realización concreta de las acciones, que no responden exclusivamente al sistema de control formal imperante para alcanzar la coordinación de los actores, sino que obedecen a la relación intersubjetiva que se produce entre ellos; en este sentido, las directrices de comportamiento en la administración ya no solo responden a lo establecido por la estructura formal, sino que se extiende a una dinámica propia de funcionamiento de los individuos, que generan un tipo de conducta colectiva al margen de los elementos coactivos de dominio dispuestos por la dominación formal”, CRUZ SOTO, L., Concepto de poder en la administración, *Contaduría y Administración*, 2013, vol. 58, N° 4, p. 41; también MENDOZA AYMA y MENDOZA YANA, cit. p. 59.

La Corte Suprema casó la sentencia de vista que había condenado al imputado por el delito de Peculado, la revocó y lo absolvió en mérito a que el delito de peculado sería un delito de infracción del deber y, por lo tanto, el deber extra-penal que vincula al funcionario con la administración o custodia de los caudales debe estar contenido en la ley o reglamentos de corte administrativo. Bajo ese contexto, la Aviación de la Policía Nacional del Perú tendría una oficina de administración con unidades de logística y recursos humanos, en tal medida, no encontrándose alguna norma que delimite tal deber, no pudo deducir responsabilidad alguna.

Ambos casos tienen en común la falta de vinculación del funcionario con el deber, en el primer caso, de la custodia del vehículo y, en el segundo, de la administración de la cancha, empero del estatus tanto de fiscal provincial, como de director de la Aviación de la PNP y de la intersubjetividad con funcionarios (en sentido penal) de menor rango —en el primero de chofer del Ministerio Público y en el segundo de ser parte de logística y recursos humanos— han emanado relaciones de poder que les ha facilitado en forma evidente la comisión de los delitos atribuidos. Así, uno llega a preguntarse si es que es posible que estos funcionarios en mérito a su poder han invadido competencias y, a través del mismo, han cometido el delito. La respuesta a esta interrogante se dejará abierta en la medida que requeriría la exposición argumentativa de bases que escapan al objeto del presente trabajo, sin embargo, de lo que sí se puede estar seguro es que la infracción del deber nada tiene que responder ante estas circunstancias, pues lo relevante sería, la determinación formal del deber ¡nada más!

Esta crítica fue en su momento invocada en otro artículo publicado en coautoría con Mendoza Ayma⁽¹⁷²⁾, sin embargo, se ha hecho necesario volver a mencionarla en mérito a las afirmaciones que hiciera Armas Cabrera⁽¹⁷³⁾ sobre ella, porque según el mismo esta crítica no estaría fundamentada. No obstante, una mirada detallada de sus apreciaciones revela que antes de ser un cuestionamiento científico, más bien se trataría de una crítica emocional que oculta un sesgo de confirmación. En efecto, según el autor en mención el reproche relativo a que la teoría de la infracción del deber fomenta la selectividad dentro de la Administración Pública demostraría “un desconocimiento de los fundamentos de la teoría de la infracción y la organización gubernamental que hace referencia a una división de funciones en donde es aplicable el principio de confianza”. Sin embargo, la respuesta que realiza Armas Cabrera

(172) MENDOZA AYMA y MENDOZA YANA, Cit., p. 61.

(173) ARMAS CABRERA, R., ¿El ocaso de los delitos de infracción del deber? Sobre la imposibilidad de la aplicación del llamado dominio sobre el fundamento del resultado como sustento de la autoría en el delito de peculado, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Lima: Gaceta Jurídica, N° 98, 2017, p. 132.

se dirige a un campo que no fue objeto de crítica a los delitos de infracción de deber. Nótese que el cuestionamiento formulado se enmarca en la facilidad con la que los funcionarios que ostentan una jerarquía superior pueden ser desvinculados del deber en la medida que el mismo sería “genérico” o que simplemente no les incumbe pese a las evidentes relaciones de poder, circunstancia que no ocurre con los de más bajo rango, cuya vinculación con el deber, al ser “específico”, estaría fuera de toda duda.

No fue objeto de crítica la influencia que pueda tener la infracción del deber en los criterios de imputación objetiva y, por lo tanto, la invocación al principio de confianza como respuesta no desmiente ni un ápice a la presunción *iure et de iure* de la vinculación directa de los funcionarios que no ostentan altos cargos que puede arribarse con la teoría que aquí se critica.

A modo de demostración, recuérdese que para Roxin la infracción del deber solamente fundamenta la autoría; mientras que la lesión del bien jurídico, el injusto⁽¹⁷⁴⁾. Con lo cual claramente expresa los límites que –según él– afectarían la responsabilidad del agente y, por lo tanto, no mezcla los criterios de la infracción del deber con los de la imputación objetiva. Así, Roxin comprende que el principio de confianza es parte del supuesto del riesgo permitido y, por lo tanto, excluiría la imputación objetiva⁽¹⁷⁵⁾, no le hace falta acudir al deber infraccionado, porque el mismo simplemente le otorgaría los parámetros para verificar el nivel de intervención delictiva⁽¹⁷⁶⁾. En ese orden, la invocación del principio de confianza –desde esta perspectiva– para deslegitimar la crítica realizada resulta infructuosa.

Para la variante de la infracción del deber institucional la situación es similar, porque la determinación de la competencia delimita los campos de comprensión del rol sobre los que recién se podrán efectuar los juicios de imputación objetiva. Según el funcionalismo normativo en aquellos casos en los cuales la responsabilidad propia en mérito a la deficiencia de la conducta ajena no estuviera ya excluida por la prohibición de regreso, la repartición efectiva de trabajo sería imposible (como en la operación médica en equipo, el equipo de servicio y mantenimiento de un avión, del tren, de un bus, entre

(174) Cfr. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8 Ed., cit., p. 739, nota al pie 752; ampliamente PARIONA ARANA, cit., pp. 79-80.

(175) Cfr. ROXIN, C. y GRECO, L., cit., p. 1190.

(176) Así lo hace expresamente ROXIN al responder la crítica de LANGER, porque según la crítica “cada instigación ineficaz a un delito de infracción de deber a través de un intraneus implica su lesión de deber y es consecuentemente punible como tentativa a título de autor”, pero esta crítica no sería acertada porque la infracción del deber proporciona solamente un criterio de autoría, no la razón de la imputación penal, que también para los delitos de infracción de deber consistiría en la lesión del bien jurídico, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8ª ed., cit. p. 739, nota al pie 752.

otros)⁽¹⁷⁷⁾ y en la evitación de tal circunstancia es que radicaría la importancia del principio de confianza. Sin embargo, el contenido de la expectativa del actuar ajeno que funda al principio de confianza dependería *previamente* de si el agente es competente únicamente de organizar su esfera de libertad y de su correlato normativo negativo de no invadir la ajenas, o de una institución y de su correlativo normativo positivo expresado en el personalísimo deber inmediato de auxilio en el cuidado de la institución⁽¹⁷⁸⁾. Es decir, la delimitación de la falta de competencia institucional por la generalidad o no vinculación con el deber del alto funcionario no se relativiza con la mención al principio de oportunidad tampoco bajo la óptica del funcionalismo normativo, porque la misma antecede al juicio de imputación objetiva⁽¹⁷⁹⁾.

Pero Armas Cabrera señala además que la crítica realizada también demostraría un desconocimiento sobre la organización gubernamental, empero si los casos mencionados *supra* no terminan por reflejar la posibilidad de las relaciones de poder inevitables en la estructura de la Administración Pública, debe recordarse que en la Administración Pública rige el denominado “principio de jerarquía”, según la cual “los poderes de las autoridades administrativas varían en razón directa de la posición ocupada en la pirámide, en movimiento ascensional de la base al vértice”⁽¹⁸⁰⁾. En ese sentido, si por “conocer la organización gubernamental” se comprende como negar el principio de jerarquía y sus ya probadas consecuencias relativas al poder, el autor Armas Cabrera probablemente la conozca muy bien.

En un momento posterior señala el autor mencionado que la selectividad de la infracción del deber “nunca ha sido dicha por la doctrina que defiende esta teoría y es que los deberes específicos o institucionales son selectivos, es decir, solo son para funcionarios inferiores en la estructura gubernamental constituyéndose ello como un total absurdo y develando una falta de conocimiento en la crítica a esta teoría”. Pero, sorprende el hecho que Armas Cabrera no distinga dos niveles argumentativos completamente diferentes: i) el lado de la representación de una teoría y ii) el de su crítica. En el marco de

(177) JAKOBS, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, cit., p. 210.

(178) JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, cit., p. 62.

(179) Así, por ejemplo, Müssig habla de dos modelos fundamentales de imputación de la atribución penal de sentido: el primero vinculado a la conducta individual de organización (modelo personal de imputación) y el segundo vinculado a la inclusión del sujeto en un contexto especial –normativo– (modelo institucional de imputación), Cfr. MÜSSIG, B., *Rechts- und gesellschaftstheoretische Aspekte der objektiven Zurechnung im Strafrecht - Zu Ansätzen einer Systematisierung-*, en ROGAL, K. et. al. (ed.) *Festschrift für Hans-Joachim Rudolph zum 70. Geburtstag*, München: Luchterhand, 2004, pp. 175-179.

(180) CRETELLA JUNIOR, J., *Principios fundamentales del derecho administrativo*, en *Estudios en homenaje al profesor López Rodo*, vol. 1, Madrid: Universidad Santiago de Compostela - Universidad Complutense, 1972, p. 56

la representación de una teoría se ofrece un modelo justificándolo en mérito de la calidad de sus argumentos; con la crítica lo que se pretende es *revelar* la carencia de legitimidad de las premisas, la falta de la coherencia argumentativa, el método y las consecuencias de una teoría, en ese orden, sería algo ingenuo estimar que un concepto sea postulado reconociendo que no es legítimo, incoherente u otro. Cuando el causalismo naturalista impuso el método de las ciencias naturales a las ciencias del espíritu se desarrolló una teoría del Derecho Penal, pero no por el hecho que sus defensores no digan que esta traslación metodológica atenta contra la esencia prescriptiva del derecho⁽¹⁸¹⁾, se va a concluir que la crítica es equivocada. De ahí que, el hecho que los representantes de la teoría de la infracción del deber, no hagan expreso el potencial selectivo de su teoría, tampoco le exime de crítica, sino que es una consecuencia de sus postulados demostrado inclusive con decisiones de la Corte Suprema en causas específicas narradas *supra*.

A la pregunta, ¿qué queda entonces de la crítica de Armas Cabrera?, pues únicamente quedan las adjetivaciones emocionales sin contenido, a saber, en un primer momento la aseveración que la crítica aquí realizada demostraría un desconocimiento de la infracción del deber y, un segundo momento, la afirmación que la crítica es absurda, volviendo a repetir que se devela una falta de conocimiento⁽¹⁸²⁾, adjetivaciones que no ameritan respuesta alguna al escapar del nivel del discurso científico.

(181) A propósito de la crítica de la filosofía de los valores al causalismo naturalista vid. WELZEL, H., *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin: Walter de Gruyter, 1975, p. 70 y ss.

(182) Adicionalmente a la respuesta, Armas Cabrera debería prestar especial atención en la clasificación que realiza sobre las posturas doctrinales relacionados a “delitos cometidos por funcionarios públicos”, porque la misma es una copia sin referencia bibliográfica, incluso con reproducción indebida de la clasificación que hace Castillo Alva, cit., p. 8, debido a que las posturas que Castillo Alva señala no se reducen a los delitos de funcionarios, sino a los delitos especiales y porque el dominio social típico y la especial posición de dominio no son posturas que sean representadas por Gracia Martín y su discípula Rueda Martín independientemente de forma respectiva –como lo hace Armas Cabrera, cit., p. 120–, sino que correctamente Castillo Alva las ha clasificado en una única teoría representada por ambos. Asimismo, es falsa la afirmación que hace Armas Cabrera, cit. p. 121, relativa a que Schünemann postulara al dominio sobre el fundamento del resultado como una suerte de “quinta categoría” de la clásica clasificación de los delitos e dominio ya establecida por su maestro Claus Roxin, esta es: i) dominio del hecho, ii) codominio del hecho, iii) dominio de la voluntad, iv) dominio de organización y finalmente, v) dominio sobre el fundamento del resultado. En efecto, Schünemann al momento de postular al dominio sobre el fundamento del resultado, no lo hace con la intención de determinar una quinta categoría, sino más lo que hace es plantear la base lógico-objetiva común a todas las formas de autoría, de tal manera que su expresión estará presente en todos los *typus* derivados que impliquen la acción del autor o autores, Schünemann ve en el dominio sobre el fundamento del resultado esta base lógico-objetiva y de ese postulado deriva la clasificación de las formas tradicionales del dominio del hecho, pero además de los delitos especiales de garante que abarcan a los comúnmente denominados delitos especiales y a los delitos de omisión, y siendo sus manifestaciones de autoría debe mantener la estructura del dominio, las manifestaciones de los delitos especiales de garante serán el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico y el dominio sobre una fuente de peligro. Vid. SCHÜNEMANN, B., § 25, *Leipziger Kommentar*, 12ª ed., Tomo 1, Berlin: De Gruyter, 2006, pp. 1862 y 1963. Finalmente, asumir que con la determinación del fundamento

2. Los resultados del deber por competencia institucional afectan al principio de lesividad

Ahora bien, desde la perspectiva exclusiva de la teoría de los delitos por competencia institucional se puede apreciar que se atenta contra el principio de lesividad. Según Jakobs, debido a que “en los delitos de infracción de deber siempre se evita el entrelazamiento de conductas debido a la inmediatez del deber, la solución global para el inicio de la tentativa no puede regir: cada poseedor del deber interviniente siempre se encuentra frente del bien afectado, de manera que el inicio de la tentativa solamente debe ser determinado conforme a su conducta (solución individual). La solución tendría especial significado para la intervención en delitos de comisión de garantes por matrimonio, relación paterno filial, etc.

Una contribución del garante sin dominio del hecho podría ya ser tentativa a título de autoría, incluso ante la ausencia de la tentativa del “hecho principal”. Ejemplo: el hombre, que apoya al asesino de su esposa, es autor de una tentativa de homicidio, cuando luego de la prestación de su ayuda haya perdido influencia en el suceso”. En otras palabras, una aparente consecuencia necesaria de la delimitación del deber a título personalísimo, es el arrancamiento de la configuración del hecho que podría tener en común con alguien no vinculado al deber institucional porque se tratarían de dos tipos de injusto diferenciables⁽¹⁸³⁾, llevando a la necesidad de sancionar conductas de auxilio como autoría en forma de tentativa aún en el supuesto que el hecho principal no se realice, por proponer un ejemplo en el caso de los delitos contra la Administración Pública: si es que el guardia de seguridad de una institución pública le entrega la llave de la entidad a su amigo para que pueda ingresar y sustraer las computadoras acabadas de recibir, —en la medida que se determine en algún precepto extrapenal el deber de recelo con los objetos del estado— con el mismo ya tendría que responder por peculado en grado de tentativa, independientemente de si su amigo reflexione y ni siquiera se apersona a la institución.

Claramente la pérdida de referencia de la puesta en peligro del bien jurídico hace que en verdad se sancione la intención del agente vinculado con el deber, pues el hecho principal ni siquiera tuvo el inicio de algún acto de ejecución, el bien jurídico no se encontró jamás en peligro. Esta circunstancia no sorprende, ya en la crítica al origen de este concepto realizado *supra* se ha

lógico objetivo común a todas las formas de autoría Schünemann ya sería finalista, como lo hace Armas Cabrera, cit. p. 127, revela un fuerte desconocimiento de las bases que fundamentan la doctrina finalista, así como de los postulados que orientan a la doctrina de Schünemann.

(183) JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, cit., p. 63.

demostrado que el concepto de deber es coherente con un Derecho Penal de la voluntad, pues incluso una conducta que no reúne las características del tipo es sancionada como mínimo a modo de tentativa por haber infraccionado un deber de institucional, en este caso, el cuidado por la vinculación de la administración y jurisprudencia con la ley como base del Estado de Derecho cuya fuente estaría en una norma de carácter extrapenal.

Una afirmación de Jakobs en otro trabajo haría inferir una modificación de su concepción, pues además de la infracción del deber, se requeriría la configuración de la prescripción fijada en el tipo, así señaló: “cuando los padres no hacen tratar los dolores continuos de su hijo, podría ser comprendido esto como lesiones por omisión; pero cuando no hacen nada en contra de un endurecimiento del nudillo de algún dedo recién existente, una correspondiente subsunción sería como mínimo dudosa. Esto último no tiene nada que ver con la posición de deber, sino resulta de la formulación del tipo, que es más angosto que el alcance del deber”⁽¹⁸⁴⁾. Si esto es así, entonces resultaría que los delitos por competencia institucional requieren un plus, el cual es la relevancia penal mediante la ejecución de los elementos típicos. En ese sentido, terminaría concediéndose que la institución *per se* es aún insuficiente para fundamentar responsabilidad penal. Esta concesión realmente desnuda la circularidad del hilo metodológico de esta teoría expuesta ya *supra*, a gritos se implora por un sostén material que permita comprender qué es aquello que caracteriza la relevancia penal de los deberes y lo diferencie de otros deberes no penales, en buena cuenta implora por una base centrada en la lesión del bien jurídico. Esto no constituye descubrimiento alguno, Hoyer ya había identificado esta deficiencia y por ello postuló que la autoría en este grupo de delitos no requería únicamente la infracción de un deber, sino que además la lesión del bien jurídico.

Añadiendo a la modificación de Jakobs, los delitos de competencia institucional no tendrían problema en aquellos tipos penales cuya redacción describe al mismo tiempo la infracción del deber, como en varios delitos contra la Administración Pública. El problema es con el otro bloque de delitos que no ocurre lo mismo, es decir, en aquellos delitos comunes que pueden ser cometidos por la infracción de la competencia institucional como las lesiones en el marco de la relación paterno filial ¿cómo delimitar que la ejecución de los elementos típicos fue realizada por el portador del deber? Pues si ya se determinó que el deber institucional se infraccionó, ya sea entregando el bastón con el que otro golpeará a su hijo o azuzando a quien esté a punto de lesionarlo, entonces debe existir un criterio adicional que nos permita afirmar

(184) JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, cit., p. 84.

que la realización del tipo es también obra del obligado con el deber institucional, no cabe duda que en un Derecho Penal de acto, los elementos del tipo penal pueden ser realizadas por acciones, de manera que nuevamente el problema se reconduce al estudio del concepto de acción y el modo de cómo es posible delimitar su pertenencia con el portador del deber⁽¹⁸⁵⁾. En ese sentido, se abre la posibilidad de hacer depender la infracción del deber institucional de la conducta exteriorizada en el ámbito fenomenológico y, de esta manera, se aterrizaría de una determinación eminentemente normativa a una dependiente de lo que ocurre en el suceso externo. No le cabe otra alternativa a esta teoría, porque las conductas que deben configurar el tipo penal no pueden ser interpretadas como parte de la competencia organizacional, ya que el portador del deber se encuentra imbricado en otro mundo: el mundo de las instituciones y si es que su conducta ha infraccionado un deber positivo y aún eso no es suficiente, entonces ¿qué es ese resto que se requiere para que se configurar el tipo penal?: sin mayor duda que es la acción vista desde su ontología.

En la doctrina nacional García Caveró postula que, en la ejecución conjunta de portadores del deber con *extranei*, la posibilidad de responsabilidad penal de los *intranei* se apertura cuando comienza a ejecutarse el hecho punible, ello al haber incumplido su deber al no impedir la realización del suceso⁽¹⁸⁶⁾. Sin embargo, esto haría denotar que los injustos creados a partir de la competencia organizacional y la institucional no estarían del todo separados, sino que cuando existe ejecución conjunta, la competencia institucional formaría una unidad normativa⁽¹⁸⁷⁾, sin embargo, esta unidad terminaría por resquebrajar las bases sobre las que se constituyen los deberes negativos y positivos, porque los primeros ya no se agotarían en el sinalagma libertad de acción y responsabilidad por las consecuencias, sino que también les incumbiría directamente deberes positivos propios de las instituciones y viceversa.

(185) Aunque todo parece indicar que nuevamente ha vuelto a su concepción original, a saber, que únicamente bastaría la infracción del deber institucional, pues en el ejemplo del padre que instiga o ayuda a una persona que quiera dañar a su hijo, independientemente de la conducta de quien fue instigado o ayudado, el padre ya deberá responder por tentativa de lesiones, JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, cit., pp. 62 y 63.

(186) Para esclarecer su postura, García Caveró propone un ejemplo: “si un funcionario público acuerda con unos particulares apropiarse conjuntamente de los fondos que custodia, no cometerá delito sino hasta que no incumpla con su deber institucional. Así, el delito lo comienza a ejecutar un particular que, en ese momento, es descubierto, el funcionario público quedaría librado de responsabilidad penal, en la medida que no se haya materializado aún el acto de apropiación que debía impedir por su posición especial. Ese razonamiento no es, sin embargo, correcto, pues desde el momento en que empieza a ejecutarse la acción dirigida a la apropiación de los fondos, el funcionario infringe su deber especial por no evitar su prosecución. No es que los actos de organización de los particulares no existan, sino que la competencia penal del funcionario público se determina en función del deber funcional y de su infracción”, GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal parte general*, 3ª ed., Lima: Ideas, 2019, p. 758.

(187) En ese sentido cfr. CARO JOHN, J., La autoría delictiva del funcionario público, *Ius Puniendi*, Lima: Ideas, Año 1, N° 2, 2015, p. 14.

3. La imposibilidad de la aplicación de imputación recíproca produce vacíos de punibilidad insoportables

Por otro lado, un cuestionamiento adicional a la teoría de los delitos de infracción de deber por competencia institucional se deduce de la forma particular con la que sus defensores vinculan al deber con el portador del mismo. En efecto, bajo su comprensión los deberes positivos vinculan de manera altamente personal y, por lo tanto, el portador del deber siempre será autor, incluso en el supuesto que un portador del deber intervenga en el hecho de otro portador de deber⁽¹⁸⁸⁾, asimismo en el supuesto del instrumento doloso cualificado se descarta la posibilidad del delito a título de autoría mediata, sino que siempre será de autoría⁽¹⁸⁹⁾. En correspondencia con la progresiva aceptación de la variante de los delitos de infracción de deber del funcionalismo normativo la Corte Suprema ha asumido sin reserva esta consecuencia⁽¹⁹⁰⁾. Si esto fuere así, entonces el principio de imputación recíproca, que caracteriza a la coautoría, ya no se encontraría vigente, es decir, aquel principio que en mérito al acuerdo previo permite atribuir la conducta de un coautor a otro coautor y viceversa⁽¹⁹¹⁾, por ejemplo, si dos personas acuerdan sustraer con violencia las pertenencias de alguien y llegado el momento uno lo sujeta por el cuello fuertemente y el otro le revisa los pantalones para apoderarse de sus bienes, responderán por el delito de robo agravado previsto en el Art. 189 CP por la agravante de pluralidad de agentes. Ello a pesar que la conducta de cada uno visto aisladamente no configure completamente el delito de robo, porque sujetar por el cuello fuertemente podría configurar lesiones, mientras que la sustracción, hurto. Sin embargo, el principio de imputación recíproca permite que las conductas aisladas sean vistas como un todo en mérito al acuerdo previo con división de trabajo ejecutado, por lo tanto, el cogoteo también le es atribuible a quien sustrajo y la sustracción también le es atribuible a quien cogoteó. Pero, todo lo acabado de detallar pierde importancia bajo la tesis de los delitos de infracción de deber, no existe, no es posible delimitar división de trabajo de intervinientes *intranei* y atribuir recíprocamente sus aportes en base al acuerdo previo, simplemente el autor *intraneus* será autor y si son varios serán, a lo mucho, autores paralelos.

(188) JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, cit., p. 86.

(189) JAKOBS, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, cit., p. 651.

(190) Cfr. R.N. 615-2015 Lima, Casación N° 1626-2018 San Martín.

(191) Según Murmann, "el acuerdo común del hecho, es decir, el convenio recíproco para la realización del delito bajo igualdad de derechos y repartición de trabajo, es el fundamento, pero también el límite de la imputación recíproca entre los coautores", MURMANN, *Grundkurs Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 389.

Véase un ejemplo, si en una licitación los miembros del comité especial y supervisor de obra se coluden con una empresa, siendo que los primeros otorgaron la buena pro a la misma y luego, para el pago de algunas valorizaciones, el supervisor de la obra emite un informe dando conformidad del avance de la obra que realmente no se llevó a cabo, originando que se realice los pagos respectivos, se habría cometido el delito de colusión agravada prevista en el segundo párrafo del Art. 384 CP porque al haberse realizado el pago se ha defraudado patrimonialmente al Estado. Siguiendo la tesis de los delitos por competencia institucional muy difícilmente podría configurar la conducta de los miembros del comité especial el tipo penal agravado, pese a que hubo defraudación del patrimonial y pese a que hubo acuerdo con el supervisor para favorecer a la empresa, esto por la sencilla razón de la imposibilidad de la coautoría, cada uno responde por autoría paralela, de tal manera que son responsables por su deber infraccionado individualmente y, en la medida, que el comité especial únicamente otorgó la buena pro, su deber infraccionado no alcanza al pago de las valorizaciones, resultando aplicable únicamente el tipo penal de colusión simple del primer párrafo del Art. 384 CP.

Es más, centrándonos únicamente en la responsabilidad de los miembros del comité especial, en el supuesto que el miembro del comité A se haya coludido con la empresa y luego les prometa la repartición del soborno a los demás miembros B y C, si es que otorgan la buena pro a la empresa. En principio la responsabilidad solamente se centraría en A debido a que es el único miembro que se concertó con la empresa y a falta del principio de reciprocidad de la imputación esa conducta no le sería atribuible ni a B, ni a C, no se les podría reconocer el acuerdo colusorio a pesar de tener conocimiento del mismo y otorgar la buena pro con promesa de la repartición del soborno por A, probablemente el único delito en consideración sería cohecho, sin embargo, aún queda el hecho de la falta de imputación del acuerdo con la empresa, que a todas luces nos dice que el hecho es colusión. ¿Hacia dónde se tendría que recurrir para evitar esta laguna de punibilidad a todas luces evidente? Pues únicamente a la mera infracción del deber extrapenal –no relevante por sí misma penalmente– y a la voluntad de querer cometer el delito, volviendo nuevamente a las críticas expuestas *supra* de este modo de proceder.

4. La incertidumbre sobre la responsabilidad de los *extranei*

El delito cometido por la persona ligada a la competencia institucional por competencia institucional le otorga una responsabilidad siempre a título de autor, de eso, en la doctrina funcionalista existe cierto consenso. La incertidumbre, sin embargo, se presenta cuando se trata de verificar la responsabilidad

de los no obligados, es decir, de los *extranei*, porque existen posiciones que estiman como posible su punición, otras que la niegan y finalmente otras intermedias que relativizan ambas posturas. En muchas ocasiones este debate se ha escondido indebidamente bajo el ropaje de las denominadas unidad y ruptura del título de imputación⁽¹⁹²⁾, sin embargo, el eje central de esta discusión en el marco del Derecho Penal funcionalista se centra en la comprensión de los efectos de estimar la vinculación eminentemente personal de la institución con el obligado.

Según la primera posición no existiría impedimento para la determinación de responsabilidad de los no vinculados al deber institucional. Los caminos argumentativos son de dos clases. El primero señala que los deberes especiales positivos se encontrarían regulados en el Art. 23 CP y en cada uno de los tipos penales de la parte especial; mientras que los deberes especiales negativos en el caso de los delitos por competencia institucional se encontrarían consagrados en los Arts. 24 y 25 CP, de manera que la participación de los *extranei* a través de instigación y complicidad infringirían sus deberes especiales negativos, solamente a través del quebrantamiento de esas normas se adquiriría relevancia penal⁽¹⁹³⁾. Para el segundo camino argumentativo, los deberes negativos y positivos se referirían a la estructura normativa constitutiva de una y solamente una sociedad y bajo esa característica las instituciones serían un asunto de todos⁽¹⁹⁴⁾. Las instituciones vincularían a todos como mínimo de manera mediata⁽¹⁹⁵⁾, solamente a través del obligado podrían acce-

(192) Realmente en el marco de la ruptura y la unidad del título de imputación la participación la falta de responsabilidad de los *extranei* no fue nunca una opción, sino más bien en qué condiciones era aplicable la unidad y en qué condiciones la unidad del título de imputación, dependiendo de si la cualidad del autor descrita fundaba el tipo o simplemente lo agravaba, cfr. MEZGER, E., *Strafrecht - ein Lehrbuch*, 3ª ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1949, pp. 451-454; MAYER, M., *Der allgemeiner Teil des deutschen Strafrechts - Lehrbuch*, Heidelberg: Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1915, pp. 412 y 413; MAURACH, R., *Deutsches Strafrecht - allgemeiner Teil*, 1 ed., Karlsruhe: C. F. Müller, 1954, pp. 546 y 547.

(193) SALAZAR SÁNCHEZ, N., Fundamento de la participación delictiva en el delito de colusión ilegal, en CALCINA HANCCO, A. y PAREDES VERA, J. (Dir.), *Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos y particulares en el marco de las contrataciones con el estado*, tomo I: Grijley, 2021 pp. 59 y 60.

(194) JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, p. 64; en el mismo sentido Caro John señala que “[L]a sociedad en la que se desenvuelve el *extraneus* no es diferente a la sociedad donde interactúa el funcionario público, se trata de la misma sociedad que en el proceso de institucionalización ha diferenciado entre instituciones negativas y positivas, que el penalista luego debe concretar en una teoría de la imputación”, CARO JOHN, J., La intervención del particular en los delitos cometidos por funcionarios públicos, en CALCINA HANCCO, A. y PAREDES VERA, J. (Dir.), *Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos y particulares en el marco de las contrataciones con el estado*, tomo I: Grijley, 2021, p. 40.

(195) SÁNCHEZ VERA, cit. p. 170.

der a la lesión de la institución, graficando esta circunstancia, la infracción del deber el obligado sería “el ojo de la aguja por el que debe pasar todo injusto de intervención”⁽¹⁹⁶⁾. Esta tesis fue asumida por la Corte Suprema expresamente en el acuerdo plenario N° 3-2016/CJ-116.

La segunda posición deduce de la alta vinculación personal del deber institucional la imposibilidad de su disolución o sólo bajo condiciones especiales y, en cualquier caso, la imposibilidad de su transferencia. Por esa razón es que accesoriedad e infracción de deber no serían armonizables. El especialmente obligado, o bien sería autor único, o bien no existiría un delito de infracción de deber, una intervención del *extraneus* sería imposible.⁽¹⁹⁷⁾ Posición que incluso fue objeto de doctrina jurisprudencial vinculante por la Casación N° 782-2015 Del Santa y que en la literatura peruana fuera incluso sostenida bajo los parámetros de la ruptura del título de imputación conforme a una interpretación del Art. 26 CP⁽¹⁹⁸⁾.

La tercera posición parte de que los delitos de infracción de deber se subclasificarían en delitos de infracción de deber en sentido estricto y delitos de infracción de deber con elementos de dominio⁽¹⁹⁹⁾. En los primeros la confi-

(196) JAKOBS, Strafrecht - Allgemeiner Teil, cit., p. 663.

(197) LESCH, H., *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 70, aunque en un anterior trabajo Lesch sí aceptaba la posibilidad de intervención de *extraneus* en un delito de infracción de deber, señalaba “ciertamente como consecuencia de la separación de roles el *extraneus* no se encuentra obligado a través de la norma, de manera que su acceso al injusto típico queda obstruido. Pero la contribución al hecho del no-calificado otorga la razón para que se le puede atribuir el injusto ajeno del obligado –formulado de otra manera: el injusto del obligado es el injusto del no-calificado que por falta de un estatus propio nunca puede ser inmediata– o completamente competente (autor), sino siempre solamente cómplice”. LESCH, H., *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Fráncfort del Meno: Peter Lang, 1992, p. 302.

(198) VILLA STEIN, J., *Derecho Penal. Parte general*, 4ª ed., Lima: Ara, 2014, p. 393 y ss.

(199) SILVA SÁNCHEZ, J., *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, cit, p. 71; en Perú lo asume REAÑO PESCHIERA, J., La participación del *extraneus* en el delito especial: punibilidad o no punibilidad (tratamiento sustantivo). Apuntes para exposición como *amicus curiae* en el Pleno Jurisdiccional Supremo Penal del 28 de setiembre del 2016, *Actualidad Penal*, Lima: Instituto Pacífico, noviembre 2016, N° 29, p. 76 y ss., aunque en trabajos anteriores estimaba que sí era posible la intervención del *extraneus* en cualquier forma de manifestación del delito de infracción de deber, en palabras de Reaño Peschiera: “Las expectativas normativas garantizadas a través de delitos de infracción de deber también incumben –indirectamente– a quienes no se encuentran obligados por la institución positiva”, cfr. *el mismo*, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, Lima: Jurista, 2004, p. 40; *el mismo*, 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?, *Ius et Veritas*, Lima: 2001, N° 23, p. 290; asume también la teoría de los delitos de infracción de deber con elementos de dominio CHINCHAYÁN VÍLCHEZ, R., *Delitos contra la Administración Pública*, Lima: Editores del Centro, 2021, p. 132 y ss., sin embargo, su posición resulta poco clara cuando páginas atrás señala que en “los delitos de infracción de deber, por el contrario, la autoría no se fundamenta en la organización, sino en la infracción de una competencia institucional, por

guración del injusto no admitiría elementos de organización, el deber institucional sería altamente personal y no accesible al *extraneus*. Como ejemplo se mencionaría al delito de falso testimonio en juicio, prevaricato y el de enriquecimiento ilícito⁽²⁰⁰⁾. En los segundos el fundamento de la punibilidad no sería únicamente la infracción del deber positivo, sino que la configuración del injusto requeriría además que exista una dimensión organizativa donde puedan intervenir extraños al deber, como ejemplo se suele mencionar a los delitos tributarios⁽²⁰¹⁾ y –en el marco de los delitos de corrupción– al peculado y a la colusión⁽²⁰²⁾.

Como puede apreciarse, aunque todas las posturas parten de la misma premisa –la cual en el presente trabajo también se cuestiona–, llegan a conclusiones diametralmente opuestas y, lo peor de todo, es que todas parecen gozar de un mínimo de coherencia. Con mucha probabilidad esto podría tener su origen en el aún difuso concepto de institución y la metodología normativa que evita la verificación científica y en la medida que se mantenga esta circunstancia la escuela funcionalista estará condenada a cargar con esta incertidumbre de manera continua en la misma medida que Sísifo lo hiciera con la roca.

5. Resumen provisional sobre la crítica a las consecuencias de la teoría de los delitos de infracción de deber

La primera conclusión le es extensible a ambas formas de comprensión de los delitos de infracción del deber y se basa en lo siguiente:

- Esta teoría refuerza la operatividad selectiva del poder punitivo. Los funcionarios vinculados a deberes específicos, por regla, no se

consiguiente, el *extraneus* no puede ser autor ni puede ser partícipe. En otras palabras, en el caso de los delitos de infracción de deber la autoría le corresponde al obligado institucionalmente” p. 120 igualmente, *el mismo*, Los delitos contra la Administración Pública en el Perú: Aproximación a una propuesta de clasificación tripartita, en GARCÍA CAVERO, P. y VÍLCHEZ CHICHAYÁN, R. (Ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, Lima: Ideas, 2020 p., 39 y ss., Más oscura, sin embargo, resulta su posición cuando se refiere a la extensión del alcance del Art. 25.3 CP (complicidad en delitos especiales), porque en un primer momento señala que se referiría a delitos especiales de infracción deber con elementos de dominio, pero luego señala que el mismo sería una cláusula subsidiaria que jugaría un papel en casos que no puedan aplicarse los tipos de la parte especial o los tipos de recogida. CHINCHAYÁN VÍLCHEZ, *Delitos contra la Administración Pública*, cit., 2021, pp. 133 y 134

(200) REAÑO PESCHIERA, La participación del *extraneus* en el delito especial: punibilidad o no punibilidad (tratamiento sustantivo). Apuntes para exposición como *amicus curiae* en el Pleno Jurisdiccional Supremo Penal del 28 de setiembre del 2016, cit., p. 76.

(201) SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, cit., pp. 71 y 72.

(202) REAÑO PESCHIERA, La participación del *extraneus* en el delito especial: Punibilidad o no punibilidad (tratamiento sustantivo). Apuntes para exposición como *amicus curiae* en el Pleno Jurisdiccional Supremo Penal del 28 de setiembre del 2016, cit. p. 77.

encuentran en las esferas más altas del poder, de manera que la discusión sobre su competencia se tiene por supuesta ya *ex ante*. El privilegio no solamente alcanza a altos funcionarios, sino a todo aquel que goce de una determinada cuota de poder que le permita un manejo de la situación, incluso sin estar vinculado formalmente al deber, pero sí mediante una invasión de funciones, sin embargo, la teoría de los delitos de infracción de deber es estéril ante esta realidad.

Las siguientes conclusiones críticas se deducen de la comprensión de la infracción del deber institucional:

- Vulnera el principio de lesividad en la medida que la responsabilidad nace en mérito a la sola infracción del deber institucional, de manera que incluso cuando el bien jurídico no haya sido puesto en peligro, el poder punitivo podrá ejercerse en contra del obligado que ya infringió su deber.
- El hecho que todos respondan como autores impide el principio de imputación recíproca de manera que se abren vacíos de punibilidad en la medida que, si solamente uno de los funcionarios realiza el verbo típico penal, mientras los demás únicamente apoyan, no podría atribuirseles el delito, a no ser que su invocación se genere en mérito ya de una tan deslegitimada responsabilidad subjetiva. Esta crítica le es extendible a la teoría del funcionalismo político criminal en la medida que *supra* se demostró que la consecuencia metodológica de sus postulados llevaría a la comprensión de la infracción del deber como manifestación de la autoría directa.
- La consecuencia metodológica de un criterio tan amplio y normativo como la institución ha traído consigo resultados opuestos en relación a la responsabilidad del *extraneus*. Sin embargo, ninguna de todas las variantes son falseables porque todas son compatibles con sus postulados tan ambiguos, pudiendo afirmarse que esta teoría conlleva una inseguridad exacerbada sobre la responsabilidad de los no obligados.

VI. APRECIACIÓN CRÍTICA SOBRE SU CORRESPONDENCIA CON EL CÓDIGO PENAL PERUANO

La asimilación de teorías propuestas en el extranjero requiere para su operatividad —además de la verificación de su correspondencia con la realidad en la cual pretende ser aplicada (condición empírica)— su consonancia con el ordenamiento jurídico en el cual vaya a ser propuesta. En efecto, si la dogmática penal pretende aplicación, entonces por intermedio de su función

sistematizadora⁽²⁰³⁾ lo que debe hacer es volver las prescripciones legislativas más claras, más entendibles y, por lo tanto, más aplicables, para ello se valdrá de un discurso coherente y legítimo. Construir un discurso dogmático sin correspondencia legislativa también es posible, es más, hasta muchas veces es deseable y conforme a su función crítica, pero en la medida que no encuentre habilitación legal no dejará de emitir pronunciamientos de *lege ferenda*⁽²⁰⁴⁾ y, por lo tanto, aún será de nula operatividad⁽²⁰⁵⁾. Bajo tal premisa es que se valorará la adecuación de los postulados de los delitos de infracción de deber con la normativa vigente.

Prevía a la exposición crítica, debe quedar expresamente claro el hecho que la sola mención a la afectación al principio de legalidad expuesta con detalle *supra* sería suficiente para manifestar la falta de armonización de la teoría de los delitos de infracción de deber con la redacción del Código Penal, sin embargo, en este apartado serán mencionadas aquellas disonancias más específicas que, a su vez, podrán servir como complementación a la crítica de la afectación del principio de legalidad.

(203) Cfr. MAIWALD, M., *Dogmatik und Gesetzgebung im Strafrecht der Gegenwart*, en BEHRENDT y HENCKEL (Dir.), *Gesetzgebung und Dogmatik 3^o Symposium der Kommission. Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart* "am 29. Und 30. April 1988", Gotinga: Vadenhoeck u. Ruprecht, 1989, p. 121.

(204) Cfr. *Ibid.*, p. 122.

(205) Al respecto, no es ajeno al presente trabajo el cambio de paradigma que viene sufriendo la concepción jurídica en general con la llegada del Estado Constitucional de Derecho, a través de la cual la Carta Magna adquiere un mayor protagonismo, donde los principios –entendidos como mandatos de optimización– se diferencian de las normas regla tanto en su estructura como importancia. Así mediante el principio de fuerza normativa de la Constitución es posible imaginar una situación en la cual un determinado postulado dogmático no es adecuado con la Ley, pero sí con la Constitución dándose una aplicación directa en el caso concreto sin necesidad de habilitación legal. Un claro ejemplo de esta situación se presenta en la exclusión legislativa de la aplicación de la responsabilidad restringida por la edad en la comisión de determinados delitos prevista en el segundo párrafo del Art. 22 del Código Penal, a través de la cual ya constituye opinión dominante la circunstancia que esta exclusión es inconstitucional porque la gravedad de un delito se encuentra referida al injusto, mientras que la responsabilidad restringida se refiere a la culpabilidad, entonces excluir la aplicación de un criterio de exclusión en base a una razón que no tiene relación alguna con lo que se va a excluir (reducción de culpabilidad) va a terminar siempre en una discriminación, en un trato diferente, bajo este postulado es que la Corte Suprema ha emitido el Acuerdo Plenario 4-2016/CIJ-116, ha reafirmado esta postura en la Sentencia Plenaria N° 1-2018/CIJ-433, cuya posición la ha sostenido a lo largo de diferentes pronunciamientos como la Casación 1057-2017 Cusco, Casación 1672-2017 Puno, Casación 214-2018 del Santa, Casación 1662-2017 Lambayeque, Casación 352-2018 Lambayeque, Casación 321-2018 Cusco, Casación N° 1518-2018 Arequipa, el R.N. N° 88-2019 Lima Sur, la Casación N° 508-2019 Cañete, Casación N° 591-2019 Ica, Casación N° 1997-2019 Lambayeque, el R.N. N° 679-2020 Apurímac, entre otros. Esta circunstancia, sin embargo, dista mucho de compararse a la fundamentación que respalda a la teoría de los delitos de infracción de deber y que pueda justificar una inaplicación legislativa en mérito al principio de fuerza normativa de la constitución, porque las razones que la sustentan son, por un lado, más de orden político criminal o, por otro lado, argumentativo basado en la estructura de la sociedad, invocación de optimización de principios de carácter Constitucional no son apreciables.

1. Falta de correspondencia *de lege lata* de la propuesta del funcionalismo político criminal: incapacidad de armonizar un criterio coherente conforme a la distinción de complicidad primaria y secundaria del Art. 25 CP

Debe recordarse que la infracción del deber implica una diferenciación en el campo normativo a través de la cual quien esté obligado (*intraneus*) responderá penalmente con independencia de lo acaecido en el marco fenomenológico, de manera que los *extranei* que colaboran en el hecho siempre serán cómplices y los que determinan al autor serán instigadores. Para este razonamiento es suficiente un único nivel de diferenciación normativa de los aportes, el primero con infracción de deber que caracteriza a la autoría y el segundo sin infracción de deber que caracteriza a la participación (complicidad e instigación), en otras palabras, o se infringe el deber o no *tertium non datur*. Este postulado podría ser coherente con lo previsto en los §§ 25, 26 y 27 del StGB (Código Penal alemán), el cual diferencia los aportes de los autores con el de los partícipes (sistema diferenciador), y que, a su vez, según al § 27 StGB no realiza una distinción de la esencialidad de los aportes del cómplice primario y secundario como lo hace el al Art. 25 de nuestro Código Penal.

Sin estimar esta significativa diferencia legislativa Salinas Siccha⁽²⁰⁶⁾ cae en error al proponer la tesis de los delitos de infracción de deber, porque postula abiertamente que la diferenciación entre cómplice primario y secundario no debe realizarse y, por lo tanto, aquí debería hacerse referencia a la “complicidad única”. Es obvio que este argumento es defendible siempre que el CP no realice tal diferencia como ocurre con el StGB alemán -ordenamiento jurídico sobre el que Roxin y Jakobs realizan sus postulaciones- pero nuestro ordenamiento penal sí efectúa tal diferenciación y, en consecuencia, de manera consciente o inconsciente se proponiendo a través de la dogmática conceptos deducibles de *lege lata* de un ordenamiento jurídico extranjero.

En buena cuenta, la infracción del deber implica una visión bifronte para saber si se es autor o partícipe: se tiene el deber o no se tiene, pero en el campo de la complicidad el Código Penal peruano es trifronte: intervención del autor, del cómplice primario y del cómplice secundario. Claramente allí donde el marco de posibilidades de intervención de los *extranei* se ha definido normativamente -intervención sin infracción de deber-, no podrá luego tener otra opción que buscar un criterio normativo de diferenciación de los aportes del cómplice primario y secundario, porque proponer una medida ontológica

(206) SALINAS SICCHA, cit. pp. 372, 389 y 484-489.

implicaría a una incoherencia metodológica con consecuencias paradójicas donde el nuevo criterio detecte aportes de complicidad que realmente debieron ser considerados como autoría.

Un ejemplo conforme a la constelación del instrumento doloso no cualificado puede ayudar a clarificar el panorama: el efectivo policial A (*intra-neus*) ha convencido a su familiar B (*extraneus*) que solicite dinero a X, persona con requisitoria, con la finalidad de no detenerlo, luego B le solicita el dinero y X accede al pedido, para lo cual realiza un depósito de una suma de dinero a la cuenta de banco de C, quien le proporcionó a B su número de cuenta bancaria como favor. Independientemente de la responsabilidad de X, en cuanto a los sujetos A, B y C estamos en el marco del delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial conforme al Art. 395 CP. Ahora bien, según la teoría de los delitos de infracción de deber el vinculado con el deber sería el efectivo Policial A, pues según el núm. 15 del Art. 2 del Decreto Legislativo N° 1267 los Policías deben garantizar el cumplimiento de los mandatos escritos del Poder Judicial en el caso en concreto el cumplimiento de la orden de captura de una persona con requisitoria. Por otro lado, B y C no se encuentran vinculados al deber, pero participaron en el mismo: mientras B realizó la solicitud e invocó el poder que ostenta el policía A, C otorgó su cuenta bancaria. El siguiente paso debería ser la posibilidad de diferenciación entre la magnitud del auxilio prestado, pero a partir de este momento la teoría de la infracción del deber es estéril, por otro lado, basar la diferencia entre los tipos de auxilio de forma tradicional traería a colación el hecho de descubrir que B no realizó auxilio alguno, sino ejecutó el hecho al realizar el verbo típico solicitar, bajo este aspecto la única solución que le quedaría a la infracción del deber es buscar otro criterio normativo que permita diferenciar entre los tipos de aportación si es que pretende tener una coherencia con el ordenamiento jurídico peruano, pero si la diferenciación autor/partícipe se agota en la delimitación normativa de la pertenencia o no del deber ¿qué otro criterio adecuado a sus postulados le queda?, desde mi punto de vista ninguno.

Una razón más que ha llevado a Salinas Siccha a restarle importancia a la diferenciación de cómplice primario y secundario es porque “[l]a diferencia entre complicidad primaria y secundaria es hija de la teoría del dominio del hecho, donde es importante determinar el aporte que ha brindado al autor el partícipe en la comisión del delito”⁽²⁰⁷⁾, en consecuencia, si en la teoría de los delitos de infracción de deber la referencia es normativa, entonces la magnitud del aporte que haya efectuado el partícipe no jugaría rol alguno.

(207) Ibid, p. 486.

Es claro que esta aparente razón nace de una equivocación sobre el origen de la teoría del dominio del hecho, porque según Salinas Siccha, esta “dio a luz” a la diferencia entre complicidad primaria y secundaria. Sin embargo, cuando Bruns⁽²⁰⁸⁾ en 1932 propusiera en su “crítica de la teoría del tipo” por primera vez el concepto de posibilidad de dominio del hecho para delimitar la autoría de la participación, la regulación vigente en la época no diferenciaba algún tipo de complicidad primaria y secundaria⁽²⁰⁹⁾. Es más, cuando en 1939 fue publicado el trabajo de Welzel⁽²¹⁰⁾ bajo el título “estudios sobre el sistema de Derecho Penal” (*“Studien zum System des Strafrechts”*), el cual es conocido por delinear los parámetros de la actual comprensión del dominio del hecho, no se realiza postulado alguno sobre diferenciación entre complicidad primaria y secundaria, pues el StGB alemán tampoco lo prescribía⁽²¹¹⁾. Con todo esto, la referencia a que la diferencia entre complicidad primaria y secundaria es hija del dominio del hecho es falsa.

(208) BRUNS, H., *Kritik der Lehre vom Tatbestand - Preisschrift der Rheinischen Friedrich-Wilhelm-Universität Bonn* 1931, Bonn: Röhrscheid, 1932, p. 72 y ss.

(209) Nótese que el StGB rige en Alemania desde 1872 bajo la denominación “Código Penal para el Imperio alemán” (*Strafgesetzbuch für das Deutsch Reich -RStGB-*), una denominación conforme a la determinación del Estado como imperio luego de la unificación alemana de 1871 y, durante esa época hasta la actualidad, ha sufrido diversas modificaciones, pero ninguna ha realizado algún cambio sobre la diferenciación entre complicidad primaria y secundaria, Vid. STUCKENBERG, C., *150 Jahre Strafgesetzbuch, Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg: C.F. Müller, enero 2022, N° 169, p. 5 y 17; así, la regulación inicial de la autoría y participación se encontraba prevista en los §§ 47, 48 y 49 StGB, la complicidad específicamente se encontraba en el § 49 RStGB y sancionaba como cómplice a quien haya prestado intencionalmente ayuda mediante consejo o acto al autor para la comisión del delito o falta. Con la reforma de mayo de 1943 se modificó la redacción del § 49 RStGB requiriendo ahora que el auxilio al autor deba realizarse sobre una conducta sancionada como delito o falta con pena, asimismo se extendió la posibilidad de la complicidad en grado de tentativa (complicidad sin éxito). Con posterioridad -1975- entró en vigencia la redacción actual de las prescripciones de autoría y participación contenidas ahora en los §§ 25, 26 y 27 StGB, sancionando en el § 27 como cómplice a quien dolosamente procure auxilio a otro para un hecho injusto doloso.

(210) WELZEL, H., *Studien zum System des Strafrechts, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlín: Walter de Gruyter, 1939, N° 58, p. 491 y ss.

(211) Más bien en ese trabajo Welzel realiza una explicación completa de su visión del Derecho Penal basado en la acción final, en ese orden, la autoría no es la excepción, la misma encuentra una vinculación con la finalidad de la conducta y es denominada como “autoría final”, cuyo criterio delimitador sería el dominio del hecho: “autoría final es la forma más completa del dominio del hecho final, añade luego Welzel: ‘el autor final es amo de su decisión y su ejecución y, con ello, amo de ‘su’ hecho’ que configura intencionalmente en su existencia [Dasein] y esencia [Sosein]”, Ibid, p. 539. Al referirse sobre los partícipes simplemente señala que “ciertamente instigador y cómplice tienen también un determinado dominio del ‘hecho’, pero solamente uno sobre su participación. El hecho en sí está solamente sometido al dominio final del autor. Su participación es, en consecuencia, intervención en un hecho ajeno. Bien es verdad que el instigador estimula el hecho ajeno y que el cómplice lo apoya, pero el dominio final sobre el mismo, el dominio sobre la decisión y su real ejecución solamente la tiene el autor”, Loc. cit.

2. Falta de correspondencia *de lege lata* de la propuesta del funcionalismo normativo: La imposibilidad de determinar la competencia organizacional diferenciada conforme a la complicidad primaria y secundaria del Art. 25 CP en el marco de la infracción de un deber institucional

Ya *supra* se apreció que conforme a la teoría de los delitos de infracción de deber institucional la posibilidad de la sanción de los *extranei* dependía de la opción no solucionada por la incertidumbre de su acceso a la competencia o no. Dejando de lado las tesis que niegan su responsabilidad, se puede plantear la pregunta de cómo podría diferenciarse la intervención del cómplice primario y secundario cuando el autor ha infraccionado un deber institucional.

Recuérdese que según la primera alternativa de responsabilidad las instituciones incumben a todos por lo menos de manera mediata y que el *extraneus* accede a la institución a través de la conducta del intraneus. Se dice que el *extraneus* responderá siempre como partícipe (cómplice o instigador), sin embargo, se aterriza en el mismo problema que con el caso del funcionalismo político criminal: esto tiene sentido en un sistema donde la diferenciación entre complicidad e instigación constituyan un mismo nivel, donde una subclasificación no sea necesaria. Sin embargo, nuestro ordenamiento penal requiere de un paso adicional que implica la posibilidad de diferenciación entre la actuación del cómplice primario y secundario conforme a la esencialidad del aporte.

El acceso del *extraneus* a la institución implicaría su competencia mediata de la institución, sin embargo, su falta de cuantificación —en mérito de la personalísima vinculación del obligado con el deber no permitiría diferenciar los grados de intervención del cómplice primario y secundario.

Según la segunda alternativa de responsabilidad de los *extranei* los denominados delitos de infracción de deber con elementos de dominio abarcarían ámbitos de organización que permitirían el acceso de todos. Por un lado, daría la sensación que entonces todos son realmente competentes de todo el evento y la diferencia tradicional del grado de intervención delictiva que se maneja en la doctrina funcionalista seguiría siendo la cuantitativa, es decir, la cantidad de dominio sería la encargada de otorgar los parámetros de la diferencia entre autoría y participación. Por otro lado, esta aparente sensación se desmorona cuando luego la diferencia entre autor y partícipe ya no es solamente cuantitativa porque el autor no se caracterizaría únicamente por tener más dominio del hecho, sino que además es por su vinculación personalísima a la institución. Si esto es así, entonces la aparente diferencia cuantitativa de los aportes del autor y partícipe se difuminan, probablemente la diferencia sea ahora de orden cualitativo, porque se abre la posibilidad que el cómplice

pueda tener incluso mayor cantidad de dominio que el autor, pero por no estar vinculado al deber institucional, nunca podrá responder como tal. Si la diferencia entonces es cualitativa ¿cómo se podrían ahora diferenciar los aportes del cómplice primario y secundario? Una respuesta que se base en la menor cantidad de dominio en base al aporte resultaría inconsecuente porque el criterio delimitador de la autoría y participación es cualitativo, realmente no se aprecia –por lo menos hasta ahora– un criterio lo suficientemente solvente para poder aplicar *de lege lata* la diferenciación de la complicidad primaria y secundaria cuando se está en el marco de un delito de infracción de deber con elementos de dominio. Solamente *de lege ferenda* la única opción que pueden aspirar es la supresión de la diferenciación de la complicidad primaria y secundaria como en el StGB alemán, sin embargo, esto conllevaría a una discusión diferente sobre su pertinencia o no.

3. Conclusiones provisionales sobre la crítica a la correspondencia en el Código Penal

En relación a la variante del funcionalismo político criminal se ha arribado a la siguiente conclusión:

- La diferenciación normativa binaria de “deber-no deber” equiparable a autor-partícipe no es aplicable a la normativa peruana, pues a diferencia del StGB alemán, el CP peruano incluye una diferenciación adicional en los aportes para diferenciar entre cómplice primario y secundario. Al ser la diferencia del autor con el partícipe de orden normativo (pertenencia al deber), entonces debería ofrecerse un criterio adicional de orden normativo que alcance a la diferenciación entre cómplice primario y secundario, porque el campo de aplicación ha sido delimitado de manera normativa (no pertenencia al deber), estimar, sin embargo, un criterio de orden material conllevaría a una inconsecuencia metodológica.

En cuanto a la variante del funcionalismo normativo es posible concluir lo siguiente:

- La competencia mediata de las instituciones del *extraneus*, cuyo acceso es a través del obligado, no es capaz de otorgar un criterio de diferenciación entre complicidad primaria y secundaria, pues el deber institucional es personalísimo y no admite cuantificación como la competencia organizacional. De optarse por la solución de la responsabilidad del *extraneus* únicamente en el marco de los delitos de infracción de deber con elementos de dominio, el problema

aún persiste, porque la diferencia entre autor y partícipe no es cuestión meramente de la cantidad de dominio (cuantitativo), sino además de pertenencia al deber institucional (cualitativo), la diferencia entre cómplice primario y secundario debe tomar este aspecto y su diferenciación no podría ser ya cuantitativo, sin embargo, como en el StGB esta diferencia no existe aún no se ha podido postular convincentemente algún criterio que abarque esta diferenciación.

VII. RESUMEN Y CONCLUSIONES DE TODO EL TRABAJO

La creciente aceptación casi unánime de la teoría de los delitos de infracción de deber en la doctrina y jurisprudencia peruana arrojó como motivo de desarrollo del presente trabajo la búsqueda de la respuesta a la siguiente pregunta ¿Hasta qué punto es tolerable la aceptación de los delitos de infracción del deber en el Perú?

Para tal circunstancia se ha podido determinar que, en estricto, son dos las variantes de la teoría de los delitos de infracción del deber que se mantienen vigentes en la doctrina y jurisprudencia: la del funcionalismo político criminal y la del funcionalismo normativo. La respuesta a la pregunta del presente trabajo entonces tendría que someter a análisis crítico a ambas variantes, motivo por el cual fueron diferentes los puntos de vista por el que se las sometió a cuestionamiento, el primero se basó en la delimitación correcta de su origen, el segundo se centró en los postulados en que se basan ambas, el tercero se circunscribió a la metodología empleada, el cuarto se centró en sus consecuencias y el quinto delimitó la imposibilidad de su consonancia con el ordenamiento jurídico.

En relación al origen se ha podido detectar que tiene su punto de partida en Schaffstein para poder justificar un orden jurídico absoluto, que le quitó al sujeto su individualidad y acentuó su deber como miembro de la comunidad. Cercanías con actuales postulados son evidentes, principalmente si de la falta de importancia al bien jurídico y la tentativa como modelo del delito por excelencia se habla.

Por otro lado, los postulados sobre los que se estructuran los delitos de infracción de deber son también cuestionables. Mientras que, por el lado del funcionalismo político criminal, se atenta claramente contra el principio de legalidad y significaría un saludo al retorno del concepto unitario de autor; por el lado del funcionalismo normativo, el resalto del deber no permite otorgarle su diferencia específica de otros deberes no penales, así como que esta acentuación ratifica una perspectiva autoritaria.

Los métodos empleados para la justificación de ambas variantes de la infracción del deber no son adecuados. En relación al funcionalismo político criminal el concepto de la figura central no dice nada al respecto y no puede ser estimada ni siquiera como punto de partida, su ambigüedad permite la asimilación de criterios tan heterogéneos como el dominio del hecho y la infracción del deber. Asimismo, es metodológicamente incorrecto nivelar dos conceptos teóricamente diferentes, pues en el dominio del hecho también se infracciona un deber deducido del mandato o prohibición de la norma de conducta. En lo que respecta a la otra variante, se ha podido demostrar la insuficiencia del criterio de equivalencia en importancia de la institución que fundamenta los deberes negativos para poder delimitar las instituciones, pues son detectables otras instituciones diferentes a las postuladas por su creador que también identifican a la sociedad. Finalmente, la búsqueda de un criterio configurador de la sociedad implica la búsqueda de la descripción de una sociedad, sin embargo, luego del mismo el funcionalismo pretende realizar juicios prescriptivos cayendo en una falacia naturalista.

Las consecuencias a las que arriban ambas teorías son insostenibles. Por un lado, ambas operan en consonancia con la operatividad selectiva del poder punitivo. Por otro lado, la teoría del funcionalismo normativo vulnera el principio de lesividad al estimar que bastaría la sola infracción del deber institucional para fundamentar como mínimo tentativa, a pesar que los actos de ejecución no se realizaron y, por lo tanto, a pesar que el bien jurídico ni por asomo estuvo en peligro. Asimismo, se crean vacíos de punibilidad al quitarle vigencia al principio de imputación recíproca de la coautoría, subsanables únicamente mediante el empleo de criterios autoritarios como lo es la voluntad del obligado. Finalmente, este criterio crea un nuevo problema relacionado con la responsabilidad de los *extranei*, pues desde las respuestas que le quitan todo tipo de responsabilidad hasta las que la afirman guardan una coherencia argumentativa con su método y punto de partida, de manera que se crea una incertidumbre sobre la forma de proceder en estos casos.

Finalmente, ambas teorías no son asimilables al ordenamiento jurídico peruano, porque fueron planteadas en la realidad del StGB alemán, donde la diferenciación entre autoría y participación es una sola, mientras que en el CP peruano la diferenciación entre autoría y participación es de un nivel adicional. Allí donde el marco de posibilidades de la complicidad fue delimitado normativamente (intervención sin deber), tendrá que buscarse un criterio normativo que permita diferenciar los niveles de la relevancia del auxilio, cuestión que escapa a la capacidad de rendimiento del concepto de infracción de deber.

Una visión global de todos los criterios apreciados arroja como respuesta a la pregunta central del presente trabajo que la aceptación casi unánime de

los delitos de infracción del deber en la doctrina y jurisprudencia se ha tornado en intolerable y se requiere urgentemente de un giro copernicano que permita comprender a los delitos contra la Administración Pública no desde una acentuación en el deber, sino en la razón que da origen al deber y las bases de un Derecho Penal de acto.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, M. (2001). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano* (1 ed.). Lima: Palestra.
- ABANTO VÁSQUEZ, M. (2005). autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber. *Revista Peruana de Ciencias Penales* (17), 19-51.
- APAZA MAMANI, H. F. (diciembre de 2020). Los delitos de infracción de deber como formas de comisión delictiva. *Derecho Penal Contemporáneo Revista Internacional* (73), 23-58.
- ARMAS CABRERA, R. A. (noviembre de 2016). ¿El ocaso de los delitos de infracción del deber? Sobre la imposibilidad de la aplicación del llamado dominio sobre el fundamento del resultado como sustento de la autoría en el delito de peculado. *Gaceta Penal & Procesal Penal* (98), 119-136.
- BACIGALUPO, S. (2007). *Autoría y participación en delitos de infracción de deber - Una investigación aplicable al Derecho Penal de los negocios*. Madrid: Marcial Pons.
- BELING, E. (1906). *Die Lehre vom Verbrechen*. Tubinga: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- BLOY, R. (1985). *Die Beteiligungsform als zurechnungstypus im Strafrecht*. Berlin: Duncker & Humblot.
- CANCHARI RAMOS, J. e. (2020). *Delitos cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Instituto Pacífico.
- CARO JOHN, J. (2021). La intervención del particular en los delitos cometidos pro funcionarios públicos. En A. Calcina Hanco, & J. Paredes Vera (Edits.), *Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos y particulares en el marco de las contrataciones con el estado* (Vol. 1, págs. 23-42). Lima: Grijley.

- CARO JOHN, J. A. (2014). *Manual teórico-práctico de teoría del delito - materiales de aplicación a la investigación y judicialización de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*. Lima: Ara.
- CARO JOHN, J. A. (2015). La autoría delictiva del funcionario público. *Ius Puniendi* (2).
- CASTILLO ALVA, J. L. (noviembre de 2016). Una breve crítica a los (llamados) delitos de infracción de deber. *Actualidad Penal* (29), 7-14.
- CRETELLA JUNIOR, J. (1972). Principios fundamentales del derecho administrativo. En *Estudios en homenaje al profesor López Rodo* (págs. 52-62). Madrid: Universidad de Santiago de Compostela - Universidad Complutense.
- CRUZ SOTO, L. A. (2013). El concepto de poder en la administración. *Contaduría y Administración*, 58(4), 39-57.
- DÍAZ GARCÍA y CONLLEDO, M. (1991). *La autoría en Derecho Penal* (1 ed.). Barcelona: PPU.
- ENCO TIRADO, A. (2020). *Los delitos de corrupción en el Perú*. Lima: Gaceta Jurídica.
- FRISANCHO APARICIO, M., & PEÑA-CABRERA Freyre, A. (1999). *Tratado de Derecho Penal: delitos contra la Administración Pública*. Lima: FECAT.
- GARCÍA CAVERO, P. (2019). *Derecho Penal. Parte general* (3 ed.). Lima: Ideas.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (2006). *Autor y cómplice en Derecho Penal*. Montevideo - Buenos Aires: B de F.
- GONZÁLEZ GUERRA, C. (2006). *Delitos de infracción de un deber*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- GRECO, L. (2005). Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum "Problem" des Sonderwissens. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (117), 519-554.
- GRECO, L. (2019). Die Befreiung des Strafrechts vom Pflichtverletzungsdanken – zur Kritik an der (nicht nur asymmetrischen) Akzesorietät. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (166), 684-704.

- HARTL, B. (2000). *Das nationalsozialistische Willensstrafrecht*. Berlín: Weißensee.
- HEINRICH, B. (2012). *Strafrecht - Allgemeiner Teil* (3 ed.). Stuttgart: Kohlhammer.
- HIRSCH, H. J. (1981). Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*(93), 831-863.
- HUGO ÁLVAREZ, J. (2000). *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica.
- JAKOBS, G. (1991). *Strafrecht - Allgemeiner Teil* (2 ed.). Berlin: Walter de Gruyter.
- JAKOBS, G. (1996). *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*. Cleves: Westdeutscher Verlag.
- JAKOBS, G. (2000). El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos. En M. Cancio Meliá, & G. Jakobs, *El sistema funcionalista del Derecho Penal*. Lima: Grijley.
- JAKOBS, G. (2012). *System der strafrechtlichen Zurechnung*. Fráncfort del Meno: Vittorio Klostermann.
- JAKOBS, G. (2014). *Theorie der Beteiligung*. Tubinga: Mohr Siebeck.
- JAKOBS, G. (2017). Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts. *Strafrechtswissenschaftliche Beiträge*, 65-102. (M. Pawlik, Ed.) Tubinga: Mohr Siebeck.
- JESCHECK, H.-H., & WEIGEND, T. (1996). *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil* (5 ed.). Berlin: Duncker & Humblot.
- LANGER, W. (1972). *Das Sonderverbrechen. Eine dogmatische Untersuchung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts*. Berlin: Duncker & Humblot.
- LESCH, H. H. (1992). *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*. Fráncfort del Meno: Peter Lang.

- LESCH, H. H. (1995). *Intervención delictiva e imputación objetiva*. (J. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Trad.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- MAIWALD, M. (1989). Dogmatik und Gesetzgebung im Strafrecht der Gegenwart. En O. BEHREND, & W. HENCKEL (Eds.), *Gesetzgebung und Dogmatik. 3° Symposion der Kommission. Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart am 29. und 30. April 1988* (págs. 120-137). Gotinga: Vandehoeck u. Ruprecht.
- MAURACH, R. (1954). *Deutsches Strafrecht - allgemeiner Teil* (1 ed.). Karlsruhe: C.F. Müller.
- MAYER, M. E. (1915). *Der allgemeiner Teil des deutschen Strafrechts - Lehrbuch*. Heidelberg: Carl Winters Universitätsbuchhandlung.
- MEINI MÉNDEZ, I. (2014). *Lecciones de Derecho Penal - Parte General*. Lima: Fondo editorial PUCP.
- MENDOZA AYMA, F., & MENDOZA YANA, D. (noviembre de 2016). Autoría y formalismo normativo. El fundamento material de la autoría a propósito del caso Diarios chicha. *Actualidad Penal* (29), 49-69.
- MEZGER, E. (1949). *Strafrecht - ein Lehrbuch* (3 ed.). Berlín: Duncker & Humblot.
- MIR PUIG, S. (2004). Valoraciones, normas y antijuridicidad penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (6), 2-19. Obtenido de <http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-02.pdf>
- MONTOYA VIVANCO, Y., & RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, J. (mayo de 2018). ¿Jurisprudencia penal en disputa? Sobre la peligrosa irrupción de una dogmática irracional y desafortunada en la jurisprudencia en materia de corrupción. *Actualidad Penal*, 81-109.
- MURMANN, U. (1992). *Die Nebentäterschaft im Strafrecht*. Berlín: Duncker & Humblot.
- MURMANN, U. (2021). *Grundkurs Strafrecht Allgemeiner Teil, Tötungsdelikt, Körperverletzungsdelikte* (6 ed.). Munich: Beck.
- MÜSSIG, B. (2004). Rechts - und gesellschaftstheoretische Aspekte der objektiven Zurechnung im Strafrecht - Zu Ansätzen einer

Systematisierung. En *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag* (págs. 165-186). München: Luchterhand.

- NAGLER, J. (1903). *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*. Leipzig: Wilhelm Engelmann.
- NAUCKE, W. (2015). *Negatives Strafrecht*. Berlin: LIT.
- PARIONA ARANA, R. (2009). *Täterschaft und Pflichtverletzung*. München: Nomos.
- PARIONA ARANA, R. (2014). La teoría de los delitos de infracción de deber. *Derecho Penal - Consideraciones dogmáticas y político-criminales*, 107-128. Lima: Instituto Pacífico.
- PARIONA ARANA, R. (2014). Mittelbare Täterschaft bei Pflichtdelikten. En R. Hefendehl, T. Hörnle, & L. Greco (Edits.), *Streitbare Strafrechtswissenschaft - Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014* (págs. 469-482). Berlin: de Gruyter.
- PARIONA ARANA, R. (2015). La autoría mediata en los delitos de infracción de deber. En R. PARIONA ARANA, & E. PÉREZ Alonso (Edits.), *Teoría del delito - Problemas fundamentales* (págs. 370-389). Lima: Instituto Pacífico.
- PAWLIK, M. (1999). *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*. Colonia: Carl Heymanns.
- PIZARRO BELEZA, T. (1995). Die Täterschaftsstruktur bei Pflichtdelikten - Pflichtträgerschaft versus Tatherrschaft? En B. SCHÜNNEMANN (Ed.), *Bausteine des europäischen Strafrechts: Coimbra-Symposium für Claus Roxin* (págs. 267-281). Colonia: Heymann.
- PORTOCARRERO HIDALGO, J. (1996). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Editorial Jurídica Portocarrero.
- REAÑO PESCHIERA, J. L. (2001). 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? *Ius et Veritas* (23), 283-298.
- REAÑO PESCHIERA, J. L. (2004). *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. Lima: Jurista.

- REAÑO PESCHIERA, J. L. (noviembre de 2016). La participación del *extraneus* en el delito especial: Punibilidad o no punibilidad (tratamiento sustantivo). Apuntes para exposición como *amicus curiae* en el Pleno Jurisdiccional Supremo Penal 28 de setiembre del 2016. *Actualidad Penal*, 71-78.
- ROBLES PLANAS, R. (2003). *La participación en el delito: fundamento y límites*. Madrid: Marcial Pons.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (1969). El autor mediato en el Derecho Penal español. 22(3), 461-488.
- ROJAS VARGAS, F. (1999). *Delitos contra la Administración Pública* (1 ed.). Lima: Grijley.
- ROJAS VARGAS, F. (2021). *Delitos contra la Administración Pública* (5 ed., Vol. I). Lima: Gaceta Jurídica.
- ROXIN, C. (1963). *Täterschaft und Tatherrschaft* (1 ed.). Hamburgo: Cram, de Gruyter & Co.
- ROXIN, C. (1973). *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (2 ed.). Berlin: Walter de Gruyter.
- ROXIN, C. (2006). *Täterschaft und Tatherrschaft* (8 ed.). Berlín: De Gruyter.
- ROXIN, C. (2014). Pflichtdelikte und Tatherrschaft. En R. HEFENDEHL, T. HÖRNLE, & L. GRECO (Edits.), *Streitbare Strafrechtswissenschaft - Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014* (págs. 509-532). Berlin: De Gruyter.
- ROXIN, C. (2018). Täterschaft und Teilnahme bei strafbaren persönlichen Erklärungen. En B. HECKER, B. WEISSER, & C. BRAND (Edits.), *Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag* (págs. 93-102). München.
- ROXIN, C. (2019). *Täterschaft und Tatherrschaft* (10 ed.). Berlín: Walter de Gruyter.
- ROXIN, C., & GRECO, L. (2020). *Strafrecht - Allgemeiner Teil* (5 ed., Vol. 1). Munich: C.H. Beck.

- SALAZAR SÁNCHEZ, N. (2005). Imputación objetiva y participación de los *extraneus* en los delitos de infracción de deber. *Revista Peruana de Ciencias Penales*(16), 535-612.
- SALAZAR SÁNCHEZ, N. (2021). Fundamento de la participación delictiva en el delito de colusión ilegal. En A. Calcina HANCCO, & J. A. PAREDES VERA (Edits.), *Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos y particulares en el marco de las contrataciones con el Estado* (Vol. 1, págs. 40-72). Lima: Grijley.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. (2002). *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- SANGENSTEDT, C. (1989). *Garantenstellung und Garantenpflicht von Amsträgern*. Fráncfort: Peter Lang.
- SCHAFFSTEIN, F. (1935). Das Verbrechen als Pflichtverletzung. En K. LARENZ (Ed.), *Grundlagen der Neuen Richtswissenschaft* (págs. 108-142). Berlín: Junker und Dünhaupt.
- SCHMIDT, E. (1936). *Die militärische Straftat und ihr Täter*. Berlín: Fran Vahlen.
- SCHROEDER, F.-C. (1985). *Der Täter hinter dem Täter*. Berlín: Duncker & Humblot.
- SCHÜNEMANN, B. (1995). Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland. En E. GIMBERNAT ORDEIG, B. SCHÜNEMAN, & J. WOLTER (Edits.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte. Ein spanisch-deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin* (págs. 49-82). Heidelberg: C.F. Müller.
- SCHÜNEMANN, B. (2017). Strafgrund der Sonderdelikte. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*(164), 678-688.
- SILVA SÁNCHEZ, J. (1992). *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo* (1 ed.). Barcelona: Bosch.
- SILVA SÁNCHEZ, J. (2005). *El nuevo escenario del delito fiscal en España*. Barcelona: Atelier.
- STRATENWERTH, G., & KUHLEN, L. (2011). *Strafrecht - allgemeiner Teil. Die Straftat* (6 ed.). Munich: Franz Vahlen.

- STUCKENBERG, C.-F. (2022). 150 Jahre Strafgesetzbuch. *Goltdammers Archiv für Strafrecht*(169), 5-20.
- TORRES ROMERO, S. (2013). Aproximaciones al fenómeno de la retractación en las causas de violencia intrafamiliar. *Revista de Derecho*, 26 (1), 167-180.
- TRIANA PÉREZ, B., CASTAÑEDA GARCÍA, P., & CORREA RODRÍGUEZ, N. (2006). La atribución de causas a la ruptura de pareja. 2(1), 477-486.
- VÁSQUEZ, J. R. (2016). Breve comentario a la sentencia “diarios chicha” y a la teoría “del autor único” en los delitos de infracción de deberes “institucionalizados”. *Anticorrupción y justicia penal*(Boletín N° 7), 8-13.
- VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, R. (2020). Los delitos contra la Administración Pública en el Perú: Aproximación a una propuesta de clasificación tripartita. En P. GARCÍA CAVERO, & R. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN (Edits.), *Delitos contra la Administración Pública* (págs. 19-66). Lima: Ideas.
- VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, R. (2021). *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro.
- VILLA STEIN, J. (2014). *Derecho Penal Parte general* (4 ed.). Lima: Ara.
- VILLAVICENCIO TERREROS, F. (2016). *Derecho Penal - Parte general*. Lima: Grijley.
- WELZEL, H. (1939). Studien zum System des Strafrechts. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*(58), 491-566.
- WELZEL, H. (1975). *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin: Walter de Gruyter.
- ZACZYK, R. (2014). Kritische Bemerkungen zum Begriff der Verhaltensnorm. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (161), 73-93.
- ZAFFARONI, E. R. (1998). *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: Ediar.
- ZAFFARONI, E., Alagia, A., & Slokar, A. (2002). *Derecho Penal. Parte general* (2 ed.). Buenos Aires: Ediar.

SEGUNDA PARTE
PARTE ESPECIAL

EL DELITO DE CONCUSIÓN: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 382° DEL CÓDIGO PENAL

RAÚL ERNESTO MARTÍNEZ HUAMÁN^(*)

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 382° del CP ha sido modificado en dos ocasiones, la primera, a través de la Ley N° 30111, publicada el 26 de noviembre de 2013, incorporando la pena de multa, precisando que la sanción sería de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Posteriormente, a través del artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22 de octubre de 2016, incorporó la pena de inhabilitación, puntualizando que, según el caso, se aplicará dicha sanción, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36° del Código Penal. De ambas modificaciones, se aprecia un sentido de mayor represión por parte de nuestro legislador, política penal de los últimos tiempos en nuestro país y a nivel internacional⁽¹⁾. Finalmente, el artículo tomó la siguiente redacción:

“Artículo 382°.- Concusión

El funcionario o servidor público que, **abusando de su cargo, obliga o induce** a una persona a **dar o prometer indebidamente**, para sí o para otro, **un bien o un beneficio patrimonial**, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho 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”⁽²⁾.

El punto central de la concusión –*concutere*– radica en el uso abusivo del cargo (arrancar⁽³⁾) por parte de sujeto público, a través de la instigación

(*) Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Derecho Penal en la Maestría de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Universidad de Huánuco. Fiscal provincial penal de la Fiscalía Especializada en Delitos de Lavado de Activos de Lima.

(1) Ampliamente sobre dicho fenómeno punitivo, GARLAND, David. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona, Editorial Gedisa (2005:313 y ss.).

(2) El resaltado es nuestro.

(3) Término utilizado por PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima, Editorial Jurídica Portocarrero (1997:142).

o coacción, para obtener un beneficio de un particular, el cual no implica un acuerdo con el particular⁽⁴⁾; considera Abanto Vásquez que dicho eje es la principal diferencia con el cohecho, donde se requiere de un consenso⁽⁵⁾. Por ello, el punto central en la concusión es el uso del poder que detenta el sujeto público⁽⁶⁾, transmitido a través de su cargo (*metu publicae potestatis*), ante un sujeto particular para obtener un beneficio patrimonial indebido.

A nivel del Derecho comparado, podemos observar que el Código Penal español no cuenta con una figura delictiva como la concusión en nuestro país⁽⁷⁾, a diferencia del Código Penal italiano, el cual regula en su artículo 317° el delito de la concusión (*concussione*), que guarda un alto parecido con nuestra regulación⁽⁸⁾. En tanto que los argentinos cuentan con una figura que se asemeja a la nuestra, pero dentro del delito de exacción ilegal⁽⁹⁾. En nuestro país, considera un gran sector de la doctrina que existen dos regulaciones en relación con la concusión, la básica, establecida en el artículo 382° del CP

(4) De la misma forma, REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. Lima: Jurista editores (2015:317).

(5) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. (2001). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra Editores, p. 279. Hace mención al sentido del delito bilateral PORTOCARRERO HIDALGO (1997:142). Igualmente, REÁTEGUI SÁNCHEZ (2015:321). Comparte la diferencia mencionada VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro (2021:237).

(6) Hace referencia al prevalimiento ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis (2016:165). De la misma manera, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Instituto pacífico (2016:265).

(7) Vid. ABANTO VÁSQUEZ (2001:280). Realiza un desarrollo sobre la concusión, empero, lo relaciona con el delito de exacción ilegal, figura que sí se encuentra regulado en el Código Penal español VÁSQUEZ-PORTOMENÉ SEIJAS, Fernando. Concusión y corrupción: su delimitación en el Derecho Penal español. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (2018:2). Revisado por última vez en: <http://criminnet.ugr.es/recpc>

(8) “Art. 317° Concussione:
Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe o induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o ad un terzo, denaro od altra utilità, e' punito con la reclusione da quattro a dodici anni”.

(9) ABANTO VÁSQUEZ (2001:280). En la regulación argentina observamos los alcances entre los artículos 266° al 268°:

“Capítulo IX

Exacciones ilegales (artículos 266 al 268)

Artículo 266°.- Será reprimido con prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionario público que, abusando de su cargo, solicitare, 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.

Artículo 267°.- Si se empleare intimidación o se invocare orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima, podrá elevarse la prisión hasta cuatro años y la inhabilitación hasta seis años.

Artículo 268°.- 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”.

(concusión propiamente dicha), y la concusión específica regulada en el artículo 383° del CP (exacción ilegal)⁽¹⁰⁾.

Por otra parte, Portocarrero Hidalgo considera que la concusión puede ser propia e impropia; cuando hacemos referencia a la concusión propia, el funcionario amenaza en base a un cargo que verdaderamente ejerce, en tanto en el impropio el sujeto activo no ejerce una función pública y, por ende, la amenaza no se encuentra materialmente respaldada por la administración⁽¹¹⁾.

De la misma forma, comprendemos por concusión explícita cuando el sujeto público realiza un constreñimiento abierto o manifiesto con un acto propio de su cualidad funcional⁽¹²⁾. En tanto que concusión implícita, cuando el sujeto activo obliga o induce a que el particular realice el pago de un beneficio económico que no le corresponde por no encontrarse amparado en la ley, pues es un monto superior al debido⁽¹³⁾.

II. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO

1. Bien jurídico

En lo referente al bien jurídico penalmente protegido, se aprecia a nivel doctrinal que un sector considera que lo relevante en cuanto a la protección gira sobre la honestidad y la probidad del sujeto público⁽¹⁴⁾, lo cual consideramos no resulta correcto, pues centra su atención en factores morales e internos a la Administración Pública (funcionario-administración), algo que no es apropiado, pues el Derecho Penal protege expectativas que posibilitan una adecuada convivencia social, es decir, su ámbito sobrepasa el aspecto administrativo en el cual se centran las exigencias referidas (probidad)⁽¹⁵⁾.

Por otro lado, Abanto Vásquez considera que lo protegido se enmarca en la *legalidad del ejercicio funcional*, pero también la *libertad individual* del sujeto pasivo, brindándole así un carácter pluriofensivo al tipo penal⁽¹⁶⁾; autores

(10) Así lo precisa, ABANTO VÁSQUEZ (2001:281).

(11) Vid. PORTOCARRERO HIDALGO (1997:143).

(12) Menciona también a la calidad funcional REÁTEGUI SÁNCHEZ (2015:318).

(13) PORTOCARRERO HIDALGO (1997:143). PEÑA CABRERA FREYRE (2016:266).

(14) Hace referencia a la probidad SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley (2014:242).

(15) Comparte esta crítica ABANTO VÁSQUEZ (2001:284).

(16) ABANTO VÁSQUEZ (2001:284-285). Este carácter pluriofensivo también es compartido a nivel italiano por FURIN, *Novello. I reati dei pubblici amministratori*. Plasencia, Casa Editrice La Tribuna-CELT (2007:76).

como Peña Cabrera Freyre le adicionan el carácter patrimonial⁽¹⁷⁾. Empero, somos de la opinión de que el eje central gira sobre la cualidad funcional, en un sentido más amplio, más que centrarse en lo referente al ámbito competencial, igualmente, el sentido relevante no comprende la libertad del particular, sino el acto ilícito del sujeto público, manipulando la Administración Pública, debido a que tiene como deber fundamental prestar servicios a favor de la ciudadanía, y no preverse del mismo para obtener beneficios económicos.

Por su parte, Rojas Vargas, Vílchez Chinchayán y Reátegui Sánchez son de la posición de que lo protegido es el normal funcionamiento y reputación de la Administración Pública⁽¹⁸⁾. Posición que ha sido asumida en su momento por la Corte Suprema de Justicia:

“Del análisis del hecho incriminado a los procesados, se advierte que dicha conducta se encuadra dentro del supuesto fáctico del delito de concusión, descrita en el artículo trescientos ochenta y dos del Código Penal, cuyo bien jurídico tutelado se encuentra en la misma línea de protección del delito de colusión desleal, es decir, proteger el regular funcionamiento, **prestigio y buena reputación de la Administración Pública (...)**⁽¹⁹⁾”.

Sobre dicho aspecto, consideramos que la reputación no resulta una expectativa que pueda ingresar dentro del radio de relevancia social; en el desarrollo de las interacciones sociales lo relevante no es la imagen de una institución, que podría serlo en el ámbito administrativo, sino que la institución actúe de acuerdo a los parámetros establecidos socialmente; para el caso en concreto, la expectativa de actuación de los sujetos públicos, dentro de los márgenes legales, tanto en su cualidad como en su función.

Consideramos que un factor importante dentro de la concusión es la posición del sujeto público con respecto al particular, pues encontramos una relación de vulnerabilidad, lo cual desencadena en los actos de inducción u obli-gación desarrollado por el funcionario. Por ello, el bien jurídico penalmente protegido parte de la expectativa social sobre una actuación de los sujetos públicos, en el sentido de que no abusarán de su **cargo**, a través de coacción o engaño, para obtener beneficios patrimoniales indebidos⁽²⁰⁾; esta expectativa se deriva de las demarcaciones constitucionales, específicamente, en el artículo

(17) PEÑA CABRERA FREYRE (2016:269).

(18) ROJAS VARGAS (2016:168). VÍLCHEZ CHINCHAYÁN (2021:239). REÁTEGUI SÁNCHEZ (2015:322).

(19) Citado por REÁTEGUI SÁNCHEZ (2015:323-324).

(20) En un sentido similar PORTOCARRERO HIDALGO (1997:145).

39 de la Constitución Política que establece: “Todos los funcionarios y trabajadores públicos **están al servicio de la Nación**”⁽²¹⁾.

2. Sujeto activo

Nos encontramos ante un delito especial propio, por lo que solo el sujeto público puede ser autor del delito de concusión. Un sector considera que no cualquier funcionario es sujeto activo del delito, sino aquellos que tienen dentro de su competencia la de recibir bienes; menciona ABANTO VÁSQUEZ que el funcionario debe tener un “poder de gobierno”⁽²²⁾; sin embargo, no consideramos correcta dicha limitación, pues el punto central en el sujeto activo reside en su cualidad (cargo), el cual le permite encontrarse en un papel privilegiado en relación con el particular, a partir de ahí la inducción u obligación cobran sentido. Siendo así, el elemento “*abusando de su cargo*” hace referencia a una posición amplia del sentido del sujeto público; así, lo relevante es el abuso de su cualidad funcional para exigir al particular, situación que podemos encontrar en el caso de la exacción ilegal y, también, en el patrocinio ilegal, lo cual ha sido comprendido por la jurisprudencia penal, así, en la Ejecutoria Suprema N° 6084-1997-Lima, emitido el 23 de marzo de 1998, se menciona:

“(…) los cargos de concusión y corrupción de funcionarios atribuidos al procesado por actos realizados cuando ya no reunía la calidad de funcionario público, no resultan configuradores de los delitos imputados, **ya que estos requieren la calidad de funcionario** o servidor público en el sujeto activo al momento de cometer el delito⁽²³⁾”.

Una posición restringida del sujeto activo lo plantea Portocarrero Hidalgo, al considerar que no podrán ser sujeto activo aquellas personas que tienen un encargo momentáneo del servicio público, pues no cuentan con cargo alguno y de ello no se puede abusar⁽²⁴⁾. No obstante, consideramos que dicha posición limita el sentido mismo del delito de concusión; lo relevante es la calidad de sujeto público de forma amplia, y que en base a ello (posición de superioridad en relación con el particular) obtiene una promesa o pago indebido. Ya la política penal detrás del artículo 425° del Código Penal plantea una situa-

(21) Una posición similar la encontramos en GONZALES CIEZA, Marie Melisa y TORRES PACHAS, David Ricardo. Reflexión y análisis del delito de concusión en el Código Penal peruano. En: *Revista de Derecho YACHAQ* (en línea). Centro de Investigación de los Estudiantes de Derecho (CIED). Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, N° 10 (2019:144) visto por última vez: <http://www.ciedusco.com/wp-content/uploads/2020/04/10.-David-Ricardo-Torres-Pachas-Reflexi%C3%B3n-y-an%C3%A1lisis-del-delito-de-concusi%C3%B3n-en-el-c%C3%B3digo-penal-peruano.pdf>

(22) Véase a ABANTO VÁSQUEZ (2001:286). De la misma manera, REÁTEGUI SÁNCHEZ (2015:327).

(23) Citado por SALINAS SICCHA (2014:240).

(24) PORTOCARRERO HIDALGO (1997:144).

ción amplia de funcionario, por lo que no es adecuado reducir dicho círculo de sujetos⁽²⁵⁾.

De la misma forma, si el sujeto público se encuentra de licencia (por salud, capacitación, etc.), fuera de su jurisdicción, de vacaciones o suspendido del cargo⁽²⁶⁾, también podrá cometer el delito, pues consideramos que lo relevante es valerse de una posición de superioridad que le brinda el cargo o cualidad funcional⁽²⁷⁾, por ello no compartimos la posición de Reátegui Sánchez⁽²⁸⁾, en el sentido de limitar el ámbito del sujeto activo. Así, en caso el sujeto público se encuentre fuera de su jurisdicción⁽²⁹⁾, podrá cometer el delito de concusión, pues lo relevante es valerse del cargo (cualidad funcional), lo cual, por ejemplo, ha sido precisado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en su providencia del 27 de enero de 1981:

“(...) la ley sanciona no solo el abuso de la función, sino el del cargo, esto es, el hecho de pertenecer a la Administración Pública y estar, por tanto, investido de autoridad, que es, ante todo poder actuar y que, a menudo, se traduce en intimidación, o sea en el tan mencionado *metus publicae potestatis*. Para que se produzca ese efecto y, por lo tanto, el daño del bien jurídico tutelado, **no se requiere, repetimos, que el funcionario obre dentro de los límites territoriales de su jurisdicción, pues bien puede estar fuera de ella, en tanto se presente como representante de la autoridad”⁽³⁰⁾.**

De otro lado, consideramos que nos encontramos ante un **delito de infracción de deber especial (competencia de fomento)**⁽³¹⁾, en el sentido de que el sujeto activo asume de forma libre una posición especial en sociedad, cual es la de sujeto público, a partir de ahí se genera un ámbito y cualidad competencial y especial, en relación con otros sujetos y la Administración Pública, en el cual debe fomentar una situación de protección ante posible ataque de terceros y de no afectar las expectativas concretas que se le establecen acordes a su rol y posición en la administración. En tal sentido, consideramos que

(25) Menciona que puede ser sujeto activo tanto un funcionario como un servidor. MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. *Delito colusión: doctrina y jurisprudencia*. Lima: Editores del Centro (2019:103).

(26) Comparte este parecer ESCOBAR LÓPEZ, Edgar. *Delitos contra la Administración Pública*. Medellín, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. (2017:326).

(27) Comparte esta posición PORTOCARRERO HIDALGO (1997:145). También, SALINAS SICCHA (2014:239).

(28) REÁTEGUI SÁNCHEZ (2015:348).

(29) Comparte este parecer, HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty (2018). *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Lima: Gaceta Jurídica, p. 151.

(30) Citado por ESCOBAR LÓPEZ (2017:327).

(31) También lo menciona REÁTEGUI SÁNCHEZ (2015:326). SALINAS SICCHA (2014:243).

el sujeto público puede cometer el delito sobre la base de conductas activas u omisivas, pues lo relevante es la infracción normativa.

3. Sujeto pasivo

Sujeto pasivo del delito es la Administración Pública⁽³²⁾, pues en dicho marco el sujeto público utiliza su cargo para la realización de los verbos rectores.

No consideramos correcto comprender al particular como sujeto pasivo⁽³³⁾, pues lo relevante en el ilícito es la defraudación de las expectativas sociales que pesan sobre el sujeto público. A nuestro entender, el particular sería agravado del delito, por lo que, su ámbito de actuación dentro del proceso penal se centra en una perspectiva civil (patrimonial). De otro lado, no se requiere que el particular tenga conocimiento o considere que el bien o beneficio entregado o prometido formará parte de las arcas del Estado; ello es irrelevante para efecto de la configuración del ilícito⁽³⁴⁾.

4. Configuración

4.1. Abuso del cargo

El artículo 382° del Código Penal establece que los actos de inducción u obligación deben circunscribirse en un abuso de cargo por parte del sujeto público, abarcando el mismo las competencias y calidades funcionales, las cuales son utilizadas por el sujeto público excediendo y transgrediendo su posición dentro la Administración Pública⁽³⁵⁾, atribuyéndole al acto un carácter oficial, ello con la finalidad de conseguir ganancias ilícitas. La Corte Suprema de Justicia estableció este último alcance, en su Ejecutoria Suprema del Expendiente N° 4050-2001, del 8 de agosto de 2002:

“Para su configuración requiere que el sujeto activo, además de ejercer los actos que son propios de una autoridad pública, **le atribuya el carácter de oficial a dicha conducta**, lo cual no se ha realizado en el presente caso que el delito de concusión no se encuentra debidamente acreditado, pues en autos no existe prueba que demuestre

(32) Igualmente, ROJAS VARGAS (2016:169). También, GONZALES CIEZA y TORRES PACHAS (2019:143). SALINAS SICCHA (2014:243).

(33) Así lo entiende PORTOCARRERO HIDALGO (1997:145). Comparte esta posición REÁTEGUI SÁNCHEZ (2015:327). También, PEÑA CABRERA FREYRE (2016:271).

(34) Lo precisa, ABANTO VÁSQUEZ (2001:290).

(35) Igualmente, VÍLCHEZ CHINCHAYÁN (2021:240).

que los antes citados, abusando de sus cargos, hayan obligado o inducido a los participantes en las licitaciones públicas, a fin de obtener promesa o beneficio patrimonial por parte de ellos⁽³⁶⁾”.

Así, el precepto normativo precisa y diferencia el abuso en relación con el cargo del abuso de —solamente— funciones —posición limitada que ha sido asumido por un sector de la doctrina⁽³⁷⁾—, por ende, el abuso del cargo nos permite comprender un sentido amplio del ámbito de actuación del sujeto público, pues dicha situación le facilita y viabiliza una actuación sobre el particular⁽³⁸⁾. Algo muy similar al ámbito colombiano, donde se establece que el sujeto público abusa de su cualidad, el cual puede invadir esferas competenciales de otros sujetos, permitiéndole así conseguir la inducción u obligación⁽³⁹⁾; igualmente, a nivel italiano, donde se precisa de forma literal en el artículo 317° del CP el abuso de la cualidad; como menciona Furin, debe ser interpretado a la luz de la particular cualidad del sujeto público⁽⁴⁰⁾, como por ejemplo, un sujeto público que exige la entrega de un bien a un particular bajo la condición de no imponerle una sanción que funcionalmente no le corresponde, situación en la cual consideramos es factible la comisión del delito de concusión, pues va de la mano con la afectación al bien jurídico precisado *ut supra*. Empero, un gran sector de la doctrina considera de forma reducida que el sujeto activo solo podrá realizar un abuso de su cargo cuando el mismo reconduzca su actuar en relación con sus funciones específicas⁽⁴¹⁾. Debemos precisar que no encaja dentro del abuso del cargo aquellos sujetos que emplean el cargo a través de actos de usurpación⁽⁴²⁾.

Nuestra Corte Suprema de Justicia ha resaltado el uso de la calidad funcionarial para el delito de concusión, precisando en su Recurso de Nulidad N° 1601-2006-Huaura, de 28 de enero de 2009, que:

“Que con relación al delito de concusión, al analizar los cargos imputados no es posible subsumirlos en los alcances de tipicidad del artículo 382° del Código Penal, pues para ello se requiere: i) que el sujeto activo tenga la calidad de funcionario público, pero esta calidad no es formal sino funcional, esto es, en el ejercicio de actos inherentes a su

(36) LLAMOJA HILARES y SALAZAR SÁNCHEZ (2020:1654).

(37) SALINAS SICCHA (2014:236). De la misma forma, PEÑA CABRERA FREYRE (2016:270).

(38) Precisa un sentido amplio ROJAS VARGAS (2016:170). Igualmente, REÁTEGUI SÁNCHEZ (2015:328).

(39) Cfr. ABANTO VÁSQUEZ (2001:287).

(40) FURIN (2007:79). Precisan el valerse de su calidad del cargo HUGO ÁLVAREZ y HUARCAYA RAMOS (2018:148).

(41) Vid. ABANTO VÁSQUEZ (2001:288).

(42) PORTOCARRERO HIDALGO (1997:145). REÁTEGUI SÁNCHEZ (2015:329).

competencia; ii) que el funcionario haga abuso de su cargo, es decir, efectúe un mal uso de la calidad que le ha sido otorgado, o ejercer el cargo de forma contraria a la encomendada, iii) que este abuso del cargo incida sobre la voluntad del agente, viciando la misma, convirtiéndose en un constreñimiento o en una inducción, es decir, conlleva el uso de violencia, la que es ejercida sobre la víctima para doblegar su voluntad, de modo que acceda a sus ilegítimas pretensiones, según el tipo penal *sub judice*: entregar, transferir algo a alguien –o prometer– efectuar un ofrecimiento a futuro –en forma indebida–, prestación sin sustento alguno –un bien o beneficio patrimonial para sí o para otro–, es decir que la prestación ilícitamente obtenida pueda tener como destinatario tanto al sujeto activo o para una tercera persona⁽⁴³⁾”.

Asimismo, en una reciente ejecutoria, la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 91-2020-Pasco, ponente Susana Castañeda Otsu, ha establecido:

“[...] el medio comisivo del abuso del cargo del agente público o prevalimiento del cargo funcional o **mal uso de la investidura funcional** consiste en que el sujeto activo **se aprovecha positivamente de las ventajas** de una concreta y especial situación de superioridad, prerrogativa o potestad con respecto a la víctima como un factor objetivo que facilite la comisión del delito concusión [...]”.

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia ha mencionado algunos alcances del abuso del cargo, resaltando elementos como el exceso y la falta de justificación del acto realizado por el sujeto público. Así, estableció la Sala Penal permanente en el Recurso de Nulidad N° 3151-2011-Lima, del 11 de julio de 2012.

“4.1.1. Este tipo penal se configura cuando el funcionario o servidor público, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente para sí o para otro un beneficio patrimonial. El comportamiento del agente se da cuando este hace un mal uso del cargo público ejerciendo violencia o convencimiento sobre la víctima, quien es forzada en su voluntad a acceder a las ilegítimas pretensiones del autor, es decir, cuando la exigencia del beneficio patrimonial ha sido hecha sin causa justificada o debida, convirtiéndose en abusivo⁽⁴⁴⁾”.

(43) Citado por ROJAS VARGAS (2016:173).

(44) GACETA JURÍDICA. *Delitos contra la Administración Pública en la jurisprudencia*. Lima, Gaceta Jurídica (2013:39).

4.2. Medios de ejecución

4.2.1. Obligar

Los elementos centrales del delito de concusión son obligar e inducir; se entiende por el primero al acto propio de “constreñir”, compeler e intimidar, de forma directa, clara y respaldada por el cargo funcional, doblegando la actuación libre del particular, de tal forma que la voluntad del particular se invalida, lo cual fuerza a dar o prometer un beneficio patrimonial. Además, de ello se deriva que, el particular no tiene por qué conocer de forma rigurosa el ámbito competencial del sujeto público, lo central es la figura pública, lo que genera el *metu publicae potestatis*, a fin de evitar un mal mayor⁽⁴⁵⁾.

De igual forma, el sujeto activo no debe utilizar ningún tipo de violencia o amenaza grave a la integridad o libertad del particular, pues en dicho ámbito nos encontraríamos dentro del delito de extorsión (art. 200)⁽⁴⁶⁾. En tal sentido, el acto de obligar debe partir del anuncio de un padecimiento de un acto enmarcado en la cualidad funcional⁽⁴⁷⁾ (violencia moral), y no con el uso de la fuerza física particular (violencia física)⁽⁴⁸⁾; por ejemplo, un efectivo policial que amenace con aplicar una prisión preventiva como medida cautelar a un particular en caso no le entregue o prometa un beneficio patrimonial. Este sentido es el compartido por la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 91-2020-Pasco, ponente Susana Castañeda Otsu:

“(...) es decir, en este tipo penal [concusión] el verbo **obligar** adquiere una connotación distinta, en la cual la violencia, amenaza o **presión sobre una persona que se ejercita es de baja intensidad** (...)”.

El constreñimiento puede ser explícito, implícito, claro, serio, condicionado o incondicionado⁽⁴⁹⁾. Cuando hacemos referencia al constreñimiento directo, hacemos referencia al mensaje claro sobre el particular, es decir que el pedido es inteligible, el cual puede ser directamente al sujeto del que se requiere el beneficio económico, o puede ser a una persona cercana de la que va a realizar el pago o promesa⁽⁵⁰⁾ (familiar, amigo, pareja, etc.). Lo desarrollado ha sido entendido por nuestra Corte Suprema de Justicia en el Recurso de Nulidad N° 3448-2004-Áncash:

(45) Así, FURIN (2007:79).

(46) ABANTO VÁSQUEZ (2001:289). El mismo modo, SALINAS SICCHA (2014:237).

(47) PORTOCARRERO HIDALGO (1997:142). REÁTEGUI SÁNCHEZ (2015:332).

(48) Considera factible el uso de la violencia VÍLCHEZ CHINCHAYÁN (2021:244).

(49) REÁTEGUI SÁNCHEZ (2015:332). PORTOCARRERO HIDALGO (1997:146).

(50) Así, REÁTEGUI SÁNCHEZ (2015:335).

“(…) en la concusión, quien ostenta el poder y se vale de él para hacerlo exige a la víctima prestar la cosa como consecuencia **del terror infundido y no por otra causa, que no se ha llegado a establecer que el procesado haya compelido a los servidores de la municipalidad a pagar beneficios que no le correspondían** (...)”⁽⁵¹⁾”.

4.2.2. Inducir

En lo referente al elemento inducir, el mismo consiste en generar psicológicamente en el particular la decisión de dar o prometer al sujeto público un bien o beneficio patrimonial, de tal forma que doblega la voluntad del particular⁽⁵²⁾, por lo que no basta la mera solicitud. Dicha inducción puede darse a través de actos de engaño, persuasión, convencimiento, entre otros⁽⁵³⁾. Así lo ha comprendido nuestra jurisprudencia, como es el caso del Recurso de Nulidad N° 2988-2005-Callao, emitido por la Sala Penal Permanente, el 5 de setiembre de 2006:

“(…) se atribuye al acusado, director de Asesoría Jurídica de la Sociedad de Beneficencia Pública del Callao –en adelante, La Beneficencia–, **que con engaño, astucia y ardid cobró indebidamente el agraviado** Vecco Pradinett la deuda que mantenía por concepto de alquileres a pesar de que no tenía autorización para ello, y que además dicho dinero no ingresó a las arcas de la Beneficencia, hecho ocurrido desde el mes de julio de dos mil hasta febrero de dos mil uno (...)”⁽⁵⁴⁾”.

Cabe precisar que la inducción no debe entenderse como los supuestos de instigación regulados en el artículo 24° del Código Penal, pues no se determina al particular a la comisión de un delito⁽⁵⁵⁾, lo que sin lugar a dudas cuenta con un desvalor en cuanto a la toma de decisión del particular a la comisión de un delito; en el caso de la concusión el particular no forma parte de la comisión de un delito, no se lo determina –con mayor fuerza– a que cometa un delito, el particular por la presión –encarnado en la posición de superioridad– del sujeto público toma la decisión de entregarle o prometer un bien o beneficio patrimonial, el cual no debe dirigirse a la realización de un acto ilícito (dentro

(51) Ejecutoria suprema citada por REÁTEGUI SÁNCHEZ (2015:319).

(52) SALINAS SICCHA (2014:238). PEÑA CABRERA FREYRE (2016:276).

(53) Así, PORTOCARRERO HIDALGO (1997:147). ROJAS VARGAS (2016:172). REÁTEGUI SÁNCHEZ (2015:335).

(54) LLAMOJA HILARES, Giuliana y SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson (dir.). *Comentarios sistemáticos y desarrollo jurisprudencial al Código Penal peruano (una nueva interpretación a partir de la teoría de la infracción de deber)*. Vol. 2. Lima, Editores del Centro (2020:1652).

(55) Igualmente, PEÑA CABRERA FREYRE (2016:275). También, VÍLCHEZ CHINCHAYÁN (2021:245).

o fuera de sus funciones), pues en dicho panorama ya nos encontraríamos ante un delito de cohecho activo por parte del particular, ya que este estaría dirigiendo su conducta a un marco ilícito, en tanto que el sujeto público cometería un cohecho pasivo; por ejemplo, nos encontramos ante el delito de concusión, cuando el sujeto público induce —a través del engaño— al pago para la supuesta continuación de un trámite, el mismo que no corresponde debido a que no tiene amparo legal (no se encuentra establecido); ante dicha situación el particular se compromete al pago de un beneficio patrimonial, ante el engaño del sujeto público; empero, si el sujeto público no realiza ningún engaño, sino que indica al particular que corresponde el pago para realizar un trámite fuera de ley, el cual beneficia al particular, y este accede, nos encontramos ante un delito de cohecho pasivo y activo, respectivamente.

Como se mencionó líneas atrás, nos encontramos ante un delito de infracción de deber especial, por lo que, la inducción puede realizarse de forma activa como omisiva, lo relevante es la infracción de las expectativas que pesan sobre el funcionario; por ello, si el sujeto público guarda silencio de tal forma que genera en el particular un error en cuanto a la entrega o promesa de un bien o beneficio patrimonial, estaría cometiendo el ilícito bajo estudio, pues pesa sobre el sujeto público el deber de sacar del error al particular; Abanto Vásquez nos propone el siguiente ejemplo: “Si el administrado preguntara si es verdad que los derechos que debe pagar ahora son menores y el funcionario calla mortificado en vez de aclarar que ello no es así ante lo cual el administrado presume que debe pagar la suma mayor calculada sobre la base de un derecho que ya no existe en tal cantidad”⁽⁵⁶⁾.

4.3. Dar o prometer

La finalidad de los actos de obligar o inducir se encuentra dirigida a una entrega o promesa por parte del particular de un bien o beneficio patrimonial a favor del sujeto público. Al respecto, comprendemos por el elemento **DAR** a la transferencia o entrega inmediata, efectiva e indebida de un bien o beneficio patrimonial al sujeto público por parte del particular. Cabe precisar que la recepción del bien o beneficio al sujeto público puede ser directamente al mismo o a través de un tercero, lo relevante es que el bien o beneficio ingrese al ámbito de competencia de manejo del sujeto activo, a su libre administración.

(56) ABANTO VÁSQUEZ (2001:291). Igualmente, PORTOCARRERO HIDALGO (1997:147). Comparte el sentido omisivo SALINAS SICCHA (2014:238); también, HUGO ÁLVAREZ y HUARCAYA RAMOS (2018:151). PEÑA CABRERA FREYRE (2016:276). No considera posible la omisión, al considerar que nos encontramos ante un delito instantáneo, ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto pacífico (2018:383).

Este sentido de entregar no debe nacer de un acto voluntario del particular⁽⁵⁷⁾, por lo que, si exige al sujeto público una actuación dentro del margen de su competencia, sea para infringirla o actuar conforme a ella, nos encontraríamos ante un supuesto de cohecho activo. Así, podemos apreciar la ejecutoria emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en el Recurso de Nulidad N° 2218-2005-Arequipa, del 10 de abril de 2006:

“(…) el delito de concusión en su modalidad de coacción o promesa indebida, previsto y sancionado por el trescientos ochenta y dos del Código Penal, se caracteriza porque el núcleo rector del comportamiento típico es ‘abusar del cargo’ para obligar a inducir a una persona a dar o prometer indebidamente para sí o para otro un bien o un beneficio patrimonial; que en el caso de autos los imputados Benigno Ninahumán Valdivia y Clemente Valero Pacori, titulares de la administración del Hostal Pacífico Cópacabana, admiten haber entregado sumas de dinero a los encausados en distintos momentos para la tramitación de la licencia de funcionamiento de local, **pero lo hicieron voluntariamente, sin coacción alguna, por lo que no se configura del delito de concusión** al no existir como medio la imposición del pago con el abuso del cargo de funcionario⁽⁵⁸⁾”.

En tanto que por **PROMETER** se comprende al ofrecimiento o compromiso serio⁽⁵⁹⁾ y cierto de la entrega de un bien o beneficio patrimonial o un hacer de futuro de connotación económica. Por ello, solo se necesita de un compromiso, de connotación ulterior⁽⁶⁰⁾ y **próximo del particular**. Cabe precisar que, dicha promesa no —necesariamente— debe revestir alguna formalidad⁽⁶¹⁾, es decir, no debe plasmarse en un documento (p. e., un contrato), es suficiente un mensaje verbal y/o tácito. En ese sentido, promesas imposibles de cumplir, por absurda o no realizables, no entrarían dentro del radio del delito de concusión; no obstante, si se realiza una promesa seria, pero con posterioridad la promesa deviene en no realizable, dicha situación no varía en nada la consumación del delito⁽⁶²⁾. Igualmente, dentro del ámbito de la imputación objetiva, el riesgo realizado por el sujeto público a través de la obligación o inducción debe concretizarse en el riesgo de la promesa de un bien o beneficio patrimonial del particular, en caso no exista dicha relación, no nos encontraríamos dentro del delito de concusión.

(57) En el mismo sentido, VÍLCHEZ CHINCHAYÁN (2021:242).

(58) LLAMOJA HILARES y SALAZAR SÁNCHEZ (2020:1653).

(59) Cfr. PORTOCARRERO HIDALGO (1997:147).

(60) ABANTO VÁSQUEZ (2001:291). REÁTEGUI SÁNCHEZ (2015:340).

(61) REÁTEGUI SÁNCHEZ (2015:340).

(62) PORTOCARRERO HIDALGO (1997:147).

4.4. Bien o beneficio patrimonial

En lo que respecta al elemento bien o beneficio patrimonial, ambos elementos han de ser comprendidos económicamente; el primero se enmarca dentro de los bienes (muebles e inmuebles)⁽⁶³⁾ y objetos con valor pecuniario (joyas, autos, títulos valores, inmuebles, etc.); en tanto, el beneficio patrimonial comprende toda utilidad o ventaja de sentido económico (empleos, viajes, créditos, etc.), para el mismo no se requiere de un desembolso económico, por lo que lo relevante de dichos elementos es el contenido patrimonial⁽⁶⁴⁾. En tal sentido, no encajan dentro de dicho elemento favores sexuales; no obstante, si el mismo se concretara nos encontraríamos dentro del delito de violación sexual⁽⁶⁵⁾. Además, dicho bien debe ser concreto, idóneo y cierto.

4.5. Provecho propio o de un tercero

El delito de concusión está dirigido a un beneficio directo al sujeto público o un tercero; es decir, no se debe entender el beneficio como un ingreso a la Administración Pública, como, por ejemplo, sucede en uno de los supuestos del delito de exacción ilegal⁽⁶⁶⁾. Si el beneficio está dirigido a un tercero, dicho sujeto debe entenderse de forma amplia, como persona natural o jurídica (privada o pública)⁽⁶⁷⁾; de igual modo, dicho tercero no responde como autor o coautor, pues no posee las cualidades exigidas por el tipo⁽⁶⁸⁾, amén de que no realiza los elementos centrales de la concusión; no obstante, sí podrá responder por el delito de receptación o lavado de activos.

4.6. Carácter indebido

Encontrándonos dentro de un acto mediante el cual el sujeto público induce u obliga a un particular a la entrega de un beneficio, el mismo debe ser entendido como algo no acorde a derecho o la costumbre⁽⁶⁹⁾, por no encontrarse dentro de la misma o por exceder en su monto⁽⁷⁰⁾. Por ende, el bien o beneficio entregado o prometido no tiene asidero legal; por ejemplo, un efectivo

(63) REÁTEGUI SÁNCHEZ (2015:341).

(64) Así, ROJAS VARGAS (2016:174).

(65) ABANTO VÁSQUEZ (2001:292).

(66) En sentido contrario, REÁTEGUI SÁNCHEZ (2015:343).

(67) ABANTO VÁSQUEZ (2001:293). También, ROJAS VARGAS (2016:175). HUGO ÁLVAREZ y HUARCAYA RAMOS (2018:152). Considera que el otro debe ser alguien distinto a la Administración Pública VÍLCHEZ CHINCHAYÁN (2021:248).

(68) Igualmente, SALINAS SICCHA (2014:241).

(69) PORTOCARRERO HIDALGO (1997:147). REÁTEGUI SÁNCHEZ (2015:342). HUGO ÁLVAREZ y HUARCAYA RAMOS (2018:155). De la misma forma, FURIN (2007:87).

(70) ABANTO VÁSQUEZ (2001:295).

policial de tránsito induce a un particular, que no ha realizado delito alguno, a que le entregue una suma de dinero para no llevarlo ante un juez, a fin de que le imponga una pena privativa de la libertad. De otro lado, si el sujeto público utiliza el cargo para realizar un cobro particular (p. e., una deuda), no nos encontraríamos ante una concusión, pues el beneficio debe tener un contenido indebido, fuera de lo legal⁽⁷¹⁾; en dicho acto nos encontraríamos ante un abuso de autoridad.

5. Elemento subjetivo

El delito de concusión, conforme a los parámetros de su redacción, es indudablemente doloso (directo)⁽⁷²⁾, no es posible un supuesto de imprudencia; por tal razón, el sujeto público tiene el deber de conocer los márgenes de sus deberes públicos, siendo uno de ellos el de no abusar de su cargo para obtener beneficios a través de la inducción u obligación a un tercero. Ello, además, por el sentido mismo de sus verbos rectores como son el inducir y el obligar. Es irrelevante que el particular tenga conocimiento de que el bien entregado o prometido esté dirigido a las arcas del Estado⁽⁷³⁾.

Asimismo, consideramos que no se requiere de algún elemento subjetivo adicional, como es el caso del ánimo de lucro⁽⁷⁴⁾, el tipo penal no lo exige, así –p. e.– el sujeto activo puede estropear el bien. Consideramos que no son relevantes los deseos del sujeto activo para la comisión del ilícito⁽⁷⁵⁾, sino que lo primordial es el sentido objetivo que su conducta evidencia; como se mencionó, lo relevante no es el deseo del sujeto público (lo interno e incognoscible), sino los márgenes prohibidos en su actuación pública. No obstante, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que, en el Recurso de Nulidad N° 1433-2007-Madre de Dios, del 3 de marzo de 2008, se requiere de un ánimo de lucro, lo cual no compartimos:

“(…) Quinto.- Que, sin embargo, para poder determinar la configuración del delito objeto de acusación se debe valorar si se cumple los supuestos objetivos y subjetivos del tipo penal contenido en el artículo trescientos ochenta y dos del Código Penal, esto es, que el funcionario o servidor público, abusando de su cargo, obliga o induce a

(71) Así, ROJAS VARGAS (2016:174).

(72) ROJAS VARGAS (2016:176). REÁTEGUI SÁNCHEZ (2015:344). FURIN menciona la imposibilidad de un dolo eventual (2007:88).

(73) ABANTO VÁSQUEZ (2001:290).

(74) Asume la necesidad de un ánimo de lucro SALINAS SICCHA (2014:244). Cfr. PEÑA CABRERA FREYRE (2016:279). HUGO ÁLVAREZ y HUARCAYA RAMOS (2018:149).

(75) En un sentido contrario, ABANTO VÁSQUEZ (2001:295).

una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, de donde se colige que dicho delito es eminentemente doloso donde el agente **busca un ánimo de lucro** ya sea para él o para una tercera persona⁽⁷⁶⁾”.

6. Consumación y tentativa

Somos de la opinión de que en el supuesto de **dar** nos encontramos ante un delito de resultado⁽⁷⁷⁾, ello se desprende del mismo texto legal, pues el obligar o inducir se concretiza con el dar o prometer; tratar de comprender a este ilícito como un delito de mera actividad exigiría del legislador utilizar la técnica legislativa que ya ha utilizado en otras disposiciones legales a través del “para”, como p. e., en el delito de colusión, donde el acuerdo ilícito es “para” defraudar al Estado. Por lo que, si el sujeto público realiza los elementos de inducir u obligar, estos deben concluir con la entrega de un bien o beneficio de valor económico por parte del particular; no obstante, si no logra concretarse, nos encontraríamos ante un supuesto de tentativa⁽⁷⁸⁾, es decir, que a pesar de que el sujeto público realizó todos los actos idóneos para la entrega de un bien o beneficio, conducta penalmente relevante, no consiguió que el particular le entregue algo.

De otro lado, para el supuesto de prometer, consideramos que, igualmente, el sujeto activo debe realizar actos pertinentes (inducir u obligar), para que el particular se determine a realizar una promesa de entrega de bien o beneficio patrimonial; en el caso de que el particular no prometa, el sujeto activo puede responder por tentativa del delito de concusión⁽⁷⁹⁾, debiendo resaltar, como ya lo hemos indicado, que no es necesario que se cumpla o concrete la promesa para la consumación del delito⁽⁸⁰⁾.

En tal sentido, consideramos que no nos encontramos dentro de los delitos de mera actividad⁽⁸¹⁾, como estima cierto sector de la doctrina⁽⁸²⁾, pues no basta con la sola conducta del sujeto público (inducir u obligar), sino que se

(76) Citado por REÁTEGUI SÁNCHEZ (2015:345).

(77) Así, REÁTEGUI SÁNCHEZ (2015:345). Cfr. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, quien considera que nos encontramos ante un delito de peligro concreto (2021:242).

(78) Comparte nuestra posición, al admitir la tentativa, FURIN (2007:88). No considera factible la tentativa PEÑA CABRERA FREYRE (2016:278).

(79) PORTOCARRERO HIDALGO (1997:148). Cfr. REÁTEGUI SÁNCHEZ, quien considera que no es admisible la tentativa en dicho supuesto (2015:346). SALINAS SICCHA (2014:246).

(80) Igualmente, HUGO ÁLVAREZ y HUARCAYA RAMOS (2018:153).

(81) Comparte esta consideración ABANTO VÁSQUEZ (2001:296). Sentido contrario, para el supuesto de prometer, ROJAS VARGAS (2016:175).

(82) PEÑA CABRERA FREYRE (2016:279). ARISMENDIZ AMAYA (2018:385).

requiere una consecuencia a dicha conducta, que el particular entregue o prometa un beneficio económico.

7. Penalidad

La pena para el sujeto activo es de no menor de dos ni mayor de ocho años de pena privativa de libertad y ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Para este ilícito cabe la posibilidad de suspensión de la ejecución de la pena conforme el artículo 57° del Código Penal, a diferencia de otros ilícitos de corrupción donde no es posible la suspensión de la pena (colusión, peculado, cohecho); no obstante, conforme el marco punitivo, que llega hasta ocho años de pena privativa, y al sentido material del ilícito, consideramos que resultaría adecuado que también se impida la suspensión de la pena, debido a que si seguimos la lógica punitiva del legislador –y en el marco del principio de lucha contra la corrupción, acentuado por el Tribunal Constitucional en el Pleno Sentencia 1035/2020–, el delito de concusión cuenta con un marco punitivo similar al del cohecho pasivo, que también se circunscribe a ocho años de pena privativa; es más, para el caso del delito de negociación incompatible, donde también es inaplicable la suspensión de la pena, su marco punitivo máximo es de seis años, menor al del delito de concusión.

De la misma forma, dicha situación se contradice, además, con el carácter represivo del legislador en el ámbito de la ejecución de la pena, el cual de acuerdo al artículo 55° del Código de Ejecución Penal, establece la improcedencia de los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional para aquellos internos que hayan cometido delitos vinculados a la concusión.

8. Autoría y participación

Al encontrarnos ante un delito de infracción de deber especial⁽⁸³⁾, autor será el sujeto público, los demás sujetos que intervienen en la comisión del delito podrán ser cómplices o instigadores⁽⁸⁴⁾; por ejemplo, si el tercero (un amigo u otro) desde el inicio coordina con el sujeto público para recibir el beneficio patrimonial que será entregado por el particular, producto de la inducción u obligación, cometerá el delito de concusión a título de cómplice primario si efectivamente recibe dicho beneficio. Si no se realiza dicho acuerdo previo entre el tercero y el sujeto público, pero sí recibe el beneficio con posterioridad a los actos desarrollados por el sujeto activo, podríamos encontrarnos

(83) Comparte dicho parecer VÍLCHEZ CHINCHAYÁN (2021:249).

(84) Igualmente, REÁTEGUI SÁNCHEZ (2015:343).

ante un delito de recepción⁽⁸⁵⁾ por parte del tercero o lavado de activo si es que se llegase a realizar alguno de los elementos establecidos en el Decreto Legislativo N° 1106.

No debemos olvidar que nos encontramos ante un delito de participación necesaria, específicamente, delito de encuentro, donde el particular al que se le obliga o induce se encuentra en una relación de inferioridad en relación con el sujeto público; por ello, en un inicio dicho particular no es merecedor de sanción penal (como sucede en los casos de estafa o bigamia).

De otro lado, no compartimos la posibilidad de la figura de la autoría mediata⁽⁸⁶⁾, pues, como se mencionó, nos encontramos ante un delito de infracción de deber especial; además, si seguimos los parámetros de la autoría mediata por coacción o engaño, el instrumento realiza el acto material exigido por el tipo penal; empero, en el caso de la concusión, el particular no realiza acto material alguno que facilite la comisión del delito, sino que en su posición se le extrae un beneficio patrimonial.

9. Concurso

Para el caso de concurso de delitos, apreciamos que no encontramos en inicio un concurso con el delito de **cohecho pasivo**⁽⁸⁷⁾ en sus supuestos de solicitar, recibir o aceptar, pues en dichos casos el centro de atención gira en torno al torcimiento de la función pública; es decir, el particular tiene pleno conocimiento de que el marco de los actos realizados es ilícito. Para el caso del supuesto de condicionar su función en el delito de cohecho pasivo, consideramos que gira en torno a la privatización de la conducta pública, es decir, se espera del sujeto público un acto ilícito (puede ser, infringiendo o no su función), en tanto que en la concusión se ciñe a la entrega de un bien sin que se privatice la función pública, sin esperar nada del sujeto activo⁽⁸⁸⁾. Un gran sector de la doctrina también menciona como diferencia que en el delito de cohecho nos encontramos ante un delito bilateral, mas no en la concusión⁽⁸⁹⁾.

(85) Así, ROJAS VARGAS (2016:175).

(86) Lo comprende como autoría mediata GONZALES CIEZA y TORRES PACHAS (2019:147). No considera posible la autoría mediata PEÑA CABRERA FREYRE (2016:271).

(87) Sobre los alcances del delito de cohecho pasivo, véase ampliamente a MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (2018). Cohecho pasivo propio: Análisis del elemento “aceptar”. Comentarios al Acuerdo Plenario N° 01-2005/ESV-22 (Recurso de Nulidad N° 1091-2004-Lima). En: *Revista Ius Puniendi Sistema Penal Integral*. Año I, N° 6. Ene. - feb. 2018. pp. 335-358.

(88) Igualmente, REÁTEGUI SÁNCHEZ (2015:352).

(89) REÁTEGUI SÁNCHEZ (2015:351). También VÍLCHEZ CHINCHAYÁN (2021:237).

Otro posible concurso, aunque ya se dieron algunos matices *ut supra*, lo encontramos con el delito de **coacción**; no obstante, el bien jurídico protegido, a diferencia de la concusión, gira en torno a la libertad ambulatoria, además que, en la concusión, el sujeto activo hace uso de su relación con la Administración Pública. Además, la conducta no requiere, como sucede normalmente en la coacción, de una amenaza contra la integridad física del particular. Más allá de ello, como menciona Reátegui Sánchez, al encontrarnos ante un concurso aparente de normas, sobre la base del principio de concusión, se aplicará el delito de concusión⁽⁹⁰⁾.

Para el caso de la **extorsión**, consideramos que la principal diferencia se ciñe a la intensidad del medio, la amenaza requerida por el sujeto activo en la extorsión se enmarca en una *violencia o amenaza grave a la integridad o libertad del particular*, donde el temor originado se relaciona con el uso de la fuerza física, en tanto que, en el supuesto de la concusión, se requiere de un constreñimiento vinculado a la cualidad del sujeto público.

En el caso de que el funcionario solicite un beneficio sexual, y el mismo se concretiza, nos encontraríamos dentro del delito de **violación sexual**. En tanto que, si el beneficio lo ofrece el particular, consideramos que nos encontramos ante un delito de cohecho activo.

III. BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. (2001). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra Editores.
- ARISMENDIZ AMAYA, Eliu (2018). *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto pacífico.
- ESCOBAR LÓPEZ, Edgar (2017). *Delitos contra la Administración Pública*. Medellín, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- FURIN, Novelio (2007). *I reati dei pubblici amministratori*. Plasencia, Casa Editrice La Tribuna-CELT.
- GACETA JURÍDICA (2013). *Delitos contra la Administración Pública en la jurisprudencia*. Lima, Gaceta Jurídica.

(90) Igualmente, REÁTEGUI SÁNCHEZ (2015:347).

- GARLAND, David (2005). *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona, Editorial Gedisa.
- GONZALES CIEZA, Marie Melisa y TORRES PACHAS, David Ricardo (2019). Reflexión y análisis del delito de concusión en el Código Penal peruano. En: *Revista de Derecho YACHAQ* (en línea). Centro de Investigación de los Estudiantes de Derecho (CIED) Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, N° 10. Visto por última vez: <http://www.ciedcusco.com/wp-content/uploads/2020/04/10.-David-Ricardo-Torres-Pachas-Reflexi%C3%B3n-y-an%C3%A1lisis-del-delito-de-concusi%C3%B3n-en-el-c%C3%B3digo-penal-peruano.pdf>
- HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty (2018). *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Lima: Gaceta Jurídica.
- LLAMOJA HILARES, Giuliana y SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson (dir.) (2020). *Comentarios sistemáticos y desarrollo jurisprudencial al Código Penal peruano (una nueva interpretación a partir de la teoría de la infracción de deber)*. Vol. 2. Lima, Editores del Centro.
- MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (2018). Cohecho pasivo propio: Análisis del elemento “aceptar”. Comentarios al Acuerdo Plenario N° 01-2005/ESV-22 (Recurso de Nulidad N° 1091-2004-Lima). En: *Revista Ius Puniendi Sistema Penal Integral*. Año I, N° 6. Ene. - feb. 2018. pp. 335-358.
- MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (2019). *Delito colusión: Doctrina y jurisprudencia*. Lima: Editores del Centro.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2016). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Instituto Pacífico.
- PORTOCARRERO HIDALGO, Juan (1997). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima, Editorial Jurídica Portocarrero.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2016). *El delito de negociación incompatible y de patrocinio ilegal*. Lima: Editorial Lex & Iuris.
- ROJAS VARGAS, Fidel (2016). *Manual operativo de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis.

- SALINAS SICCHA, Ramiro (2014). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando (2018). Concusión y corrupción: su delimitación en el Derecho Penal español. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Revisado por última vez en: <http://criminnet.ugr.es/recpc>
- VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (2021). *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro.

EL DELITO DE PATROCINIO ILEGAL DE INTERESES DE PARTICULARES ANTE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

DAVID ROSALES ARTICA^(*)

I. APUNTES PRELIMINARES

En el Perú, el delito de patrocinio ilegal aparece recién en el Código Penal⁽¹⁾ de 1991, es decir, no fue tipificado en el CP de 1863 ni tampoco en el de 1924⁽²⁾. Regulado en el art. 385 del CP, en este ilícito será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas, **“el que, valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público, patrocina intereses de particulares ante la Administración Pública”**.

El delito se encuentra ubicado dentro del Título XVIII denominado: Delitos contra la Administración Pública, concretamente al interior del Capítulo II intitulado: Delitos cometidos por funcionarios públicos y, específicamente, en la Sección II que tiene como *nomen iuris* el de Concusión. Aquí comparte lugar con los delitos de concusión, cobro indebido y colusión simple y agravada.

Precisamente, su emplazamiento en el CP ha conducido a la “creencia” de que se trata de una “modalidad” del delito de concusión⁽³⁾. Sin embargo, ya Abanto Vásquez explicó que la concusión⁽⁴⁾ es “extorsión cumplida por quien ostenta el poder y se vale de él para hacerlo, debiendo la víctima prestar la cosa que se le exige como exclusiva consecuencia del terror infundido y no por otra causa”, en tal sentido, indicó, el delito de patrocinio ilegal “no tiene

(*) Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster y doctorando por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad de San Martín de Porres. Fundador del Estudio Jurídico Rosales Artica Abogados.

(1) En adelante: CP.

(2) ROJAS VARGAS, Fidel. (2021) *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª ed. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, p. 609

(3) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. (2016) *El delito de negociación incompatible y de patrocinio ilegal de intereses privados*. Lima: Lex & Iuris. p. 88

(4) Término que la RAE define como la “exacción arbitraria hecha por un funcionario público en provecho propio”.

nada que ver con una concusión o fraude, pues si bien es unilateral, le falta el elemento del lucro propio o perjuicio para otros”⁽⁵⁾.

Descartada la comprensión del delito de patrocínio ilegal como “modalidad” del delito de concusión⁽⁶⁾, resta decir que le es aplicable la “extensión de punibilidad” prevista en el art. 386 del CP; según este, las disposiciones del delito de patrocínio ilegal –al igual que la colusión– son aplicables a 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”⁽⁷⁾.

En cuanto a las normas penales extranjeras a las que habría recurrido el legislador peruano para incorporar el delito de patrocínio ilegal en el CP, se indica que lo son el CP brasileño de 1940 (art. 321), el CP italiano de 1930 (art. 324) y el CP colombiano de 1980 (art. 157)⁽⁸⁾. También se afirma que posee “lígeras semejanzas” con el art. 441 del CP español de 1995⁽⁹⁾.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La protección de la Administración Pública mediante el Derecho Penal se encuentra justificada por tratarse de un “elemento básico de la configuración actual de la sociedad”⁽¹⁰⁾. Esta aseveración tiene sustento en el art. 44 de la Constitución Política peruana que, al referirse a los “Deberes del Estado”, menciona como “primordial” el “promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”.

(5) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. (2003) *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª ed. Lima: Palestra Editores. p. 282.

(6) Ya ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 281, ha criticado al legislador nacional por haber juntado conductas muy distintas bajo el epígrafe confuso de “concusión”.

(7) Texto conforme a la modificación efectuada por el art. 1 de la Ley N° 26643, publicada con fecha 26/6/1996.

ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., pp. 327 y 330, se muestra particularmente crítico con la vinculación del art. 386 CP con el patrocínio ilegal.

(8) Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 320; ROJAS VARGAS, Op. cit., pp. 609 y 623.

(9) Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 321; ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 609.

En el art. 441 del CP español se dice: La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las leyes o reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa, incurrirá en las penas de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de dos a cinco años.

(10) SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. “Los delitos consistentes en la infracción de un deber, particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios”. En: Suárez González, Carlos y Silva Sánchez, Jesús María. *La dogmática penal frente a la criminalidad en la Administración Pública y otros problemas actuales del Derecho Penal*. Grijley, Lima, 2001.

Ahora bien, tanto en doctrina como desde la jurisprudencia, goza de amplio consenso sostener que en los delitos contra la Administración Pública se tutela su “correcto funcionamiento”, entendido como el “cumplimiento de unos mínimos⁽¹¹⁾, por parte de [esta] a la hora de servir a los intereses generales”⁽¹²⁾. Así, pues, se le protege en cuanto “bien funcional” y no como un ente abstracto distanciado de su función social.

También es opinión unánime la que indica que son diversos los intereses vinculados al correcto funcionamiento de la administración, los que finalmente se tutelan en cada uno de los delitos que atentan contra ella, siendo necesario identificarlos e individualizarlos.

Así las cosas, en el escenario de la doctrina local que ha estudiado el delito de patrocinio ilegal, Abanto Vásquez señala que “lo único que la conducta del sujeto activo podría realmente afectar sería la ‘libertad’ o ‘tranquilidad’ del ejercicio funcional de otros funcionarios”⁽¹³⁾, esto es, el “**desempeño de funciones normal, imparcial y libre de presiones de otros funcionarios**”⁽¹⁴⁾.

Por su parte, Rojas Vargas indica que se trata de “preservar tanto el **principio de igualdad ante la Administración Pública** como igualmente preservar, en consecuencia, el **prestigio** –en tanto valor normativo ideal– **que debería mantener siempre la Administración Pública**, que se ve atacada, desde dentro, con los actos de patrocinio de sus propios agentes”⁽¹⁵⁾.

Salinas Siccha manifiesta que “la represión penal se fija en el torcimiento de la actuación pública que debe estar orientada a velar por el interés de la administración y no ser desplazada por el interés a favor de particulares”, esto es, “superpone los intereses privados sobre los estatales”⁽¹⁶⁾, en consecuencia, se tutela “**el prestigio, la imparcialidad y el decoro de la Administración Pública**”⁽¹⁷⁾.

Esta posición se encuentra también en lo sostenido por Reátegui Sánchez, quien declara que se custodia “**el prestigio, la imparcialidad y el decoro de la Administración Pública**”⁽¹⁸⁾, lo que en su opinión consiste en “evitar que el funcionario actúe en aras de satisfacer intereses particulares ajenos a los

(11) SUÁREZ GONZÁLEZ, Op. cit., p. 162, entiende estos “mínimos” desde la perspectiva político-criminal como “interés básico para la pervivencia del sistema político-social”.

(12) SUÁREZ GONZÁLEZ, Op. cit., p. 162.

(13) ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 285.

(14) ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 322.

(15) ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 613.

(16) SALINAS SICCHA, Ramiro. (2019) *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª ed. Lima: Iustitia.p. 392.

(17) SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 395.

(18) REÁTEGUI SÁNCHEZ, Op. cit., p. 88.

de la función o servicio público que ejerce y representa”⁽¹⁹⁾. En su opinión, se trata de que “los poderes e investiduras que esta otorga a sus funcionarios y servidores públicos no sean empleados para generar posiciones de ventaja y privilegios a usar indebidamente en perjuicio de los demás ciudadanos que no cuentan con tal apoyo, así como también procurando el normal desempeño de funciones, imparcial y libre de presiones de otros funcionarios”⁽²⁰⁾.

Desde otro enfoque, Martínez Huamán afirma que se protege “**la expectativa que la sociedad tiene sobre el adecuado uso de la investidura o cargo por parte de funcionario o servidor público**, específicamente no utilizarlo a favor de interés particular ante la Administración Pública”⁽²¹⁾, es decir, “el funcionario tiene que velar por los intereses públicos, mas no por un interés particular”⁽²²⁾.

En este abanico de opiniones, considero que si el desvalor del acto en el delito de patrocinio ilegal yace en el hecho de que el funcionario o servidor público **se vale de su calidad** para patrocinar intereses de particulares; en consecuencia, lo que se tutela es “el debido uso de la calidad (condición) de agente público”.

Lo mencionado se encuentra también conectado con la comprensión del delito de patrocinio ilegal, tal como anota Rojas Vargas, como un “delito de prevalimiento”, pues expresa un aprovechamiento de la calidad pública como vía o instrumento para gestionar, promocionar o defender intereses particulares ante la Administración Pública⁽²³⁾.

En línea de lo acabado de exponer, considero necesario plantear la reforma del CP con respecto a los delitos de “abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios”⁽²⁴⁾ (art. 376-A CP), “patrocinio ilegal” (art. 385 CP) y “negociación incompatible”⁽²⁵⁾ (art. 399 CP). Estos tienen como eje común “el aprovechamiento indebido del cargo público”; sin embargo, al

(19) REÁTEGUI SÁNCHEZ, Op. cit., p. 87.

(20) REÁTEGUI SÁNCHEZ, Op. cit., pp. 88-89.

(21) MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl. “Delito de patrocinio ilegal: análisis del art. 385 del CP”. En: MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl (director). (2020) *La corrupción. Criminología, Derecho Penal. Parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal*. Lima: Editores del Centro, p. 390.

(22) MARTÍNEZ HUAMÁN, Op. cit., p. 393.

(23) Cfr. ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 622.

(24) Este delito fue incorporado al CP por el art. 1 de la Ley N° 27722, “Ley que incorpora el art. 394-A al Código Penal”, publicada con fecha 14/05/2002, ubicándose en el art. 394-A de la Sección IV denominada Corrupción de Funcionarios del Capítulo II.

Ulteriormente, este delito fue reubicado y reformado como art. 376-A en la Sección I, Abuso de Autoridad, del Capítulo II por disposición del art. 2 de la Ley N° 28355, “Ley que modifica diversos artículos del Código Penal y de la Ley Penal contra el Lavado de Activo”, publicada con fecha 6/10/2004.

(25) Acerca de este delito, véase ROSALES ARTICA, (2021) *El delito de negociación incompatible con el ejercicio de la función pública*. Lima: Editores del Centro.

día de hoy se encuentran en diferentes secciones, dando a entender que se trata de “modalidades” de abuso de autoridad (Sección I), concusión (Sección II) y corrupción de funcionarios (Sección IV), respectivamente.

Este incorrecto tratamiento legislativo dificulta identificar la concreta faceta del correcto funcionamiento de la administración que se pretende tutelar con ellos tanto como sus alcances típicos. Es por ello que deben ser agrupados en una misma sección del Capítulo II del CP, que contiene los delitos contra la administración cometidos por funcionarios públicos.

III. DELITO DE PELIGRO ABSTRACTO

En la doctrina nacional se sostiene que el patrocinio ilegal es un delito de “peligro”⁽²⁶⁾. Asimismo, en el contexto de la conocida clasificación entre delitos de peligro concreto y abstracto, se afirma que el art. 385 del CP es un delito de peligro “abstracto”⁽²⁷⁾.

Esta conclusión es apoyada en el hecho de que, para su consumación, es indiferente si el patrocinio genera o no ventajas al Estado⁽²⁸⁾; no interesa la licitud o legitimidad del interés patrocinado⁽²⁹⁾; es irrelevante el móvil o la finalidad que impulsan a actuar al funcionario o servidor público⁽³⁰⁾; y tampoco es indispensable que el patrocinio sea exitoso o no⁽³¹⁾, suponga beneficio patrimonial o no⁽³²⁾.

IV. ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

Atendiendo a la descripción del hecho punible previsto en el art. 385 del CP, podemos sostener que:

1. Sujeto activo

El delito de patrocinio ilegal es uno de sujeto activo especial, pues solo puede ser su autor un funcionario o servidor público —de los definidos en el art. 425 del CP—.

(26) Cfr. ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 622; SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 397.

(27) REÁTEGUI SÁNCHEZ, Op. cit., pp. 98 y 101.

(28) Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 324; SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 391.

(29) Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 322; SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 392; MARTÍNEZ HUAMÁN, Op. cit., p. 398; REÁTEGUI SÁNCHEZ, Op. cit., p. 99.

(30) Cfr. SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 392; MARTÍNEZ HUAMÁN, Op. cit., p. 407; REÁTEGUI SÁNCHEZ, Op. cit., p. 99.

(31) Cfr. ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 619.

(32) Cfr. SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 391; REÁTEGUI SÁNCHEZ, Op. cit., p. 102.

Dado que no existe un tipo penal común paralelo a este ilícito, diremos también que se trata de un delito especial propio. De esta manera, como pone de manifiesto Abanto Vásquez, se trata de un ilícito de “investidura”⁽³³⁾.

El delito puede ser realizado por cualquier funcionario o servidor público. No se requiere una competencia del agente en relación con algún ámbito específico de la administración⁽³⁴⁾. Así se reconoce en el R.N. N° 666-2016/Áncash⁽³⁵⁾, en donde se señala que este ilícito: “solo requiere que el agente sea un funcionario o servidor público, sin ninguna función específica en relación a interés particular alguno, y que patrocine esos intereses ante la Administración” (f.D. décimo segundo).

2. Sujeto pasivo

El patrocinio ilegal es un delito contra la Administración Pública cometido por funcionarios o servidores públicos; en consecuencia, sujeto pasivo será el Estado, concretamente la institución o dependencia estatal a la que pertenece el sujeto activo⁽³⁶⁾.

3. Conducta típica

El delito de patrocinio ilegal es un delito de acción dolosa⁽³⁷⁾. Ahora bien, son dos las condiciones que le otorgan sentido al tipo penal: en primer lugar, la presencia de un funcionario o servidor público que se vale de su calidad y, en segundo lugar, que en virtud de ello patrocine intereses de particulares ante la administración.

Precisamente, en la Casación N° 226-2012/Lima (ponente: Pariona Pas-trana) se precisa que ambas condiciones deben interpretarse de forma conjunta

(33) ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 328.

(34) Cfr. también MARTÍNEZ HUAMÁN, Op. cit., p. 391. A esta situación, ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 614, denomina: “vinculación funcional flexible o amplia”.

(35) De fecha 29/05/2017.

(36) Así también ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 614.

(37) En ese sentido opinan, ROJAS VARGAS, Op. cit., pp. 615 y 622, quien se refiere a “la imposibilidad de modalidades omisivas”; SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 393, “por la redacción de la fórmula legislativa, la conducta solo se realiza por comisión. Es imposible que se realice por una conducta omisiva”; y REÁTEGUI SÁNCHEZ, Op. cit., p. 98, “solo puede ser admitido la forma comisiva (delito de acción), rechazándose la modalidad omisiva propia o simple, desde que el verbo rector (‘patrocinar’) del artículo 385° del Código Penal hace alusión, en primera instancia, a conductas desplegadas de carácter positivas-causales”.

Ahora bien, coincidimos con ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 326; quien señala que: “la omisión impropia es posible teóricamente, pero difícil en la práctica por tratarse de las propias funciones”.

Al respecto, ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 620 precisa que es imposible referirnos a este delito a un patrocinio por omisión impropia.

(f.D. décimo primero) y que a partir de ello se definirá la conducta típica (f.D. décimo primero)

3.1. Actuar valiéndose de la calidad de funcionario o servidor público

El delito de patrocínio ilegal debe ser visto como un “delito de prevalimiento”⁽³⁸⁾, pues expresa un aprovechamiento de la **calidad** de funcionario o servidor público para ponerlo a disposición de intereses de particulares, sean personas naturales o jurídicas⁽³⁹⁾.

En la doctrina nacional esta posición es asumida por Martínez Huamán, quien indica que: “El agente realiza un abuso de su **cualidad** de funcionario público, mas no de sus funciones”⁽⁴⁰⁾ y también lo es por Abanto Vásquez cuando precisa que: “Se trata del ‘abuso de la **condición** de funcionario’”⁽⁴¹⁾, o Salinas Siccha al señalar que: “Lo que se sanciona penalmente es el aprovechamiento de la **calidad** poseída por el funcionario o servidor público. Valerse del cago es hacer prevalecer la calidad e investidura poseída”⁽⁴²⁾.

Sin embargo, en el caso de estos dos últimos autores encuentro un error cuando amplían el alcance del tipo penal para incluir el “**abuso del cargo**”, “de la “**investidura**” para defender intereses particulares”⁽⁴³⁾ o “la **instrumentalización de las funciones** públicas para la obtención de fines distintos o contrarios a los generales”⁽⁴⁴⁾ o manifestar que “el agente actúa **abusando del cargo público** que ostenta”⁽⁴⁵⁾.

Esta crítica que cabe dirigirla también contra Rojas Vargas cuando señala que: “Se trata de un típico **abuso de cargo** por mal uso del mismo con base en incompatibilidades administrativas”⁽⁴⁶⁾; y también contra Reátegui Sánchez cuando declara que: “Valerse del cargo implica hacer prevalecer la condición especial de funcionario o servidor público. El sujeto activo **abusa del cargo público** que ostenta, utiliza su condición especial, sus calidades en el orden social, tendenciosa o abusivamente, para privilegiar a particulares”⁽⁴⁷⁾. En el caso de este último autor, conecta la idea de “**abuso**” con la de “**instrument-**

(38) Cfr. ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 622.

(39) Cfr. ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 615.

(40) MARTÍNEZ HUAMÁN, Op. cit., p. 396.

(41) ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 322.

(42) SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 394.

(43) ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 322.

(44) SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 393.

(45) SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 393.

(46) ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 609.

(47) REÁTEGUI SÁNCHEZ, Op. cit., p. 94.

talización”: “Supone la **instrumentalización de las funciones** públicas para la obtención de fines distintos o contrarios a los generales”, esto es, “vendría a tipificar la calidad de *gestor de intereses particulares*”⁽⁴⁸⁾.

A mi modo de ver, estas afirmaciones no son de recibo, pues la primera condición del delito de patrocinio ilegal apunta exclusivamente a la idea de que el agente estatal **se vale de su calidad** para patrocinar intereses de particulares ante la administración y no del cargo que desempeña, ni tampoco de sus funciones. La estricta observancia del principio de legalidad y la inaplicabilidad de la analogía avalan esta conclusión (art. 139, inciso 9, de la Constitución Política y artículo III del Título Preliminar del CP).

En ese contexto, además, entiendo que son destinatarios del art. 385 del CP **todos** los funcionarios o servidores públicos y no solo aquellos que puedan ostentar algún tipo de superioridad o influencia o capacidad de ejercer coacción o presión sobre otros agentes estatales.

El desvalor del acto en el delito de patrocinio ilegal yace, concretamente, en que el funcionario o servidor público se vale de su condición de tal para patrocinar intereses de particulares. Esto deja fuera del alcance del tipo penal las “**influencias**” que pudiera ejercer el agente en el ámbito de la administración estatal, caso para el que es de aplicación el art. 400 del CP que tipifica el delito de tráfico de influencias.

En el sendero opuesto se tiene lo sostenido por la Corte Suprema en la Casación N° 226-2012/Lima: “El acceso de una persona a la función o al servicio público le da una serie de prerrogativas que lo colocan –con relación a un particular– en una posición privilegiada al interior de la Administración Pública. Es gracias a esa función que él puede ejercer directamente el poder conferido a su persona dentro de los límites de su función. Asimismo, en razón del cargo, él puede tener algún tipo de influencia, directa o indirecta, sobre otro funcionario público” (f.D. décimo segundo).

En efecto, desde la doctrina y la jurisprudencia podría contestarse a este planteamiento indicando que estamos colocando el énfasis en la función pública en abstracto y no en la función pública en relación con la importancia para la misma con el interés patrocinado (Casación N° 226-2012/Lima; f.D. décimo segundo); sin embargo, debemos defender la idea de que la “idoneidad” del cargo para que realmente un funcionario pueda “influir” sobre otro no forma parte del alcance del tipo penal –principio de legalidad de los delitos–, pues

(48) REÁTEGUI SÁNCHEZ, Op. cit., p. 87.

este reclama únicamente que se tenga la cualidad de agente público y que, valiéndose de ella, lleve a cabo los actos de patrocínio.

Prueba de ello es que el delito de patrocínio ilegal puede ser cometido incluso por un funcionario público que se encuentre suspendido o no se encuentra ejerciendo su cargo⁽⁴⁹⁾. En estos casos puede que su capacidad de “influencia” sobre otros funcionarios haya decaído; sin embargo, ello no es óbice para que sabiéndose tal decida patrocinar intereses de particulares ante la administración, razón más que suficiente para afirmar la realización del art. 385 del CP.

Paradigmático en este sentido se muestra lo prescrito en el inciso 2 del art. 359 del Código Procesal Penal, pues aquí se indica que la licencia o goce de vacaciones de los jueces no les impide participar en la deliberación y votación de la sentencia. Así, si un magistrado con licencia puede tener tal intervención oficial, también podría ocurrir que, encontrándose en tal condición, cometa el delito de patrocínio ilegal. Reiteramos aquí que no es la influencia o la capacidad de ejercer influencia en la administración la que define el alcance del tipo penal, sino el concreto hecho de valerse de la condición de agente estatal para patrocinar intereses de particulares. Si bien puede que la entrega de tarjetas, recomendaciones y presentaciones personales sean actos típicos del delito en comento, pues con ello hay un funcionario que busca influir en otro agente público⁽⁵⁰⁾; empero, estos actos no recortan el alcance del tipo penal. Como ya fue mencionado *supra*, el art. 385 del CP se configura con independencia del éxito o no del patrocínio.

3.2. Patrocinar intereses de particulares ante la Administración Pública

3.2.1. Patrocinar

La acción de “patrocinar” ha sido definida de diferentes modos por la doctrina nacional. Así, Abanto Vásquez indica que por tal se entienden las acciones de “representar, litigar, gestionar”⁽⁵¹⁾. Asimismo, Salinas Siccha destaca que son típicos los actos de “defender, representar o interceder por sí mismo o por intermedio de terceros, intereses debidos o no debidos de particulares ante la Administración Pública”⁽⁵²⁾. Por su parte, Martínez Huamán manifiesta que se trata de “actos de defender, aconsejar, asesorar, representar o interceder por sí mismo o por intermedio de terceros, intereses debidos o indebidos

(49) En la doctrina nacional, ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 614, y REÁTEGUI SÁNCHEZ, Op. cit., p. 92, solo consideran al funcionario o servidor público en ejercicio de su cargo.

(50) Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 324.

(51) ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., pp. 323-324.

(52) SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 390.

de particulares ante la Administración, propios de una gestión firme por hacer prevalecer el interés ajeno”⁽⁵³⁾.

También en el ámbito de la jurisprudencia local existen definiciones acerca de “patrocinar”. Tenemos el caso del R.N. N° 666-2016/Áncash⁽⁵⁴⁾, en donde se señala que: “El funcionario patrocina, es decir, promueve, favorece, auspicia o recomienda intereses particulares, ajenos a la Administración” (f. 12)

Está también la Casación N° 226-2012/Lima, en donde se indica que: “La acción de patrocinar se refiere a todo suceso que permita la mejora de una determinada situación jurídica, la cual puede expresarse en el asesoramiento o en la defensa” (f. D. décimo tercero). Se precisa, además, que el acto de patrocinio por excelencia es la “defensa”, la cual “implica que el sujeto activo haga suya la causa y trate de que la postura asumida prevalezca frente a otras posibles posturas, para lo cual abogará por la misma de forma necesariamente directa” (f. D. décimo tercero)

Ahora bien, desde mi punto de vista, el acto de patrocinar debe ser entendido como “defender, proteger, amparar, favorecer” (RAE) intereses de particulares ante la administración. En tal sentido, y como señala Abanto Vásquez, “tiene que quedar fuera del tipo la conducta que implica una simple orientación a un particular, un asesoramiento sin intervención ante la Administración Pública [pues] el simple asesoramiento no perturba aún la libertad de ejercicio del otro funcionario”⁽⁵⁵⁾.

En la misma línea, Salinas Siccha destaca que quedan fuera del ámbito de lo típico “simples consejos, ilustración, pareceres o asesoramiento no vinculante que puede muy bien realizar cualquier funcionario o servidor público”⁽⁵⁶⁾; mientras que para Martínez Huamán son atípicos los “simples comentarios, ilustraciones genéricas, discursos, artículos o publicaciones no vinculantes, que puede muy bien realizar cualquier funcionario o servidor público”⁽⁵⁷⁾, también las “meras recomendaciones genéricas e imprecisas”⁽⁵⁸⁾, así como “supuestos en los que el funcionario o servidor público realiza actividades privadas vinculadas a intereses propios o familiar”⁽⁵⁹⁾.

(53) MARTÍNEZ HUAMÁN, Op. cit., p. 402.

(54) De fecha 29/5/2017.

(55) ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 324.

(56) SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 390.

(57) MARTÍNEZ HUAMÁN, Op. cit., p. 401.

(58) MARTÍNEZ HUAMÁN, Op. cit., p. 393.

(59) MARTÍNEZ HUAMÁN, Op. cit., p. 392.

Estando a ello, no es de recibo lo señalado en la Casación N° 226-2012/ Lima, en el sentido de que la acción de patrocinar implica todo suceso que permita la mejora de una determinada situación jurídica, la cual puede expresarse en el “asesoramiento”, lo que define como “todas aquellas conductas que impliquen un consejo –de cualquier índole– para mejorar la posición de una persona o una situación. Es importante resaltar que el consejo emitido implica una opinión directa y concreta sobre una acción a tomar que redunde en el interés del particular ante la Administración Pública” (f. D. décimo tercero).

Si “asesorar” es entendido como el dar consejo o dictamen (RAE); entonces, en el marco del delito de patrocinio ilegal estamos ante un acto sin intervención ante la Administración Pública, con lo cual no hay un indebido uso de la condición de agente público y no se afecta el correcto funcionamiento de aquella. Ello, incluso, con independencia de si el asesoramiento –en los términos en que se le definió–, finalmente, fue exitoso o no.

Es importante que quede claro que, si asesorar se considera un acto típico del delito de patrocinio ilegal, entonces, se inobservaría el artículo III del Título Preliminar del CP que prohíbe el uso de la analogía para calificar el hecho como delito, y también el art. 139, inciso 9, de la Constitución Política que afirma el principio de la inaplicabilidad por analogía de la ley penal.

Ya desde otro ángulo del análisis del delito de patrocinio ilegal diremos que no se requiere un “patrocinio directo”, pues el tipo penal no exige que el funcionario o servidor público acuda por él mismo hacia el funcionario sobre quien recaería el acto de patrocinio, sino que se “valga de su calidad de funcionario” para “patrocinar”⁽⁶⁰⁾.

Asimismo, la doctrina nacional precisa que el patrocinio puede ser expreso o disimulado; formal e informal⁽⁶¹⁾; gratuito o remunerado⁽⁶²⁾. También, como

(60) Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 324.

De opinión contraria es Rojas Vargas, Op. cit., p. 619, quien señala que: “la norma penal peruana... solo ha contemplado el patrocinio directo, no regulando el caso de valerse el funcionario de tercera perdonada (sic) para cometer el delito, lo cual, sin embargo, no cierra la tipicidad, pues al tratarse de un delito de infracción de deber es usual que el fáctico del comportamiento pueda ser llevado a cabo por un *extraneus* o intermediario que actúa a nombre del sujeto público”.

(61) SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 391; MARTÍNEZ HUAMÁN, Op. cit., p. 404.

Contrariamente se muestra ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 323; quien indica: “Pero el funcionario deberá haberse identificado como tal; no interesa si la intervención busca algo legítimo o no, sino el ‘uso indebido’ de la ‘autoridad’ que reviste el cargo de funcionario”.

(62) SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 391.

Respecto a esto último, MARTÍNEZ HUAMÁN, Op. cit., p. 407, enseña que: “El sujeto activo no debe brindar una dádiva o beneficio al funcionario competente, pues bajo dicho supuesto nos encontramos ante un delito de cohecho activo”.

indica Martínez Huamán, “el patrocinio realizado debe estar vinculado o conectado con el interés del tercero particular”⁽⁶³⁾.

Finalmente, “se exige la verificación de actos concretos ante la Administración Pública que impliquen una intervención a favor de intereses particulares, sea que estos actos se realicen de manera personal o a través de cualquier otro medio (un tercero, por teléfono, mediante un escrito, etc.)”⁽⁶⁴⁾.

3.2.2. Intereses de particulares

Los “particulares” en el delito de patrocinio ilegal serán una persona natural o jurídica, nacional o extranjera⁽⁶⁵⁾. No es típico el “autopatrocinio”⁽⁶⁶⁾.

Un interesante caso se presenta cuando se patrocinan intereses de otros funcionarios públicos. Mientras que, en la doctrina nacional, Rojas Vargas considera dejar fuera “la posibilidad de configurar delito cuando el sujeto activo patrocina intereses de otros agentes públicos”⁽⁶⁷⁾; en el ámbito de la jurisprudencia local, llama la atención una interesante decisión de la Corte Suprema recaída en la Casación N° 226-2012/Lima⁽⁶⁸⁾, que considero pertinente esbozar en sus principales puntos:

José Enrique interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista que confirmó la sentencia de primera instancia que lo condenó como autor del delito de patrocinio ilegal.

La imputación fiscal señalaba que José Enrique, entre los meses de marzo y mayo del año 2010, en su condición de secretario general de la Empresa Perupetro S.A., se valió de dicho cargo para patrocinar como abogado de los intereses particulares de Daniel Antonio, en un proceso judicial seguido ante un juzgado penal especial.

José Enrique consideró que el tipo exige “el patrocinio de intereses de particulares” y no el “patrocinio de intereses particulares”. Para

(63) MARTÍNEZ HUAMÁN, Op. cit., p. 403.

(64) ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 323.

(65) Cfr. ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 619; SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 393.

(66) SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 393; ROJAS VARGAS, Op. cit., pp. 614, 619 y 620.

(67) ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 615. Aun cuando luego –p. 619– señala que: “Se consideran intereses de particulares aquellos que por definición no son los de la Administración Pública o, en un caso extremo, los que resultan incompatibles con los que caracterizan los intereses públicos, ello sin perjuicio de que dichos intereses estén siendo ventilados en la entidad pública”.

(68) De fecha 26/9/2013, ponente: PARIONA PASTRANA.

él, al ser Daniel Antonio un funcionario público y no un particular, no podría configurarse el delito que le es imputado.

La casación fue concedida para desarrollo de doctrina jurisprudencial en cuanto a los elementos típicos del delito de patrocinio ilegal referidos a “valerse del cargo” y “patrocinio de intereses de particulares”.

En el desarrollo de la casación se alude al elemento típico “intereses de particulares” y se indica que se hace referencia directa de todo aquello que pueda ser pretendido por una persona que no pertenezca a la Administración Pública (f.D. décimo tercero)

No obstante, a continuación, se señala: **La condición de particular no depende de si la persona es un funcionario público o es una persona ajena a la Administración Pública, sino que está en función directa de la relación que ella tiene con el sector de la Administración Pública en el que se le va a favorecer** (f.D. décimo tercero).

Para graficar este planteamiento se coloca el siguiente ejemplo: el sujeto activo puede pretender información sobre un proceso de adjudicaciones del Estado para un funcionario público que tiene una empresa proveedora, para lo cual se vale de su cargo para que esta información especial le sea dada por la persona encargada del proceso (f.D. décimo tercero).

Entonces, enfáticamente se indica: no es correcta la interpretación que señala que aquí no hay patrocinio ilegal, porque se trata de un funcionario público (f.D. décimo tercero).

En esta casación se declara que: el favorecido es un particular, pues no tiene ningún tipo de injerencia en él. **Por lo que, pese a ser un funcionario público, de cara a esta operación es considerado un particular, pues carece de relación directa con el sector de la Administración Pública en donde es favorecido** (f.D. décimo tercero)

Tras lo cual, la Corte Suprema examina si Daniel Antonio era o no un particular y analiza si tenía o no vínculo con el sector de la Administración Pública en donde sus intereses eran patrocinados por José Enrique.

Se manifiesta que el sector donde ejercía el patrocinio era el Poder Judicial en el marco del proceso que se le siguió por complicidad primaria en el delito de corrupción de funcionarios y cohecho pasivo propio. Entonces, Daniel Antonio no guardaba ningún tipo de vínculo funcional con el Poder Judicial. Era funcionario de Petroperú.

Así, en la casación, se concluye que: **al no tener ningún vínculo funcional con la institución en donde se produjo el patrocinio, puede considerarse que estamos frente a un particular. De ahí que sea correcto afirmar que el recurrente se valió de su cargo para patrocinar los intereses de un particular** (f.D. décimo cuarto)

Así las cosas, la Corte Suprema declaró infundado el recurso de casación.

No estoy de acuerdo con el planteamiento expuesto en esta casación. Considero que cuando se afirma que **un funcionario público es considerado un particular por carecer de relación directa con el sector de la Administración Pública en donde es favorecido** (f.D. décimo tercero), se trastocan los alcances del delito de patrocinio ilegal.

Tal situación no se puede amparar desde el artículo 139, inciso 9, de la Constitución Política ni desde el artículo III del Título Preliminar del CP que claramente señala que no es permitida la analogía para calificar el hecho como delito; entendiendo por tal la “relación de semejanza entre cosas distintas” (RAE) o el “razonamiento basado en la existencia de atributos semejantes en seres o cosas diferentes” (RAE).

Desde mi punto de vista, si el art. 425 del CP nos indica quiénes son funcionarios o servidores públicos; entonces, y para todo lo que tenga que ver con la aplicación de la ley penal, quien no figura o no aparece ahí debe ser considerado un particular frente a la administración.

Pienso que el razonamiento expuesto en la casación solo sería acertado si el tipo penal de patrocinio legal señalara que el mismo se da en pro de “intereses particulares –propios o de terceros–”; empero, es sumamente claro que el legislador se ha referido en el art. 425CP a “**intereses de particulares**”.

Responder con firmeza frente a los actos ilegales cometidos por los funcionarios y servidores públicos en perjuicio de la Administración Pública no justifica la amplia interpretación acerca de los alcances de este elemento del tipo penal.

4. Dolo

El delito de patrocinio ilegal es un delito de comisión dolosa.

Estando a la tradicional distinción entre dolo directo y dolo eventual, la doctrina nacional que se ha encargado del estudio de este ilícito no duda en

reconocer su comisión exclusivamente con dolo directo⁽⁶⁹⁾: el funcionario o servidor público debe obrar con pleno conocimiento de que se vale de su calidad para patrocinar indebidamente intereses de particulares ante la administración. Así, Salinas Siccha indica que en este delito “el agente, conociendo de su condición especial, utiliza tendenciosa o abusivamente de sus calidades en el orden social para privilegiar a particulares que bien pueden ser personas particulares o jurídicas”⁽⁷⁰⁾.

V. CONSUMACIÓN

El delito de patrocinio ilegal se consuma cuando el funcionario o servidor público se vale de su calidad para patrocinar intereses de particulares ante la administración⁽⁷¹⁾. Estamos ante un delito de mera actividad⁽⁷²⁾, lo que impide hacer mención aquí a la tentativa⁽⁷³⁾.

VI. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

El delito de patrocinio ilegal es uno de sujeto activo especial debido a que solo puede ser considerado como su autor un funcionario o servidor público, quien, precisamente, valiéndose de tal calidad, patrocina intereses de particulares ante la administración.

En la realización de este hecho punible es posible apreciar también tanto instigación (art. 24CP) como complicidad (art. 25CP)⁽⁷⁴⁾. Es dentro de alguna de estas formas de intervención delictiva en donde tendrá que ubicarse a los particulares cuyos intereses son patrocinados por el sujeto activo. Ello, por cuanto, el delito de patrocinio ilegal no se encuentra configurado como un supuesto de “participación necesaria”, y, por tanto, no se puede sostener que

(69) Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 326; ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 622; SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 397; MARTÍNEZ HUAMÁN, Op. cit., p. 407; REÁTEGUI SÁNCHEZ, Op. cit., p. 101. No consideramos coherente con el tipo penal, por tanto, la posición de Reátegui Sánchez, Op. cit., p. 101; para quien “además” del dolo directo, “podría admitirse la posibilidad de dolo eventual”.

(70) SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 393.

(71) Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 326; ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 622; SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 397; MARTÍNEZ HUAMÁN, Op. cit., p. 408; REÁTEGUI SÁNCHEZ, Op. cit., p. 101.

(72) Cfr. ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 622; SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 397; MARTÍNEZ HUAMÁN, Op. cit., p. 407; REÁTEGUI SÁNCHEZ, Op. cit., pp. 98 y 101.

ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 326, se refiere al delito de patrocinio ilegal como “un delito de emprendimiento”.

(73) Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 326; SALINAS SICCHA, Op. cit., p. 397; MARTÍNEZ HUAMÁN, Op. cit., p. 408. Contrariamente, ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 622, indica que se pueden presentar formas de tentativa.

(74) Respecto a las formas de participación en los delitos especiales, véase Rosales Artica (2004) “¿Luces? y ¿sombras? de la modificación del artículo 25 del Código Penal por el D. Leg. N 1351”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Lima, tomo 92, pp. 11-17.

este ilícito sea de encuentro ni mucho menos de convergencia. Es, por su redacción legal, unilateral. Para su realización no hay necesidad de que el sujeto pasivo colabore con el sujeto activo.

VII. CONCURSO DE DELITOS

El delito de patrocinio ilegal guarda similitud con el delito de negociación incompatible regulado en el art. 399 del CP; empero, como enseña Abanto Vásquez, aquel “no exige que la acción típica se refiera a la función específica del sujeto activo”⁽⁷⁵⁾; además que, patrocinar, “significa algo más que “interesarse”⁽⁷⁶⁾. Asimismo, en el R.N. N° 666-2016/Áncash⁽⁷⁷⁾ se señala que en el patrocinio ilegal: “No se exige un desdoblamiento, que es propio de la negociación incompatible” (f. 12).

Otro delito con el que se vincula frecuentemente al patrocinio ilegal es el tráfico de influencias. Sin embargo, también aquí se descarta el concurso⁽⁷⁸⁾, por cuanto en este último “el sujeto activo es cualquier persona (no solo un funcionario público) y existe el elemento del provecho, del ánimo de lucro”⁽⁷⁹⁾; asimismo, el patrocinio ilegal no requiere que el sujeto activo se jacte de tener influencias⁽⁸⁰⁾.

VIII. PENAS

El delito de patrocinio ilegal se sanciona con **pena privativa de libertad** –no mayor de dos años– o con una **pena limitativa de derechos** como la prestación de servicios a la comunidad –de 20 a 40 jornadas–.

Además, se le aplica lo dispuesto en el primer párrafo del art. 426 del CP: los delitos previstos en los Capítulos II y III del Título XVIII, delitos contra la Administración Pública, que no contemplan la **pena de inhabilitación**, son sancionados, además, conforme a los incisos 1, 2, 4 y 8 del artículo 36. La inhabilitación en este caso es de uno a cinco años⁽⁸¹⁾.

(75) ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 321.

(76) ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 323.

(77) De fecha 29/05/2017.

(78) De opinión contraria es ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 623.

(79) ABANTO VÁSQUEZ, Op. cit., p. 322.

(80) MARTÍNEZ HUAMÁN, Op. cit., p. 411.

(81) Texto conforme a la modificación producida por el art. 2 de la Ley N° 31178, “Ley que modifica artículos del Código Penal respecto de circunstancia agravante derivada de la comisión del delito durante calamidad pública o emergencia sanitaria, y dicta otras disposiciones sobre la pena de inhabilitación en el Código Penal y leyes especiales”, publicada con fecha 28/4/2021.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. (2003) *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª ed. Lima: Pales-tra Editores.
- MARTÍNEZ HUAMAN, Raúl. “Delito de patrocinio ilegal: análisis del art. 385 del CP”. En: MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl (director). (2020) *La corrupción. Criminología, Derecho Penal. Parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal*. Lima: Editores del Centro, pp. 387-413.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. (2016) *El delito de negociación incompatible y de patrocinio ilegal de intereses privados*. Lima: Lex & Iuris.
- ROJAS VARGAS, Fidel. (2021) *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª ed. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
- ROSALES ARTICA, David. (2021) *El delito de negociación incompatible con el ejercicio de la función pública*. Lima: Editores del Centro.
- ROSALES ARTICA, David. (2004) “¿Luces? y ¿sombras? de la modificación del artículo 25 del Código Penal por el D. Leg. N° 1351”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Lima, tomo 92, pp. 11-17
- SALINAS SICCHA, Ramiro. (2019) *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª ed. Lima: Iustitia.

DELITO DE PECULADO: CUESTIONES NUCLEARES

RAÚL ERNESTO MARTÍNEZ HUAMÁN^(*)

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los principales delitos contra la Administración Pública es, sin lugar a dudas, el delito de peculado⁽¹⁾ –doloso e imprudente– regulado en el artículo 387 del Código Penal peruano (en adelante, CP), delito que, continuando la tendencia de los delitos vinculados con la corrupción, ha seguido la línea de la sobrecriminalización⁽²⁾. Así, en la redacción inicial del CP, la pena del tipo base se enmarcaba en una no menor de dos ni mayor de ocho años de pena privativa de la libertad; empero, no se regulaba agravante alguna, como sucede en el caso de bienes relacionados con fines asistenciales.

Con posterioridad, mediante la Ley N° 26198, publicada el 13 de junio de 1993, se incorporó la agravante vinculada a los fines asistenciales o programas de apoyo social con una pena privativa no menor de cuatro ni mayor de diez años, y para el caso del delito imprudente de no menor de tres ni mayor de cinco. Para el año 2011, mediante la Ley N° 29703, nuevamente se modificó la redacción del citado delito, el mismo que estuvo destinado a incrementar el marco punitivo, pues el delito base se circunscribió a una pena de cuatro a ocho años de privación de la libertad, en tanto que la agravante de ocho a doce años; además, incorporó una –nueva– agravante relacionada con el monto de lo apropiado o utilizado, el cual debía ser mayor a diez unidades impositivas tributarias.

En el mismo año, pero en el mes de julio, mediante Ley N° 29758, se realizó otra modificación, encaminada a una mejor redacción y tendiente a

(*) Profesor de Derecho Penal en la Maestría de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad de Huánuco. Fiscal provincial penal de la Fiscalía Especializada en Delitos de Lavado de Activos de Lima.

(1) Resulta muy interesante el desarrollo histórico del peculado, el cual proviene del latín *peculatus*, precisando que la vaca (*pecus*) era destinada a sacrificios, constituyendo una parte muy significativa del patrimonio de la colectividad. HENRIQUE PIERANGELI, José (2013). *Código Penal. Comentado artículo por artículo*. São Paulo: Verbatim, pp. 1116 y 1117.

(2) Utilizado por PRADO SALDARRIAGA, Víctor (2017). *Derecho Penal. Parte especial: los delitos*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 19.

objetivizar el citado delito, al dejar de lado la exigencia de tomar “consciencia” de la apropiación o utilización de caudales o efectos por parte de un tercero, y reemplazarlo por un “para sí o para otro”. Para noviembre de 2013, a través de la Ley N° 30111, se modificó el artículo 387 del CP y se incorporó la pena para el tipo base de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa; igualmente, para los otros supuestos se añadió la pena de días-multa.

En octubre de 2016, mediante Decreto Legislativo N° 1243, se incorporó la pena de inhabilitación relacionada con los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del CP. Finalmente, mediante Ley N° 31178, publicada el 28 de abril de 2021, se insertaron nuevas agravantes que determinaron que la pena para el delito de peculado llegue hasta quince años de pena privativa de la libertad e inhabilitación perpetua, que a la letra señala:

Artículo 387.- Peculado doloso y culposo

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; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años, y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

La pena será privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:

1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.
2. Los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social o de desarrollo.
3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.
4. El valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias.

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.

En algunas legislaciones, como la alemana (*amtsunterschlagung*), el delito de peculado ha tenido un sentido más patrimonial⁽³⁾, en tanto que, en nuestro país, así como en la legislación italiana (*peculato*), colombiana, brasileña (*peculato*) y española (malversación), el sentido es más de carácter público⁽⁴⁾. Ello se encuentra justificado en el Perú, entre otros aspectos, si dentro de los delitos con mayor incidencia en el ámbito de la corrupción encontramos al delito de peculado⁽⁵⁾. Al respecto, la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción ha señalado que, del total de su carga procesal (40 635 casos en giro), los casos con mayor incidencia se encuentran relacionados con el delito de peculado con 16 254 casos (34% del total de la carga), seguido de los ilícitos de colusión, con 6512 casos (16%) y de negociación incompatible, con 3657 casos (9%)⁽⁶⁾. De la misma manera, en el marco de la pandemia del COVID-19, se ha podido apreciar una serie de actos de corrupción vinculados con el delito de peculado, específicamente en el ámbito de la ejecución del contrato público⁽⁷⁾ (por ejemplo, custodia de bienes, sustracción de bolsas

- (3) Como lo resalta el profesor ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2020). “Modelos de protección penal del patrimonio público”. En: MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (dir.). *La corrupción. Criminología, Derecho Penal. Parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal*. Lima: Editores del Centro, p. 160.
- (4) Así, LOMBANA VILLALBA, Jaime (2011). “Peculado”. En: Castro Cuenca, Carlos. *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. Bogotá: Temis, p. 237. También, CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo (2017). *La corrupción pública y privada: causas, efectos y mecanismos para combatirla*. Bogotá: Universidad del Rosario, p. 248. Igualmente, HENRIQUE PIERANGELI, José (2013). Ob. cit., p. 1118.
- (5) Debemos partir de que ‘peculado’ se deriva de dos voces latinas, *peculatus: pecus* (ganado) y *latus* (hurto); así lo indica ROJAS VARGAS, Fidel (2016). *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Tesis, p. 233.
- (6) Procuraduría pública especializada en delitos de corrupción. *Informe Especial: Corrupción en el Sistema de Justicia: Caso “Los Cuellos Blancos del Puerto”*, p. 48. Recuperado de: <<https://procuraduriaanticorrupcion.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2020/04/INFORME-ESPECIAL-CORRUPCION-EN-EL-SISTEMA-DE-JUSTICIA-I.pdf>>. En países como Brasil la situación no es diferente; así, HENRIQUE PIERANGELI, José (2013). Ob. cit., p. 1118.
- (7) JAREÑO LEAL, Ángeles (2011). *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*. Madrid: Iustel, p. 101.

de alimentos y kit de prevención, etcétera), el cual tuvo una mayor incidencia (36%) con respecto a los otros delitos de corrupción⁽⁸⁾.

TIPO DE DELITO DE CORRUPCIÓN		
DELITO	CANTIDAD DE CASOS	%
Peculado	261	36.0 %
Colusión	149	20.6 %
Negociación incompatible	65	9.0 %
Cohecho	50	6.9 %
Malversación de fondos	8	1.1 %
Concusión	5	0.7 %
Omisión de funciones	4	0.6 %
Trafico de influencias	5	0.7 %
Cobro indebido	2	0.3 %
Retardo injustificado	1	0.1 %
Contra la Administración Pública	174	24.0%
Total	724	100 %

Fuente: Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción.

Elaboración: Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción.

En tal sentido, el citado delito ha tenido por parte de la casuística, así como de nuestra jurisprudencia y doctrina, un trato muy especial en el desarrollo de sus componentes típicos; no obstante, hasta el día de hoy existe poco consenso sobre la interpretación de varios de sus elementos. Conforme el Informe Defensorial N° 168 de la Defensoría del Pueblo, el 51% de denuncias por el delito de peculado (total de casos) son archivadas, contando con un nivel relevante de “archivos inadecuados”⁽⁹⁾, casos que no debieron archivar por una serie de motivos, como, por ejemplo, desidia del fiscal para obtener información y realizar peritajes necesarios, mala calificación, problemas con teoría dogmática, “no juicio de subsunción”⁽¹⁰⁾, etcétera; lo cual desemboca en una falta de confianza en el Estado y en su lucha contra la corrupción. Así,

(8) PROCURADURÍA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN. *Boletín Informativo N° 01. Corrupción en la emergencia sanitaria COVID-19*. Recuperado de: <https://procuraduriaanticorrupcion.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2020/06/BOLET%C3%8DN-INFORMATIVO-N%C2%B0-01-CORRUPCION-EN-LA-EMERGENCIA-SANITARIA-COVID-19_.pdf>.

(9) Para mayores detalles, véase: DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2014). *Informe Defensorial N° 168. El archivo fiscal de denuncias por peculado y colusión: estudio realizado en los distritos fiscales de Lima, Ancash, Ayacucho y Junín*. Lima: Defensoría del Pueblo, p. 16.

(10) *Ibidem*, p. 118.

se menciona en el informe que seis de cada diez personas no denuncian por las características propias del sistema encargado de tramitar las denuncias⁽¹¹⁾.

II. TIPO OBJETIVO

1. Bien jurídico penalmente protegido

En un inicio se establecía como bien jurídico protegido el deber de probidad o fidelidad del sujeto público⁽¹²⁾, resaltando su énfasis en una relación interna entre la Administración y el sujeto público, brindando así una perspectiva ética⁽¹³⁾; empero, dicha situación no resulta adecuada teniendo en cuenta la función actual del Derecho Penal: protección de expectativas de relevancia social; para dichos casos vinculados con la protección de la probidad o fidelidad del sujeto público, como bien menciona Jareño, resulta pertinente la vía administrativa⁽¹⁴⁾.

La doctrina mayoritaria⁽¹⁵⁾ y la jurisprudencia consideran que los bienes jurídicos protegidos en el delito de peculado son dos (*delito pluriofensivo*⁽¹⁶⁾), conforme al Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116, del 30 de setiembre de 2005:

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⁽¹⁷⁾. (El resaltado es nuestro).

(11) *Ibidem*, p. 27.

(12) Utilizaremos dicho término porque abarca de forma más amplia la relación del sujeto activo con la Administración Pública, lo que no se identifica en los términos *funcionario público* o *servidor público*.

(13) Abanto Vásquez critica dicha visión, entendiendo que la doctrina lo ha superado. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2020). Ob. cit., pp. 188-189.

(14) JAREÑO LEAL, Ángeles (2011). Ob. cit., p. 103.

(15) Mir Puig señala: “La doctrina mayoritaria entiende tradicionalmente que el bien jurídico protegido en el delito de malversación es doble: a) el deber de fidelidad o lealtad del funcionario (...) b) el patrimonio público”. MIR PUIG, Carlos (2016). *Comentarios a los delitos contra la Administración Pública*. Lima: Instituto Pacífico, p. 136. En el Perú: ROJAS VARGAS, Fidel (2016). Ob. cit., p. 237; y SALINAS SICCHA, Ramiro (2014). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley, pp. 339-340.

(16) Ello se menciona en el Recurso de Nulidad N° 1601-2006-Huaura, emitido por la Primera Sala Penal Transitoria el 28 de enero de 2009, en donde se señala lo siguiente: “(...) el delito de peculado es pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra 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”. También es asumido en el plano comparado en Brasil: HENRIQUE PIERANGELI, José (2013). Ob. cit., p. 1119.

(17) En el plano del Derecho comparado, se aprecia que el Supremo Tribunal español se decanta por un similar parecer: “La STS 211/06, 2-3 reitera que el bien jurídico protegido no es solo la indemnidad del patrimonio público, sino, sobre todo, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado,

Entre ambos bienes jurídicos, considera Ferré Olivé que, siguiendo al Tribunal Supremo español, el más relevante es la adecuada y fiel actuación del funcionario en la gestión de caudales públicos, por lo que el perfil patrimonial del delito de peculado permanece en un segundo plano⁽¹⁸⁾; enfatizando la protección de la expectativa que se tiene sobre la correcta gestión de recursos estatales por parte del sujeto público. A nivel nacional, autores como Vélchez Chinchayán han considerado que lo protegido es el patrimonio público⁽¹⁹⁾.

Sobre todo lo expresado, se considera que la expectativa principal en el delito de peculado se encuentra relacionada con la adecuada gestión de recursos por parte del funcionario público, algo muy similar en el ámbito privado con el administrador de una persona jurídica (por ejemplo, el artículo 198 del CP, fraude en la administración de persona jurídica)⁽²⁰⁾; así, no se protege de manera central el patrimonio público, sino la confianza que la sociedad —a través del Estado— deposita en el sujeto público, quien libremente la acepta, en la eficiente y leal gestión de los recursos del Estado. A nivel comparado, Maggiore indica que, más que un sentido material (patrimonio), lo relevante es el daño “moral”, es decir, la infracción del deber del sujeto público⁽²¹⁾. Igualmente, la Corte Suprema colombiana ha resaltado la importancia de una correcta administración de los bienes⁽²²⁾. Ello ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la República en el IX Pleno Jurisdiccional Penal, Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116:

la confianza de los ciudadanos en la honesta gestión de los caudales públicos y la propia fidelidad al servicio que se encomienda a los funcionarios”. Citado por MIR PUIG, Carlos (2016). Ob. cit., p. 136.

- (18) FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos (2007). “De la malversación”. En: ARROYO ZAPATERO, Luis y AA.VV. (dirs). *Comentarios al Código Penal*. Madrid: Iustel, p. 909. En la misma línea, en Brasil, Henrique Pierangeli menciona: “(...) o presuposto característico deste delito conincide plenamente com o do abuso de confiança (...) com a diferença de que neste delito as funções de custódia derivam de uma situação oficial ou que são legalmente definidas: os bens são confiados em razão do cargo”. HENRIQUE PIERANGELI, José (2013). Ob. cit., p. 1118. Precisa también la gestión del patrimonio, pero resaltando siempre como eje el patrimonio. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2020). Ob. cit., p. 192.
- (19) VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (2021). *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, p. 330.
- (20) Ello ha sido resaltado por Cugat Mauri. CUGAT MAURI, Miriam (2016). *Compendio de la parte especial del Derecho Penal. Ajustado al programa de ingreso en las carreras judicial y fiscal*. Quintero Olivares, Gonzalo (dir.). Navarra: Thomson Reuters - Aranzadi, p. 421. Sobre los alcances del delito de fraude en la administración de persona jurídica, véase: MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (2009). “El delito de uso indebido del patrimonio de la persona jurídica”. *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia (RAE)*. Tomo 18, Año 2. Lima: Caballero Bustamante, p. 415.
- (21) Citado por Henrique Pierangeli, quien también asume dicha visión. HENRIQUE PIERANGELI, José (2013). Ob. cit., p. 118.
- (22) La Corte Suprema de Justicia de Colombia ha señalado en su sentencia del 2 de diciembre de 2008: “(...) el objeto de tutela en esta modalidad de peculado es el bien jurídico de la administración pública, reitera la Sala, en cuanto su protección está encaminada a la correcta administración de los bienes del Estado en todos sus niveles”, citada por LOMBANA VILLALBA, Jaime (2011). Ob. cit., p. 239.

19. Entonces, por su naturaleza se puede concluir que no solo se reprime el apoderamiento del dinero (ánimo de lucro), sino **el deber de la correcta gestión funcional (debidamente administrada)**. (El resaltado es nuestro).

2. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo del delito es el Estado, pues los actos de apropiación o utilización recaen sobre los efectos o caudales que se encuentran dentro de la esfera de administración o posesión del Estado, entendido ello de forma amplia, en el sentido de que los bienes se encuentren dentro del circuito público.

3. Sujeto activo

El sujeto activo del delito es el funcionario o servidor público (*sujeto público*⁽²³⁾) que se encuentre relacionado con el objeto estatal (caudales o efectos públicos) en razón de su ámbito de competencia⁽²⁴⁾ (*ratione officii*). En tal sentido, nos encontramos ante un delito especial⁽²⁵⁾ impropio⁽²⁶⁾ (limitación del círculo de autores), pues consideramos que, en caso de que no se cumpla con el elemento cualificado –funcionario o servidor público–, la apropiación o utilización indebida del patrimonio podría ser constitutiva del delito de apropiación ilícita (artículo 190 del CP)⁽²⁷⁾ o fraude en la administración de persona jurídica (artículo 198 del CP).

(23) En Colombia se utiliza el término *servidor público*, el cual abarca un mayor radio que el término funcionario, LOMBANA VILLALBA, Jaime (2011). Ob. cit., p. 240.

(24) Señala Alonso Pérez: “El sujeto activo es la autoridad o funcionario público que por su función o cargo tenga relación con el objeto materia del delito: los caudales o efectos públicos”. ALONSO PÉREZ, Francisco (2000). *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*. Madrid: Dykinson, p. 249.

(25) CUGAT MAURI, Miriam (2016). Ob. cit., p. 422. Igualmente, LOMBANA VILLALBA, Jaime (2011). Ob. cit., p. 240 y CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo (2017). Ob. cit., p. 227. También indica que nos encontramos ante un delito especial, aunque no precisa si nos encontramos ante uno propio o impropio, VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (2021). Ob. cit., p. 319.

(26) Comparte este parecer: SANTILLÁN RODRÍGUEZ, Ronny (2021). “El delito de peculado agravado: análisis de la Ley N° 31178, que incorpora circunstancias agravantes al artículo 387 del Código Penal”. En: *Actualidad Penal*. N° 86, p. 16. Empero, autores como Peña Cabrera Freyre consideran que nos encontramos ante un delito especial propio. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2016). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Instituto Pacífico, p. 342.

(27) Con relación a los alcances del delito de apropiación indebida, véase: MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (2013). “Comentarios a la Casación N° 301-2011-Lambayeque. Ámbito y límites de la aplicación del delito de apropiación ilícita”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. N° 47, p. 48. También indica esa perspectiva HENRIQUE PIERANGELI, José (2013). Ob. cit., p. 1120.

Asimismo, el delito se encuentra configurado como un delito de infracción de deber especial, en el marco de su ámbito de competencia de fomento⁽²⁸⁾ o institucional, por el cual el funcionario no solo tiene el deber de no afectar el bien público colocado en su ámbito de competencia, sino –además– de protegerlo del ataque de terceros, conducta que puede realizarse de forma comisiva u omisiva⁽²⁹⁾. Al respecto, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad N° 615-2015-Lima, del 16 de agosto de 2016, estableció:

(...) delito de peculado constituye **un delito especial de infracción de deber fundamentado en instituciones positivas**. Es delito especial (...) sujetos cualificados (...) el fundamento de la responsabilidad penal a título de autor reside en el **quebrantamiento de un deber positivo**⁽³⁰⁾. (El resaltado es nuestro).

Como se mencionó, el delito de peculado doloso se puede cometer de forma omisiva, pues lo relevante es la infracción de sus deberes especiales, no por descuido, sino por organizar su ámbito funcional de forma defectuosa. Lo mencionado resulta relevante debido a que la doctrina entendía que la omisión del funcionario debía ser dirigida al delito de peculado imprudente; empero, como se mencionó, en el marco de la competencia de fomento del funcionario, él mismo puede afectar las expectativas protegidas de forma comisiva u omisiva. En ese marco, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, conforme a la Casación N° 1749-2018-Cañete, del 19 de agosto de 2020, ha establecido:

(...) **En el caso del tipo penal de peculado doloso por apropiación, el funcionario o servidor público que tiene una vinculación funcional con el objeto del delito es tan responsable si activamente se lo apropia para sí o para tercero, como si permite dolosamente que otro lo haga**. En ambos casos, se presenta situaciones equiparables: **a) la conducta activa de la apropiación directa equivale a la conducta omisiva de la apropiación por otro; b) el resultado es el mismo: la apropiación del bien a su cargo; c) el funcionario vulnera su deber jurídico funcional: de vigilar, custodiar o controlar los bienes**

(28) Mayores alcances sobre la competencia de fomento, véase: MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (2019). *Delito de colusión. Doctrina y jurisprudencia*. Lima: Editores del Centro, p. 229 y ss.

(29) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2016). Ob. cit., p. 343. Precisa Lombana que es admisible la comisión activa y omisiva. LOMBANA VILLALBA, Jaime (2011). Ob. cit., p. 249.

(30) Igualmente, en el Recurso de Nulidad N° 5095-2006-Piura, emitido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, el 28 de enero de 2009: “(...) el delito de peculado se configura cuando el funcionario o servidor público **transgrede sus deberes positivos** enmarcados en virtud de su cargo, al apropiarse o utilizar –de cualquier forma, para sí o para otro– de caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo”.

objeto de apropiación, y d) **la conducta es dolosa, pues el funcionario o servidor público tiene el conocimiento potencial de que se está apropiando o se están apropiando de un bien confiado a su esfera de control y, con ello, está incumpliendo su deber funcional.** (El resaltado es nuestro).

Por último, la figura del funcionario de hecho para el supuesto de peculado es totalmente admisible y, a nuestro entender, debe contar con la anuencia o respaldo de la administración (consentimiento), pues de esta forma los actos del sujeto tendrán, por parte de terceros, la confianza que la misma surge de la representación estatal, lo cual es acogido también a nivel comparado⁽³¹⁾. A nivel jurisprudencial se aprecia el Recurso de Nulidad N° 615-2015-Lima, que establece la flexibilización de la asunción del cargo, dando cabida a la figura del administrador de hecho:

No es ajeno a este tribunal, sin embargo, que en circunstancias de crisis institucional las competencias institucionales se flexibilicen **existiendo la posibilidad de un administrador de hecho**, lo que de darse se tiene que probar no solo la usurpación de facto y vaciada de contenido formal, sino que de uso de esta usurpación se configuró peculado. (El resaltado es nuestro).

4. Disposición de los bienes

Conforme al Acuerdo Plenario N° 4-2005, no es necesario que el funcionario o servidor público ejerza una tenencia material directa de los objetos estatales, sino que posea una disposición normativa⁽³²⁾, derivando de esta una competencia funcional que, a criterio de la Corte Suprema de Justicia, debe ser específica.

En tal sentido, la disponibilidad debe partir del ámbito de funciones que se le ha conferido al funcionario, al asumir libremente dicha posición especial⁽³³⁾, sea esta inmediata o mediata *–longa manu–*. Por ende, el funcionario

(31) En Colombia comparte este parecer la doctrina y jurisprudencia, como bien lo señala CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo (2017). Ob. cit., p. 230.

(32) De la misma forma, utilizando el término “detentación jurídica”: LOMBANA VILLALBA, Jaime (2011). Ob. cit., p. 241. Igualmente, CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo (2017). Ob. cit., p. 228.

(33) En ese sentido, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, conforme la Casación N° 1749-2018/Cañete, del 19 de agosto de 2020, ha establecido: “En el delito de peculado, por ejemplo, se exige, además de la condición especial de funcionario o servidor público, el vínculo funcional con el objeto (caudales o efectos) de custodia, percepción o administración”.

asume el cargo, **concreta y efectivamente**⁽³⁴⁾, sobre el bienestar de los caudales y efectos colocados a su disposición. Así, no corresponde las delegaciones, costumbres o confianza del patrimonio estatal sin los cauces –formales o materiales– respectivos⁽³⁵⁾, de tal manera que ingrese al ámbito de administración del funcionario o servidor. Sobre el particular, Alonso Pérez⁽³⁶⁾, tomando en cuenta lo señalado por el Tribunal Supremo español, señala:

d) La acción u omisión delictiva ha de consistir en la sustracción o en el consentimiento de que otro sustraiga los caudales o efectos públicos, **sin que sea preciso que el funcionario tenga en su poder caudales por razón de su competencia oficial, bastando con que exista un poder del funcionario sobre el destino de los bienes, ya sea de hecho o de derecho** (SSTS de 25 de mayo y 10 de julio de 1995).

De la misma manera, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en el Recurso de Nulidad N° 615-2015-Lima, del 16 de agosto de 2016, estableció:

(...) Dicha posesión puede ser inmediata o mediata, es decir, estar en contacto con los caudales y efectos o darla por asumida, **bastando solamente la facultad de disposición jurídica o disposición funcional** (...) 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 (...) competencia funcional específica⁽³⁷⁾.

(34) Conforme la cita de Mestre en la STS de 5 de febrero de 2008: “que caudales públicos son todos los que hayan llegado a poder del funcionario en ocasión de las funciones que, concreta y efectivamente, tenga a su cargo”. MESTRE DELGADO, Esteban (2015). “Delitos contra la Administración Pública”. En: *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*. LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.). 3ª edición. Madrid: Colex, p. 756.

(35) Así lo menciona ROJAS VARGAS, Fidel (2016). Ob. cit., p. 241.

(36) ALONSO PÉREZ, Francisco (2000). Ob. cit., p. 250. De la misma forma, a nivel jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en su sentencia del 2 de diciembre de 2008: “Sobre este tipo penal en particular, la Sala ha señalado que la relación que debe existir entre el funcionario que es sujeto activo de la conducta de peculado por apropiación y los bienes oficiales puede no ser material, sino jurídica y que esa disponibilidad no necesariamente deriva de una asignación de competencias, sino que basta que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional”. Sentencia citada por LOMBANA VILLALBA, Jaime (2011). Ob. cit., p. 241. Igualmente, Castro cita una sentencia de la Corte Suprema de Colombia, sentencia del proceso N° 18021, del 6 de marzo de 2003: “En el entendido de que la relación que debe existir entre el funcionario que es sujeto activo de la conducta de peculado por apropiación y los bienes oficiales puede no ser material sino jurídica y que esa disponibilidad no necesariamente deriva de una asignación de competencias, sino que basta que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional (...)”. CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo (2017). Ob. cit., p. 230.

(37) Igualmente, en la Casación N° 160-2014-Del Santa, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 14 de noviembre de 2016, se señaló: “SEXTO: (...) En el delito

4.1. Función específica o genérica

Por otra parte, como se indicó, la jurisprudencia ha establecido que la función debe ser específica⁽³⁸⁾; así, en la Casación N° 160-2014-Del Santa, con los votos de Villa Stein, Rodríguez Tineo y Pariona Pastrana, señalaron:

NOVENO: (...) En este caso el deber de cuidado imputado al procesado en su calidad de Presidente Regional y Presidente del Consejo Directivo del Proyecto Chincas constituye una función genérica. La responsabilidad en la administración de ese proyecto especial está a cargo del Director Ejecutivo con función específica.

Décimo: Entonces, al imputársele haber faltado a su deber de garante, es una función genérica, no específica, por no tener bajo su poder o ámbito de vigilancia –directa o funcional– la percepción, custodia o administración de cosas –caudales o efectos–, de lo contrario, también serían responsables el ministro del ramo y el Presidente de la República al autorizar la transferencia del Proyecto Especial a la región (...) un desbordamiento analógico. (El resaltado es nuestro).

No obstante, en la misma Casación N° 160-2014-Del Santa, con votos de Neyra Flores y Loli Bonilla, también se mencionó una competencia más amplia:

SÉPTIMO: El agente posee estos bienes por lo dispuesto legalmente, así ingresan a su competencia, por ello, el bien jurídico será afectado cuando el funcionario ataca el patrimonio del Estado infringiendo el deber específico que tiene para con los bienes que le han sido

de peculado solo puede ser autor el funcionario o servidor público **que reúne las características de la relación funcional exigidas por el tipo penal, es decir, quien por el cargo tenga bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional)** en percepción, custodia o administración las cosas (caudales o efectos)”. (El resaltado es nuestro).

- (38) En sentido similar, en el Recurso de Nulidad N° 615-2015-Lima, del 16 de agosto de 2016, emitido por la Sala Penal Permanente: “En primer orden, no todos son competentes de todo, solo se 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. (...) si bien el inciso 17 del artículo 118 de la Constitución Política del Estado, establece como una atribución del Presidente de la República el ‘administrar la Hacienda Pública’; sin embargo, esta se trata de una atribución genérica de naturaleza política y representativa (...) Además, para identificar e individualizar con precisión la naturaleza jurídica del cargo, o mejor dicho, el ámbito de competencia funcional, se debe recurrir a las normas del sector –en este caso el Servicio de Inteligencia Nacional– donde presuntamente se desarrolló el actuar ilícito del agente, toda vez que serán estas disposiciones –ROF y MOF del SIN– las que determinarán de modo normativo la vinculación funcional del sujeto competente respecto de la administración o custodia de los caudales públicos”.

encomendados, no puede haber una violación de “deberes generales del cargo”, es decir, **fuera de lo señalado por Ley o por su competencia**, que es la esfera de custodia cuya titularidad corresponde al funcionario público, es decir, se trata de un deber que surge de una competencia funcional, si el sujeto activo no es titular de dicha esfera, solo puede haber hurto (...) el funcionario debe tener el manejo y disposición de los bienes para aplicarlos a los fines que están determinados legalmente, aunque no tenga la posesión material de ellos.

(...)

DÉCIMO SEGUNDO: Sobre esa base se advierte que el Presidente Regional tiene deberes con el patrimonio del Estado, en especial administrar los bienes del Gobierno Regional. Este es un elemento del tipo penal que presupone funciones activas de manejo y conducción (gobierno). La administración de los caudales o efectos por parte del sujeto público tiene implícita la vinculación funcional comprendiendo tantas relaciones directas con el caudal, efecto o relaciones mediata, por las que sin necesidad de entrar en contacto con los bienes puede el funcionario público disponer de ellos en razón a ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego.

DÉCIMO TERCERO: En ese sentido, no se puede excluir al Presidente Regional de una investigación argumentando que tiene una relación funcional genérica con los bienes del Estado, pues la Ley le ha dado un deber específico: administrar los bienes de la Región, por lo que, en principio, tienen la administración de los recursos de la entidad. (El resaltado es nuestro).

Sobre el particular, gran sector de la doctrina considera que el vínculo funcional debe ser específico o directo con el patrimonio público⁽³⁹⁾; así, la participación del sujeto público en el marco de un deber genérico, según esta posición, daría lugar a una actuación a título de partícipe⁽⁴⁰⁾, empleando para

(39) CARRIÓN DÍAZ, Juan Elías (2018). “La vinculación funcional específica como criterio orientador para una imputación del delito de peculado en grado de autoría. Comentario a la Casación N° 160-2014-Santa”. En: *Jurisprudencia penal comentada*. HUAMÁN CASTELLARES, Daniel (dir.). Lima: Editores del Centro, p. 1090; para añadir que el peculado “juegue una suerte de injusto de apropiación ilícita”. Por su parte, señala Abanto Vásquez: “La exigencia de esta ‘relación funcional específica’, para algunos, se debería a que el peculado es la especial violación de los deberes del cargo y únicamente se puede dar cuando la entrega de los bienes quede comprendida en la competencia propia de aquel”. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2003). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, p. 336. En Colombia, por ejemplo, CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo (2017). Ob. cit., p. 228.

(40) CARRIÓN DÍAZ, Juan Elías (2018). Ob. cit., p. 1092.

ello el ejemplo del papel de un alcalde o presidente regional, pues a su consideración tendrían una función genérica (básicamente política). Así, alude Carrión:

Si un alcalde o presidente regional ordena al tesorero —o a quien se encuentre bajo la administración directa del patrimonio público— apropiarse indebidamente de los caudales públicos, a pesar de la orden no podrán responder como autores del delito de peculado, porque si bien son funcionarios públicos, no tienen una vinculación funcional específica⁽⁴¹⁾.

No obstante, como menciona la catedrática Jareño: “(...) es momento de replantearse la necesidad de la exigencia en este delito de una relación específica entre funcionario y los caudales”⁽⁴²⁾; por ello, se considera que el único requisito que se debe exigir al sujeto público es que tenga una relación con el patrimonio público (deber de fomento), no importando si es genérico o específico, pues no podemos olvidar que, a diferencia de otros estamentos de la sociedad, la relación de funcionario-patrimonio público es de tal relevancia para el mantenimiento de las instituciones del Estado que el acto del funcionario de aportar de algún modo un hecho para no afectar el patrimonio estatal —sea apropiando o utilizando de forma indebida— resulta relevante para defraudar las expectativas que se tiene sobre su rol institucional⁽⁴³⁾. Esto es así, por ejemplo, si analizamos el delito de cohecho⁽⁴⁴⁾, donde el funcionario público actúa en el marco de una competencia genérica en razón de su cargo⁽⁴⁵⁾; así, por ejemplo:

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⁽⁴⁶⁾. (El resaltado es nuestro).

(41) Ídem.

(42) JAREÑO LEAL, Ángeles (2011). Ob. cit., p. 103.

(43) Comparte este parecer: *Ibidem*, p. 104.

(44) Para mayor análisis del delito de cohecho, véase: MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (2019). “Cohecho pasivo propio: análisis del artículo 393 del Código Penal”. En: *Actualidad Penal*. N° 65, p. 141.

(45) MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (2019). Ob. cit., p. 141 y ss.

(46) Sentencia del Tribunal Supremo español, citada por ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (2015). “Delitos contra la Administración Pública”. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.) y RAGUÉS I VALLÉS, Ramón (coord.). *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. 4ª edición. Barcelona: Atelier, p. 367.

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 (artículo 166 de la Constitución⁽⁴⁷⁾), por lo que el efectivo policial infringe su deber. Así, imaginemos los deberes de la Policía que establece la Constitución bajo la lógica de los deberes específicos: si un policía de tránsito observa que están sustrayendo los bienes de una señorita, no intervendría ante dicha situación, pues, si bien la Constitución establece que debe intervenir por la seguridad pública, su normativa sectorial no le obliga a ello. Bajo dicho supuesto, se rompe con la función de los deberes especiales o competencia por fomento. Debemos partir de los deberes de garante que posee el funcionario, ver si se ha realizado una adecuada derivación de las funciones y los límites de este (reparto de funciones). Esta posición ha sido en algún sentido asumida en España por Jareño:

Así pues, la práctica judicial está dando una interpretación muy amplia a este obsoleto requisito típico, de tal forma que **la mera atribución de la condición de funcionario, y sobre todo de “autoridad”, vendría a implicar un deber genérico de tutela del erario público**⁽⁴⁸⁾. (El resaltado es nuestro).

Así, en el ejemplo del alcalde o gobernador regional, se considera que sí podrían cometer el delito de peculado si dentro de sus funciones —“genéricas”— se encuentra la de proteger, vigilar o controlar fondos públicos, más aún si el ámbito en el que desarrollan sus actividades es el de dirigir una institución pública (posición de garante⁽⁴⁹⁾); postura que en Colombia es compartida por Castro, al precisar que puede ser sujeto activo el superior jerárquico a quien se encomienda la vigilancia y control de los bienes públicos⁽⁵⁰⁾. En tal sentido, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en el Recurso de Nulidad N° 1940-2017-Áncash, del 23 de setiembre de 2018, ha señalado la posibilidad de un deber más amplio para la configuración del peculado, como es el caso de los alcaldes:

(47) 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”.

(48) JAREÑO LEAL, Ángeles (2011). Ob. cit., p. 105.

(49) Posición de garante que ha sido precisada por la Corte Suprema de Justicia, en el Recurso de Nulidad N° 615-2015-Lima: “(...) el tipo penal ha establecido, el funcionario o servidor tiene que desarrollar funciones de control, conducción y vigilancia (**deber de garante**), en razón de las obligaciones inherentes a su cargo sobre los bienes públicos”.

(50) CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo (2017). Ob. cit., p. 228.

SEXTO. Que, ahora bien, el **alcalde**, en principio, **como máxima autoridad** de la municipalidad, tiene mediatamente la disposición funcional sobre los caudales públicos —existencia de una relación funcional sobre ellos—. A él **le corresponde**, desde lógicas de administración o gestión, dirigir y supervisar las actividades económicas de la institución edil, al punto que la disposición de los bienes públicos para finalidades determinadas requiere de su concurso directivo. (El resaltado es nuestro).

Algo similar sucede en España, conforme lo precisado por Jareño con relación al Supremo Tribunal español:

La STS de 4-3-10 **considera que se da el deber** de custodia en el **secretario general** de un organismo público, al tener dicho sujeto las **funciones genéricas de controlar la gestión de presupuesto del departamento**, supervisar la adquisición de suministros, bienes y servicios, llevar adelante los contratos, autorizar los gastos dentro de los límites que se establezcan reglamentariamente, emitir informes de las propuestas y gastos que exceden de dichos límites y elaborar los programas de necesidades del departamento⁽⁵¹⁾. (El resaltado es nuestro).

5. Existencia de una relación funcional

Entre el funcionario o servidor público y los caudales y efectos debe existir una relación funcional, es decir, el sujeto público debe contar dentro del ámbito de competencia con la responsabilidad de vigilar, administrar y controlar el patrimonio estatal; ello guarda tras de sí la confianza que se deposita —por parte de la sociedad— en el sujeto público sobre el bienestar del citado patrimonio. Esta relación debe estar plasmada de forma normativa, a través de la ley, reglamento o norma similar. Situación semejante la apreciamos en

(51) JAREÑO LEAL, Ángeles (2011). Ob. cit., p. 105. De igual forma, este sentido de mayor flexibilización en relación al ámbito competencial del sujeto público, lo apreciamos en la sentencia del 13 de julio de 2006 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia: “(...) no puede entenderse en el sentido de la adscripción de una competencia estrictamente legal y determinada por una regular y formal investidura que implique una íntima relación entre la función y la facultad de tener el bien del cual se dispone o se hace mal uso; no significa, pues, que tales atribuciones deban estar antecedentemente determinadas por una rigurosa y fija competencia legal, sino que es suficiente que la disponibilidad sobre la cosa surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función, no surge exclusivamente de la ley puesto que ella puede tener su origen en un ordenamiento jurídico diverso que fija la competencia en estricto sentido. Lo esencial en este aspecto, es la consideración de que, en el caso concreto, la relación de hecho del funcionario con la cosa, que lo ubica en situación de ejercitar un poder de disposición sobre la misma y por fuera de la inmediata vigilancia del titular de un poder jurídico superior, se haya logrado en ejercicio de una función pública, así en el caso concreto no corresponda a dicho funcionario la competencia legal para su administración”. Citada por LOMBANA VILLALBA, Jaime (2011). Ob. cit., p. 247.

España, donde se requiere de una relación competencial con el bien, circunstancia que no se observa en Alemania, donde propiamente el delito de peculado se regula como una agravante de un delito contra el patrimonio, por lo que es indiferente cómo el sujeto público asumió una relación con el bien público⁽⁵²⁾.

6. La percepción, administración y custodia

Las modalidades de posesión, siempre relacionadas con la vinculación funcional, son las siguientes: *la percepción*, no es más que la acción de *captar o recepcionar caudales o efectos* de procedencia diversa, pero siempre lícita⁽⁵³⁾, tomando en cuenta, para ello, lo establecido en el Acuerdo Plenario N° 04-2005 y en el Recurso de Nulidad N° 615-2015-Lima que se establece:

1. Percepción (...) captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diverso, pero siempre lícita (tesoro público, de particulares, donaciones, etc.) y que ingresen o pasan a integrar al patrimonio estatal en calidad de bienes públicos. (El resaltado es nuestro).

Ha mencionado la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República que es factible encajar dentro del elemento percepción aquellos supuestos donde el funcionario ha recepcionado depósitos que no le correspondían, por lo que su no devolución constituye la configuración del peculado por apropiación; así, en el Recurso de Nulidad N° 1882-2007-Cusco, emitido el 27 de mayo de 2008:

(...) en ese sentido, la conducta de **la encausada al cobrar doble remuneración del Estado por el lapso de veintidós meses y utilizarlos en su provecho, sin comunicar a la UGEL de La Convención para que dejaran de depositar el dinero en su cuenta del Banco de la Nación, encuadra** claramente en el tipo penal instruido, el cual no exige únicamente que el dinero sea otorgado para su administración, sino que **contempla la posibilidad de que sea captado o recepcionando de diversa procedencia lícita “percepción”**, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal: existencia de una relación funcional, la percepción, la apropiación o utilización, el destinatario y, los caudales y efectos, se configuran en el presente caso. (El resaltado es nuestro).

(52) Así lo precisa LOMBANA. *Ibidem*, p. 241.

(53) Igualmente, ROJAS VARGAS, Fidel (2016). Ob. cit., p. 243. También, SALINAS SICCHA, Ramiro (2014). Ob. cit., p. 328; PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2016). Ob. cit., p. 349; y VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (2021). Ob. cit., p. 328. En Brasil, HENRIQUE PIERANGELI, José (2013). Ob. cit., p. 1120.

La administración implica las funciones activas de *manejo y conducción*, la disposición de los caudales o efectos públicos en razón de sus funciones, siempre en el marco de lo establecido normativamente⁽⁵⁴⁾.

Por su parte, *la custodia* importa la típica *posesión* que implica la *protección, conservación y vigilancia debida* por el funcionario o servidor de los bienes públicos en el marco de sus funciones⁽⁵⁵⁾. Vílchez considera que, para este supuesto, es necesaria la detentación fáctica del bien⁽⁵⁶⁾, lo cual apreciamos que no resulta del todo acertado, debido a que la custodia es un elemento normativo; comprenderlo naturalísticamente nos llevaría a entender el delito de peculado como uno de propia mano, donde el sujeto deba realizar el hecho personal y directamente, lo cual no resulta correcto acorde con las tendencias normativas actuales.

7. Apropiar o utilizar

El Acuerdo Plenario N° 04-2005 señaló que el elemento *apropiar* comprende el acto de hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo, quitándolo o separándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de estos⁽⁵⁷⁾; así, el sujeto activo realiza un acto de dominio incompatible con las funciones establecidas normativamente. En tal sentido, el funcionario, competente de la administración del caudal, actúa como si fuese dueño del bien público⁽⁵⁸⁾, excluyendo de su esfera de administración a terceros, incluyendo al Estado, y guardando así correlación con el delito de apropiación ilícita⁽⁵⁹⁾; entre ellos, se considera adecuado comprender al supuesto en análisis como uno de *apropiación sin propósito de ulterior reintegro*⁽⁶⁰⁾.

(54) Así, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2003). Ob. cit., p. 353. Igualmente, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2016). Ob. cit., p. 350.

(55) En el mismo sentido, ROJAS VARGAS, Fidel (2016). Ob. cit., p. 243; SALINAS SICCHA, Ramiro (2014). Ob. cit., p. 330. Menciona la custodia funcional: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2003). Ob. cit., p. 354.

(56) VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (2021). Ob. cit., p. 334.

(57) En el mismo sentido, el Recurso de Nulidad N° 615-2015-Lima, del 16 de agosto de 2016, emitido por la Sala Penal Permanente. También, LOMBANA VILLALBA, Jaime (2011). Ob. cit., p. 248.

(58) CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo (2017). Ob. cit., p. 238. Señala que el funcionario actúa como propietario del bien, SALINAS SICCHA, Ramiro (2014). Ob. cit., p. 311. También, Henríquez, quien precisa que el sujeto dispone como si fuese el propietario. HENRIQUE PIERANGELI, José (2013). Ob. cit., p. 1120.

(59) Véase ampliamente, MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (2013). Ob. cit., p. 48 y ss.

(60) FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos (2007). Ob. cit., p. 909. Igualmente, JAREÑO LEAL, Ángeles (2011). Ob. cit., p. 107.

Debemos precisar que el elemento apropiar va más allá de la simple sustracción⁽⁶¹⁾, puesto que el funcionario ya cuenta con la disposición del bien; el Estado le entrega los efectos o caudales a través de la custodia, administración o percepción⁽⁶²⁾. Asimismo, resulta correcto delimitar la apropiación a supuestos en los que el sujeto público dispone del bien como si fuese señor y dueño de este –*uti dominus*–, por lo que no ingresa dentro de dicho ámbito el cobro que, *motu proprio*, realiza el sujeto público como parte de un pago que le adeuda el Estado; en dicho supuesto, nos encontramos ante el delito de ejercicio arbitrario de derecho o justicia por propia mano, regulado en el artículo 417 del CP⁽⁶³⁾. En la jurisprudencia colombiana, se han precisado los alcances de la apropiación; así, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en su Proceso N° 22988, del 26 de setiembre de 2007, señaló:

La apropiación consiste en el ejercicio de actos de dominio sobre los bienes, en tanto ellos resulten siendo incompatibles con los términos del comportamiento admisible según el título que justifique su posesión o tenencia. (El resaltado es nuestro).

En lo referente al elemento *utilizar*, entiende la Corte Suprema de la República que, en el acuerdo antes citado, el funcionario se aprovecha o disfruta de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), circulando más allá de su esfera u órbita funcional (ajenos a la función pública), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero⁽⁶⁴⁾, uso que puede realizarlo directamente o puede permitir que otro lo utilice⁽⁶⁵⁾; por ejemplo, encontramos dicha conducta en el uso de una computadora o impresora.

Cabe mencionar que, al igual que en el peculado por apropiación, el sujeto activo abarca de forma arbitraria dentro de su ámbito (como si fuese dueño) el bien público, saliendo así del espacio legal, dando una aplicación privada de forma espacial y temporal momentánea⁽⁶⁶⁾. En este ámbito, el sujeto activo realiza un manejo del caudal o efecto público, de tal forma que lo coloca en un peligro concreto, con lo que no resulta necesario que se produzca un dete-

(61) Indica que el término sustraer debe entenderse como expropiar LOMBANA VILLALBA, Jaime (2011). Ob. cit., p. 248.

(62) En un sentido similar, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2016). Ob. cit., p. 535.

(63) Exige para dichos supuestos un ánimo distinto al de lucro: LOMBANA VILLALBA, Jaime (2011). Ob. cit., p. 249. Comparte nuestro parecer en Colombia: CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo (2017). Ob. cit., p. 240.

(64) Comparte lo precisado, ROJAS VARGAS, Fidel (2016). Ob. cit., p. 242. Igualmente, SALINAS SICCHA, Ramiro (2014). Ob. cit., p. 312, y PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2016). Ob. cit., p. 357.

(65) LOMBANA VILLALBA, Jaime (2011). Ob. cit., p. 250. Igualmente, CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo (2017). Ob. cit., p. 246.

(66) Así, SALINAS SICCHA, Ramiro (2014). Ob. cit., p. 313. De la misma manera, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2003). Ob. cit., p. 342.

rioro de los bienes públicos⁽⁶⁷⁾, muy similarmente a los alcances del delito de fraude en la administración de persona jurídica, regulado en el artículo 198 del CP; por ejemplo, alquilar un local público.

Asimismo, se debe analizar la temporalidad en cada caso en concreto para efectos de delimitar el delito de peculado por apropiación del peculado por utilización⁽⁶⁸⁾. También se debe considerar el destino del bien público usado, pues, si este iba a ser destruido, consideramos que no nos encontraríamos ante el delito de peculado de uso, sino ante una infracción administrativa⁽⁶⁹⁾, pues el uso de dicho bien no tendría significado alguno de valor o utilidad para la Administración, restándole así trascendencia pública pasible de protección. En el Recurso de Nulidad N° 3632-2004-Arequipa, emitido el 20 de septiembre de 2005, se han señalado los alcances del peculado por utilización, el cual no es posible en los supuestos de bienes fungibles (como el dinero) o consumibles (alimentos), pues ya nos encontraríamos en un peculado por apropiación:

(...) se trata de un peculado por apropiación y no por distracción o utilización, en tanto se hizo entrega de los dineros públicos para fines privados, disponiéndolos como propios; que **la modalidad de peculado por distracción o utilización implica una separación del bien de la esfera pública y una aplicación temporal del mismo sin consumirlo para regresarlo luego a la esfera pública**, lo que no es posible tratándose de dinero⁽⁷⁰⁾. (El resaltado es nuestro).

En un sentido similar, la jurisprudencia colombiana en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Proceso N° 30597, del 2 de setiembre de 2008:

En este delito de peculado, el servidor público abusa de sus funciones, **cuando usa indebidamente o permite que otro use bienes del Estado**, lo cual conlleva un claro abuso de poder en beneficio propio o de terceros con su consentimiento; es decir, **la utilización o destitución que se le da a esos bienes por parte del funcionario va más allá de la órbita funcional**, de manera que se sale del marco

(67) CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo (2017). Ob. cit., p. 247.

(68) Precisa ello Castro. *Ibidem*, pp. 247-248.

(69) En igual sentido, HENRIQUE PIERANGELI, José (2013). Ob. cit., p. 1123.

(70) Ejecutoria Suprema citada por: LLAMOJA HILARES, Giulliana y SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson (dirs.) (2020). *Comentarios sistemáticos y desarrollo jurisprudencial al Código Penal peruano (una nueva interpretación a partir de la teoría de la infracción de deber)*. Lima: Editores del Centro, p. 1703. Señala Abanto Vásquez que ingresan dentro del ámbito de peculado por apropiación los supuestos de dinero, alimentos y cosas consumibles. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2003). Ob. cit., p. 344. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (2021). Ob. cit., p. 340; y CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo (2017). Ob. cit., p. 247.

legal y cae en lo arbitrario para servirse en exceso de las cosas o del patrimonio del Estado⁽⁷¹⁾. (El resaltado es nuestro).

Por último, la disposición puede ser de hecho o de derecho, es decir, no es necesario que el funcionario fácticamente tenga en su poder los caudales; basta con que pueda tomar decisión sobre ellos. Asimismo, el legislador ha establecido una pena similar para los dos supuestos de peculado, por apropiación o utilización, lo cual ha generado una crítica por un sector de la doctrina⁽⁷²⁾. Sin embargo, consideramos que, en ambos supuestos, el desvalor de la conducta y su reproche se enmarcan en arrancar de la esfera de la custodia pública el bien, en conexión con el bien jurídico penalmente protegido en el delito de peculado (eficiente y leal administración de los fondos públicos), por lo que la sanción se encuentra debidamente justificada.

7.1. Responsabilidad del sujeto público que realiza otra actividad dentro de su horario de trabajo

Un aspecto debatible lo encontramos en aquellos supuestos en los que los funcionarios o servidores públicos realizan otras actividades dentro de su horario de trabajo; por ejemplo, un abogado que en horario de trabajo brinde asesoría particular a terceros o el funcionario que en horario de trabajo realice actividades particulares a favor de su superior jerárquico (seguimiento de sus casos civiles, realizar recados personales, etcétera). En dichos supuestos, en los cuales el funcionario no invierte su tiempo en actividades institucionales, por el cual recibe un pago por parte de la Administración Pública, consideramos que deben enmarcarse –cuando el sujeto público exija, haga pagar o entregar su remuneración a la Administración– en el delito de cobro indebido, regulado en el artículo 383 del CP, y, en el caso de que no se den dichos elementos, en el ámbito administrativo sancionador, aunque autores como Vélchez mencionan que, en los casos de mano de obra de los funcionarios, sí es posible el peculado⁽⁷³⁾.

En un inicio no podríamos referirnos al delito de peculado, pues los elementos que integran dicho delito –como administrar, custodiar y percibir–, no encajan dentro del acto realizado por el funcionario al redireccionar su actividad laboral a otros espacios, fuera de la Administración Pública; esta posición es la asumida de forma mayoritaria por la doctrina española, al considerarse que la mano de obra no puede ser efecto o caudal porque no es posible

(71) Citado por CASTRO. *Ibidem*, pp. 246-247.

(72) SALINAS SICCHA, Ramiro (2014). Ob. cit., p. 314.

(73) VÉLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (2021). Ob. cit., p. 332.

apropiarse de ella, además de que no puede considerarse como cosa mueble⁽⁷⁴⁾. Igualmente, en Colombia, precisa la doctrina que no se incluye a la mano de obra dentro del circuito público, pues no es objeto apropiable y no se presta a la aprehensión física⁽⁷⁵⁾. También en Brasil, donde Henrique precisa que no configura el delito de peculado el valerse del servicio de otro funcionario, señalando que, tratar de extender la comprensión de aquel, se traduciría en una analogía *in malam partem*⁽⁷⁶⁾. De otro lado, si un superior jerárquico coacciona a sus subordinados a realizar actos que no corresponden a sus funciones (por ejemplo, “ordena” a los trabajadores a limpiar su domicilio), no consideramos –nuevamente– que nos encontremos ante un delito de peculado, en inicio porque no encaja dentro del ámbito *disposición* dicha orden, pues esta no es una orden lícita; así, los trabajadores deben negarse a cumplir lo establecido por su superior, pues el acto escapa del ámbito de sus funciones. En el caso de acatar lo dispuesto, y exigir o hacer pagar a la Administración por ello, cometerían el delito de cobro indebido, respondiendo el superior como partícipe del citado ilícito. Sin embargo, Peña considera la posibilidad de la estafa en el último de los ejemplos⁽⁷⁷⁾; no obstante, consideramos que no se puede realizar el acto de engaño, pues es el mismo funcionario quien detenta el “bien” encargado por la Administración, representando así a la Administración Pública, por lo que no puede entenderse que el funcionario se engaña a sí mismo.

8. El destinatario: para sí o para otro

Si la conducta de apropiarse o utilizar el bien público es *para sí*, en el Acuerdo Plenario N° 04-2005 se menciona que el sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. En tanto que el elemento *para otro*, señala igualmente el citado acuerdo, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito, al dominio final del tercero, el cual puede ser una persona natural o jurídica⁽⁷⁸⁾.

Sobre el particular, comprendemos que no resulta relevante especificar si el destino de la apropiación o utilización sea para el funcionario o tercero, debido a que, para efectos de la consumación, lo relevante es que el bien público

(74) Menciona esta posición Jareño, aunque no la comparte. JAREÑO LEAL, Ángeles (2011). Ob. cit., p. 110.

(75) CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo (2017). Ob. cit., pp. 237-238.

(76) HENRIQUE PIERANGELI, José (2013). Ob. cit., p. 1121.

(77) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2016). Ob. cit., p. 358.

(78) Conforme lo señala ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2003). Ob. cit., p. 354.

salga (*apartar*) de la esfera de dominio de la Administración Pública⁽⁷⁹⁾. Por lo tanto, para efectos de la configuración del delito de peculado, no es relevante el destino del bien público.

9. Caudales y efectos

Con relación al objeto material del delito⁽⁸⁰⁾, tenemos que, conforme la regulación del CP, son los caudales y efectos. Como bien indica Castro, estos deben tener tres características: “ser objetos muebles [e inmuebles], tener algún valor económico relevante y pertenecer a alguna Administración *Pública*”⁽⁸¹⁾. En lo referente a *los caudales*, estos comprenden a los bienes en general (muebles e inmuebles, corporales e incorporeales, y fungibles e infungibles) de contenido económico, incluido el dinero, que pertenecen a la Administración Pública⁽⁸²⁾, no resultando necesario que sean de propiedad estatal, sino que “se hallen en el circuito público”⁽⁸³⁾. Cabe mencionar que, como señala Lombana, también forman parte del patrimonio público los intereses que se deriven de los caudales⁽⁸⁴⁾. Este sentido amplio de elemento *caudal* ha sido comprendido por la Corte Suprema, la cual, a través del Recurso de Nulidad N° 2871-2011-Piura, señaló que los fondos del Cafae engloban el sentido del delito de peculado:

Los caudales que administran los Comités de Administración de Fondos de Asistencia y Estimulo (Cafae) tienen naturaleza pública, pues provienen de transferencias de fondos estatales, otorgándose como incentivos laborales a los trabajadores de la institución con carácter reembolsable o no reembolsable. Además, sus estados financieros deben ser entregados a la Contraloría General de la República. En tal sentido, la apropiación de estos fondos implica un perjuicio económico al Estado, pudiendo dar lugar al delito de peculado⁽⁸⁵⁾. (El resaltado es nuestro).

(79) Como señala Ferré: “(...) se perfecciona en el momento que los fondos son apartados del destino público”. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos (2007). Ob. cit., p. 909.

(80) Henrique precisa, igualmente, que el objeto jurídico de la incriminación son los bienes patrimoniales de la Administración Pública. HENRIQUE PIERANGELI, José (2013). Ob. cit., p. 118.

(81) CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo (2017). Ob. cit., p. 231.

(82) FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos (2007). Ob. cit., p. 909 y ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2003). Ob. cit., p. 347.

(83) FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos (2007). Ob. cit., p. 909, y CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo (2017). Ob. cit., p. 233.

(84) LOMBANA VILLALBA, Jaime (2011). Ob. cit., p. 246, quien coloca el ejemplo del patrimonio ingresado en una cuenta bancaria.

(85) Citado por PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2016). Ob. cit., pp. 346-347. Igualmente, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en el Recurso de Nulidad N° 4151-2011-Ica, del 5 de febrero de 2013, menciona nuevamente que la administración de los fondos del Cafae tienen un carácter público: “2.6. Respecto a lo señalado en el recurso de nulidad, sobre que los fondos el SUB-CAFAE,

Por su parte, *los efectos* comprenden aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables, acciones, *warrants*, pólizas, entre otros. Señala Abanto que debe comprenderse por aquellos a: “documentos de crédito negociables emanados de la Administración Pública: valores en papel, títulos sellos, estampillas, bonos, etc.”⁽⁸⁶⁾. Por su parte, compartiendo la posición de Henrique, consideramos que, dentro de los efectos, se comprende a energía electromagnética, química, nuclear, etc.⁽⁸⁷⁾.

Así, la comprensión del supuesto de peculado abarca a todo bien mueble o inmueble, fungible o no⁽⁸⁸⁾; en palabras de Mir, al “patrimonio público”, que es un concepto más amplio⁽⁸⁹⁾. Además, se debe precisar que, como señala Ferré, citando la Sentencia del Tribunal Supremo español del 16 de marzo de 2004 (Ref. Iustel SS 227249), el bien público no necesariamente exige un ingreso efectivo a las arcas del Estado:

(...) no se exige el ingreso efectivo o contable en las arcas del ente público, basta la constancia de un derecho expectante a su recepción por parte de aquel, entendiendo que el nacimiento de la expectativa se produce en el momento de la recepción de los caudales por la autoridad o funcionario⁽⁹⁰⁾. (El resaltado es nuestro).

no constituye dinero público, sino privado y por tanto su conducta deviene en atípica, constituye un argumento de defensa, ya que, folios cuatrocientos cincuenta y siete a cuatrocientos setenta y tres corre copia certificada de los Registros Públicos, con número de partida 11005908, en que se aprecia que mediante Resolución Directoral N° 00240 del 27 de febrero de 2004, que fue expedida por el Director del Programa Sectorial III-Unidad de Gestión Educativa de Chíncha, se constituyó el SUB-CAFAE-Chíncha; además, obra a folio quinientos sesenta y dos, copia de la Resolución Ministerial número 169-98-ED de diecinueve de febrero de mil novecientos noventa y ocho, expedida por el Ministerio de Educación, **que aprueba el Reglamento Interno de CAFAES y SUB-CAFAES de los trabajadores del sector educación, de donde se verifica su carácter de entidad pública**” (El resaltado es nuestro).

(86) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2003). Ob. cit., p. 349.

(87) Henrique precisa la energía genética, eléctrica y genética. HENRIQUE PIERANGELI, José (2013). Ob. cit., p. 1121.

(88) CUGAT MAURI, Miriam (2016). Ob. cit., pp. 423-424.

(89) MIR PUIG, Carlos (2016). Ob. cit., p. 137.

(90) FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos (2007). Ob. cit., p. 909. En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha precisado en su sentencia del 8 de febrero de 2001: “Como se analizó en la sentencia de casación del 11 de julio de 2000 (rad. 12.758), en el caso del delito de peculado, correspondiente al capítulo primero del tít. m, el recorrido por las descripciones típicas hechas en los arts. 133 a 138 del CP, indica que la administración pública estará protegida en su dimensión concreta del interés patrimonial del Estado. Se dice interés patrimonial, en lugar de la expresión más restringida de patrimonio estatal, porque las mismas disposiciones citadas involucran como objetos materiales no solo los bienes del Estado o de las empresas o instituciones en que éste tenga parte, sino también los bienes que se reconocen como propiedad de particulares o de entidades privadas, pero que se hallan afectados por un acto de autoridad oficial (los que son materia del delito y se recuperen), o cuando dichos bienes tienen una finalidad eminentemente pública, o cuando por su origen estatal, no obstante haber sido ingresada por aportación al patrimonio de una persona natural o jurídica de orden privado, conservan el mismo

10. Tipo subjetivo

Los supuestos de peculado por apropiación y utilización son dolosos, comprendiendo ello que el funcionario tiene el deber de conocer que la apropiación o utilización –“volviéndose dueño”– de bienes públicos constituye un ilícito penal⁽⁹¹⁾, no resultando necesario la concurrencia de algún *animus*⁽⁹²⁾.

Algunos autores consideran que, en el peculado por apropiación, el sujeto activo es movido por el *animus rem sibi habendi* (ánimo de hacerse propietario de un bien)⁽⁹³⁾ y ánimo de lucro (intención de obtener ganancias)⁽⁹⁴⁾, en tanto que, en el peculado por utilización, el funcionario se mueve por la voluntad de aprovecharse de las ventajas que puede brindar el bien o un ánimo de reintegro⁽⁹⁵⁾, considerando por ello que no es posible el dolo eventual⁽⁹⁶⁾, posición que ha sido compartida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en la Casación N° 102-2016-Lima, del 11 de julio de 2017, donde señaló:

El agente obra con *animus rem sibi habendi* –la intención de tener una cosa como de su propiedad o hacerla suya–.

No obstante, consideramos que no resulta necesario ningún tipo de *animus* como lo mencionado; por ejemplo, el sujeto activo puede actuar para dañar o afectar el bien público en el marco de una venganza con la institución o realizar una donación. Igualmente, el dolo puede aparecer en cualquiera de sus formas; como se mencionó, el elemento central es el deber de conocer sus competencias, por lo que también es posible el dolo eventual, como bien lo ha señalado la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en el Recurso de Nulidad N° 525-2015-Ayacucho, del 17 de marzo de 2017:

objeto social (fondos de juntas de acción comunal, auxilios o aportes oficiales)”. Sentencia citada por LOMBANA VILLALBA, Jaime (2011). Ob. cit., p. 238.

(91) Sobre los alcances del elemento subjetivo como deber de conocer, revise: MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (2019). Ob. cit., pp. 213 y ss.

(92) Peña indica que no es necesario el ánimo de lucro. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2016). Ob. cit., p. 367. Por su parte, Vilchez precisa que no es necesaria la exigencia de un elemento adicional al dolo. VILCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (2021). Ob. cit., p. 321.

(93) SALINAS SICCHA, Ob. cit. p. 311; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2003). Ob. cit., p. 356; y ALONSO PÉREZ, Francisco (2000). Ob. cit., p. 251.

(94) LOMBANA VILLALBA, Jaime (2011). Ob. cit., p. 248, y CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo (2017). Ob. cit., p. 240.

(95) LOMBANA VILLALBA, Jaime (2011). Ob. cit., p. 251, y CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo (2017). Ob. cit., p. 246.

(96) Así, ROJAS VARGAS, Fidel (2016). Ob. cit., p. 242.

UNDÉCIMO: Que, la conducta en análisis se encuentra plagada del conocimiento expreso que tenía el encausado acerca de que los recursos eran de pertenencia pública, además de que la **omisión en sus funciones generaba perjuicio en el patrimonio estatal**. Aunado a ello, cabe señalar que el elemento subjetivo del tipo –dolo– que se requiere para que se configure este delito es el de **dolo eventual**, toda vez que no se necesita ningún propósito especial o presencia de algún refuerzo subjetivo, como el “a sabiendas”, el “ánimo de lucro” o la “finalidad de enriquecimiento”. (El resaltado es nuestro).

11. Peculado de viáticos

En el supuesto de apropiación de viáticos⁽⁹⁷⁾, la Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116, ha establecido que el funcionario al cual se le asignan los citados viáticos no responde por peculado doloso, sino que dicho acto se enmarcaría en el ámbito administrativo sancionador; sin embargo, si se vale de documentación falsa (boletas fraguadas), sería pasible de la comisión del delito de falsificación de documentos⁽⁹⁸⁾:

43.º Cuando la conducta que despliega el agente público consiste en sustentar con comprobantes espurios de manera fraudulenta gastos que jamás se hicieron, y de ese modo, lograr ilícitamente quedarse con dinero público. En realidad, estaría cometiendo los delitos de falsificación de documentos (primer párrafo del artículo 427 del Código Penal), uso de documentos falsos (segundo párrafo del artículo 427 del Código Penal) o falsedad genérica (artículo 438 del Código Penal), según corresponda y no delito de peculado por apropiación.

Ello es así debido a que, cuando la Administración Pública delega determinadas actividades al funcionario público fuera del radio de sus actividades regulares (a través de comisiones de trabajo), le corresponde asumir una serie de gastos económicos que no se hubiesen generado si no se hubiese establecido dicha comisión de trabajo. Así, esos gastos se encuentran dentro del ámbito de las condiciones esenciales de vida del servidor (hospedaje, transporte y alimentación), pues el mismo no se hubiese generado si la Administración no lo hubiese determinado, por lo que un gasto inapropiado del funcionario público (no gastar en hospedaje, no alimentarse y otros), no corresponde a un delito

(97) Como se ha indicado en el Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116, los viáticos “constituyen la asignación que se otorga al funcionario o servidor público, o personal comisionado para cubrir sus gastos de alimentación, alojamiento y desplazamiento de la comisión”.

(98) En un parecer similar ROJAS VARGAS, Fidel (2016). Ob. cit., pp. 253-254. Ampliamente, el Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116.

de peculado, pues no existe propiamente una Administración, lo cual ha sido entendido por la Corte Suprema de Justicia de la República en el Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116:

Por ello vienen a formar parte de las condiciones vitales esenciales temporales del servidor en el tiempo del desplazamiento con la finalidad de que pueda atender sus necesidades básicas inherentes (alimentación, hospedaje) y movilizarse, pero solo durante el lapso que tome el circunstancial y temporal encargo; se configura como un derecho de especial naturaleza para la persona que lo cumple, al mismo tiempo un deber para el órgano estatal que lo comisionó; distinguiéndose esa asignación de cualquier otra que pudiera percibirse en administración o custodia, directamente destinada propiamente a finalidades de interés público (...) es prudente tener en cuenta que la cobertura de las necesidades primarias del comisionado desplazado forma parte del respeto a la dignidad de la persona que debe cumplir la comisión.

12. Relevancia de los bienes apropiados o utilizados

En otro orden de ideas, la acción delictiva debe caer sobre bienes de relevancia para la institución que en concreto que se ve afectada. Es decir, bienes que tengan la capacidad de poner en peligro el normal desarrollo interno de la institución específica, un bien que forme parte importante del patrimonio del Estado⁽⁹⁹⁾. Por ello, no compartimos la opinión de determinado sector de la doctrina que considera que el delito puede configurarse con la simple apropiación de cualquier bien de la institución pública⁽¹⁰⁰⁾; verbigracia, el hecho de que el administrador utilice la computadora de la persona jurídica para realizar trabajos personales o imprimir hojas para una tarea personal. Autores como Vílchez consideran que los casos precisados *sí* se deberían sancionar penalmente; indica, además, que la posibilidad de una exención de pena debería llevar a que esta también se aplique a los cohechos de poca relevancia⁽¹⁰¹⁾. No

(99) Una situación muy parecida al delito de fraude en la administración de persona jurídica. MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (2019). Ob. cit., pp. 345-346. Comparte esta posición Meini: "Es del caso diferenciar una administración fraudulenta, penalmente relevante, de una simple administración no rentable que, a lo sumo, podrá tener consecuencias civiles". MEINI MÉNDEZ, Iván (2003). "Fraude en la administración de la persona jurídica". En: *Abogados Legal Report*. Año 1. N° 8, p. 9.

(100) Salinas, al indicar: "En suma, en el delito de peculado no hay cuantía mínima, situación que consideramos adecuada con una política frontal de lucha contra la corrupción". SALINAS SICCHA, Ramiro (2014). Ob. cit., p. 319. Igualmente, Vílchez, quien considera que ello afectaría el principio de legalidad, no obstante, la insignificancia de lo apropiado o utilizado puede verse en el ámbito de la determinación de la pena. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (2021). Ob. cit., pp. 328-329.

(101) *Ibidem*, p. 328.

obstante, consideramos que, en el cohecho, a diferencia del peculado, el sujeto público no asume la posición especial del manejo de patrimonio público relevante para el adecuado desarrollo de la institución en la que realiza sus actividades funcionales, sino que, abusando de su cargo, solicita o condiciona a un tercero (particular) un beneficio (patrimonio privado), el mismo que puede resultar víctima del acto; por ello, tratar de equipar la relevancia en ambos supuestos no resulta acertado.

Sigue esta línea interpretativa la Corte Suprema de la República, como en el Recurso de Nulidad N° 512-2003-Arequipa, donde señaló que no importa la cuantía del bien para la configuración del delito de peculado doloso:

Para la configuración del delito de peculado doloso no importa la cuantía de los caudales públicos apropiados o ilícitamente utilizados, solamente que sean utilizados para fines ajenos al servicio, aunque estos hayan sido devueltos⁽¹⁰²⁾.

Consideramos que el Derecho Penal no puede ser utilizado para sancionar este tipo de conductas. A tal extremo no llega el sentido de la norma penal, la cual busca que la sociedad tenga la confianza de que se sancionará a aquel funcionario que se apropia o utiliza indebidamente bienes públicos (gestión indebida), desestabilizando de dicha manera el normal desarrollo de la institución pública; empero, dicha conducta de baja intensidad se enmarcaría dentro del ámbito administrativo sancionador⁽¹⁰³⁾. Estos fundamentos también han sido asumidos por la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 3763-2011-Huancavelica:

NOVENO: En este sentido, **el comportamiento del recurrente, de haber utilizado cuatro hojas bond, con sello de agua de la Universidad Nacional de Huancavelica**, para interponer recurso de apelación a favor de Jesús Vásquez Ampa, conforme consta a fojas treinta y uno; acusación aceptada por el encausado en su instructiva de fojas cincuenta y siete y ampliación de instructiva de fojas ciento veintidós, es una conducta reprobada jurídicamente porque **no es aceptable** que el abogado de la oficina de asesoría legal de una universidad pública utilice papeles membretados con sello de agua de la institución para litigar en sus asuntos privados que le hace pasible de sanciones administrativas, **pero no penales porque el hecho en sí mismo no produce una “perturbación social” que dote de**

(102) Citado por PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2016). Ob. cit., p. 337.

(103) Menciona la intervención mínima del Derecho Penal, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en el Recurso de Nulidad N° 1883-2012-Junín, del 5 de marzo de 2013.

relevancia penal a la conducta de manera que justifique una intervención tan drástica del Derecho penal mediante la pena. Precisamente, por no transgredir las barreras mínimas que habilitan la actuación del Derecho penal, y, mereciendo la conducta practicada claramente una sanción de corte administrativa, en atención al principio de ultima ratio, corresponde absolver al imputado de la acusación fiscal por el delito imputado. (El resaltado es nuestro).

Siguiendo la interpretación que hemos asumido, en Colombia, por ejemplo, Lombana considera que apropiaciones muy pequeñas –como un bolígrafo– no afectan el bien jurídico, por lo que no nos encontraríamos ante un delito de peculado⁽¹⁰⁴⁾.

13. Autoría y participación

El delito de peculado, a consideración de la Sala Penal Permanente, en su Recurso de Nulidad N° 615-2015-Lima, solo admite la autoría directa o personal, no admitiendo la coautoría, debido a que, al constituir un delito de infracción de deber especial –por competencia de fomento–, es personal e independiente.

En lo que respecta a la participación de un tercero, esta es factible bajo la lógica de la unidad del título de imputación, respondiendo en este caso en calidad de cómplice primario si su aporte se dirige a que el funcionario –competente– administre el bien público, para realizar con este un acto de apropiación o uso indebido⁽¹⁰⁵⁾. Así, puede suceder que el *extraneus* sustraiga materialmente, bajo la coordinación del sujeto público relacionado con el bien público⁽¹⁰⁶⁾.

Situación particular la encontramos en el supuesto del *peculado para otro*, pues, si su participación se restringe a solo recepcionar el bien público con posterioridad a la apropiación en sentido normativo del funcionario público, su participación es considerada por la doctrina como un delito de receptación⁽¹⁰⁷⁾ o lavado de activos, en el caso de que realice algunos de los elementos del delito⁽¹⁰⁸⁾. Consideramos que, si desde el inicio existe un compromiso por parte del tercero de receptar el bien público apropiado por el sujeto activo, su papel no será de receptor, sino de cómplice primario del delito de peculado

(104) LOMBANA VILLALBA, Jaime (2011). Ob. cit., p. 248.

(105) CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo (2017). Ob. cit., p. 231.

(106) Esta forma de resolución ha sido asumida en España, JAREÑO LEAL, Ángeles (2011). Ob. cit., p. 112.

(107) ROJAS VARGAS, Fidel (2016). Ob. cit., p. 250.

(108) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2016). Ob. cit., p. 360.

doloso, por lo que podría —el marco punitivo abstracto— circunscribirse la pena a la del autor. Sin embargo, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en la Casación N° 102-2016-Lima, del 11 de julio de 2017, ha establecido de forma restrictiva la complicidad:

c) Dominio funcional del hecho, la complicidad en el delito de peculado se da desde la etapa de preparación del hecho hasta antes de la consumación, siendo el cómplice primario (o necesario) aquel que desde dicha etapa aporta al hecho principal, una contribución sin la cual el delito no hubiera sido posible de cometer; estando compuesto por dos elementos, a saber: i) La intensidad objetiva de su aporte al delito, vale decir que sin él el hecho no hubiera podido cometerse, y ii) El momento en que realiza su aporte, el mismo que debe ser anterior a la ejecución y en algunos casos hasta durante la ejecución del mismo, pero en este último se debe verificar que no tuvo dominio del hecho, en tal sentido respondería como autor.

14. Consumación

El delito se consuma con el desplazamiento patrimonial a la esfera del sujeto activo, entendiéndose dicho desplazamiento como la facultad del funcionario de manejar (disponer) el patrimonio estatal —arbitrariamente— como si fuese suyo, es decir, dispone de estos como si fuese dueño del bien⁽¹⁰⁹⁾, incorporándolos a su patrimonio, encontrándonos así ante un delito de peligro concreto⁽¹¹⁰⁾ y de consumación instantánea⁽¹¹¹⁾, sin que sea necesario obtener una ventaja económico-patrimonial⁽¹¹²⁾. La posterior devolución de lo apropiado no excluye la comisión del delito⁽¹¹³⁾. Por ello, es necesario establecer la afectación patrimonial al Estado: disposición (manejo indebido del patrimonio) imputable al sujeto público (competente). Esta perspectiva ha sido establecida en el plano comparado de forma reiterativa por la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en su sentencia del 24 de enero de 2007:

(109) ALONSO PÉREZ, Francisco (2000). Ob. cit., p. 252, y ROJAS VARGAS, Fidel (2016). Ob. cit., p. 260. Considera al peculado como un delito de resultado, JAREÑO LEAL, Ángeles (2011). Ob. cit., p. 121. En tanto Lombana considera al supuesto de apropiación como un delito de carácter instantáneo, a pesar de ello considera factible la tentativa. LOMBANA VILLALBA, Jaime (2011). Ob. cit., pp. 248-249.

(110) En este sentido, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2016). Ob. cit., p. 355.

(111) Indica que el delito es consumación instantánea, HENRIQUE PIERANGELI, José (2013). Ob. cit., p. 1124.

(112) Este es el sentido de la regulación en Italia, CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo (2017). Ob. cit., p. 249. Menciona que no hace falta un provecho económico, VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (2021). Ob. cit., p. 337.

(113) HENRIQUE PIERANGELI, José (2013). Ob. cit., p. 1122.

Ahora bien, para la estructuración del delito de peculado por apropiación, no es imprescindible que los caudales oficiales respecto de los cuales el servidor público ostenta una relación funcional de administración jurídica o material, ingresen a su esfera patrimonial o de dominio, **siendo el momento consumativo el acto externo de disposición de los bienes públicos**⁽¹¹⁴⁾. (El resaltado es nuestro).

En tal sentido, es perfectamente comprensible la tentativa en el delito, como menciona Mestre:

Admite, en consecuencia, tanto la tentativa inacabada (si el sujeto activo no llega a apoderarse del objeto) **como la acabada** (si, pese al apoderamiento, no acaece la disponibilidad sobre el mismo)⁽¹¹⁵⁾.

Igualmente, no se requiere de un provecho por parte del funcionario o tercero para la consumación del delito; para el caso del peculado por utilización, tampoco se requiere que efectivamente haya realizado un daño o deterioro del bien público; como se mencionó *ut supra*, el elemento central del peculado es la disposición privada del funcionario o servidor público, pues el desvalor de uso se enmarca en la perturbación que origina en el desarrollo de los caudales o efectos públicos⁽¹¹⁶⁾. La Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Recurso de Nulidad N° 525-2015-Ayacucho, del 17 de marzo de 2017, señaló que no se requiere de un provecho o utilidad para su consumación:

DUODÉCIMO: Con respecto a lo señalado, el tipo penal de peculado **no requiere que se produzca para consumarse un provecho económico o utilidad para el sujeto activo o tercero**, aunque podría interpretarse que la incorporación de los caudales sea una modalidad de provecho. (El resaltado es nuestro).

Para la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en la Casación N° 102-2016-Lima, del 11 de julio de 2017⁽¹¹⁷⁾, el delito de peculado doloso es un delito de resultado; empero, no lo compartimos, pues los delitos

(114) LOMBANA VILLALBA, Jaime (2011). Ob. cit., p. 248.

(115) MESTRE DELGADO, Esteban (2015). Ob. cit., p. 758. Comparte ello, HENRIQUE PIERANGELI, José (2013). Ob. cit., p. 1125.

(116) Así, LOMBANA VILLALBA, Jaime (2011). Ob. cit., p. 251.

(117) “[En el peculado, al] ser un delito de resultado, la consumación se realiza instantáneamente al producirse la apropiación de los caudales o efectos por parte del sujeto activo, vale decir, cuando este incorpora parte del patrimonio público a su patrimonio personal. (...)”

19.3. La consumación del peculado doloso se produciría entonces cuando el sujeto activo haya incorporado a su esfera de dominio los caudales públicos separándolos, extrayéndolos, quitándolos o desviándolos ‘de las necesidades del servicio, haciéndolos suyos’”.

de resultado requieren de un daño al objeto penal, en este caso al patrimonio, lo cual no se produce, por ejemplo, en el caso del peculado por utilización o en el caso del peculado por apropiación, cuando el funcionario, arrepentido con posterioridad, devuelve el bien público.

15. Penalidad

Para efectos de la pena, el delito será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del CP, y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Además, conforme al Decreto Legislativo N° 1351, del 7 de enero de 2017, que modificó el artículo 57 del CP, para los delitos de peculado, colusión, malversación y otros, la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad es inaplicable para los funcionarios o servidores públicos, debiendo entenderse dicho supuesto para el funcionario competente de la administración de los bienes públicos, con lo cual no se comprende al cómplice o instigador, pues para ellos sí se puede suspender la pena privativa de la libertad. Cabe precisar, además, que la inaplicación se restringe al peculado doloso, mas no al peculado imprudente.

De otro lado, con relación a las agravantes, estas se circunscriben a una pena no menor de ocho años ni mayor de quince años de pena privativa de la libertad y a la inhabilitación perpetua, conforme los parámetros del artículo 36 del CP, incisos 1, 2 y 3. Así, sobre la inhabilitación perpetua, siguiendo la línea represiva de nuestro legislador, el sujeto público no podrá ejercer nuevamente la función estatal, situación que ha recibido críticas por ir en contra del principio de resocialización⁽¹¹⁸⁾. Empero, consideramos en inicio que la inhabilitación no guarda relación con la resocialización, pues la afectación de esta última está encaminada a que el ciudadano deje de interactuar en sociedad, algo que no sucederá con la primera. Además, lo que se consigue con ella es limitar en alguna medida la actuación del sujeto activo, mas no imposibilitarlo a desarrollarse en otros ámbitos laborales o sociales, por lo que, por ejemplo, su derecho al trabajo no se ve afectado; no se anula su título profesional o técnico para ejercerlo en el ámbito privado⁽¹¹⁹⁾.

Asimismo, el marco punitivo es similar en las dos modalidades de peculado, por apropiación o utilización. Sobre este último supuesto, existe una crítica por parte de la doctrina con relación al delito de peculado por utilización, debido a que la pena para este último caso es menor (de dos a cuatro años de

(118) Así, SANTILLÁN RODRÍGUEZ, Ronny (2021). Ob. cit., p. 26.

(119) En este sentido, LIMAYLLA TORRES, Abraham de Jesús (2021). “Circunstancias agravantes del delito de peculado doloso con arreglo a la Ley N° 31178”. En: *Actualidad Penal*. N° 86, p. 43.

pena privativa de la libertad)⁽¹²⁰⁾; empero, como ya lo referimos líneas arriba, el eje central del peculado es la separación del bien público a través de la disponibilidad del funcionario, situación que se produce tanto en el peculado por apropiación como por utilización.

16. Necesidad de pericia para el peculado

No resulta necesaria la realización de una pericia en todos los casos⁽¹²¹⁾, pues, como se mencionó, el delito de peculado no es un delito de resultado, menos aún, por ejemplo, para el caso del peculado por uso. Empero, en la casuística, en muchos casos se podrá observar un perjuicio patrimonial, por lo que la pericia puede servir para acreditar dicho perjuicio que, para efectos procesales, resulta importante. Así, en el Recurso de Nulidad N° 484-2014-Ayacucho, nuestra Corte Suprema de Justicia ha precisado:

(...) las irregularidades en el manejo del caudal o efecto público también pueden ser acreditadas mediante prueba indiciaria; de ahí, que no es indispensable la pericia contable (...).

Por ejemplo, para el caso del peculado por utilización, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema ha indicado, en la Casación N° 131-2016-Callao, del 21 de marzo de 2017, que no es necesario la realización de una pericia:

DÉCIMO NOVENO. En ese sentido, podemos concluir que en el delito de peculado en la modalidad de utilización no es necesario que se practique una pericia contable para establecer el perjuicio patrimonial que se causó al Estado (que se requiere cuando se trata de la modalidad de peculado por apropiación), pues se sanciona al agente por usar el bien de la administración pública ilegalmente (y sin el ánimo apropiatorio), independientemente de la producción de un perjuicio patrimonial.

III. PECULADO IMPRUDENTE

De otro lado, el Acuerdo Plenario N° 04-2005 estableció el marco de comprensión sobre el supuesto imprudente en el delito de peculado⁽¹²²⁾. Este

(120) Crítica mencionada por PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2016). Ob. cit., p. 359.

(121) Posición compartida por VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (2021). Ob. cit., p. 321. En Brasil, HENRIQUE PIERANGELI, José (2013). Ob. cit., p. 1125.

(122) Sobre el término imprudente, consideramos el más adecuado, conforme lo vienen señalando de forma reiterativa la doctrina, para el supuesto del peculado, de manera específica, lo menciona: BORJAS CALDERÓN, Karl Andrei (s/f). *El peculado imprudente en la legislación penal peruana*, p. 10 Recuperado de: <https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20200708_02.pdf. 2020>.

supuesto imprudente ha sido destipificado en otras legislaciones, como la española, por considerarlo de poca relevancia; empero, es regulada en la mayor parte de las legislaciones latinoamericanas: Argentina (artículo 262), Bolivia (artículo 143), Colombia (artículo 154), Chile (artículo 234), Brasil (artículo 312), Panamá (artículo 154), Cuba (artículo 421), Guatemala (artículo 446), Honduras (artículo 393) y Costa Rica (artículo 353)⁽¹²³⁾.

En inicio, el supuesto de sustracción de peculado, para el delito imprudente, solo puede ser realizado por un tercero y no por el mismo funcionario; el tercero se vale del estado de descuido en el que se encuentra el funcionario. En el Código Penal brasileño, se requiere para su consumación que la sustracción la realice un tercero para la configuración del peculado culposo⁽¹²⁴⁾, situación que, por ejemplo, no se precisa de forma explícita en la legislación colombiana, donde la imprudencia no depende del actuar de otra persona que no fuese el sujeto público, castigando así en el ámbito imprudente la pérdida, extravío o deterioro del bien, lo cual, desde luego, no excluye que un tercero pueda apropiarse de aquel, ingresando el último supuesto como bien perdido⁽¹²⁵⁾.

Normalmente, el tercero comete un delito doloso (por ejemplo, hurto), en tanto que el funcionario comete el delito de peculado imprudente; este último, por facilitar o propiciar la sustracción a través de la infracción de su deber de cuidado de los caudales o efectos públicos colocados en su ámbito de competencia, castigando al funcionario por dicha infracción⁽¹²⁶⁾. Por ello, algunos autores consideran que el funcionario no afecta el bien jurídico honradez o probidad⁽¹²⁷⁾. Además, como menciona el Acuerdo Plenario N° 04-2005, no es indispensable que el tercero obtenga un provecho. La Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en la Casación N° 102-2016-Lima señala:

19.5. El delito de peculado culposo se configura cuando el funcionario o servidor público, por culpa o negligencia, da ocasión, permite, tolera u origina que un tercero sustraiga de la Administración Pública, caudales o efectos que están confiados por razón del cargo que cumple o desarrolla para el Estado.

(123) Así lo precisa HENRIQUE PIERANGELI, José (2013). Ob. cit., p. 1127.

(124) Ídem.

(125) Como precisa Castro, es posible que en el peculado imprudente el sujeto público haya permitido que un tercero se apropie del bien. CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo (2017). Ob. cit., p. 240.

(126) Crítico con la posibilidad de un delito de peculado imprudente conforme la estructura del artículo 387° del CP, considerando lo más plausible recurrir al derecho administrativo sancionador. BORJAS CALDERÓN, Karl Andrei (s/f). Ob. cit., p. 11.

(127) ROJAS VARGAS, Fidel (2016). Ob. cit., p. 256.

Para la comprensión del delito de peculado imprudente, pasaremos al desarrollo de sus elementos:

1. La imprudencia del funcionario o servidor público

Para el supuesto de peculado imprudente, el funcionario público descuida, no observa los reglamentos pertinentes o no toma las precauciones adecuadas para evitar la sustracción de los bienes colocados en su ámbito de administración⁽¹²⁸⁾, comprendiendo por ello a aquellas exigencias de cuidado establecidos normativamente o de acuerdo con sus capacidades personales⁽¹²⁹⁾. Indica la Corte Suprema de Justicia, en el Recurso de Nulidad N° 4488-2006-La Libertad, que:

(...) la falta de observancia de las precauciones necesarias –exigibles al agente por su vinculación funcional– la que origina (propicia o facilita) la sustracción de un bien estatal por parte de terceros.

Asimismo, precisa Castro que la inobservancia de cuidado tiene dos manifestaciones: “el deber de cuidado interno que consiste en la obligación de advertir la presencia del peligro y el deber de cuidado externo, según el sindicado cual debía comportarse externamente conforme a la norma de cuidado advertida con anterioridad”⁽¹³⁰⁾. El Acuerdo Plenario N° 04-2005 señaló que la infracción del deber de cuidado está relacionada, además, con que un tercero sustraiga, no con la pérdida del bien por parte del funcionario, donde puede ingresar también el deterioro del bien⁽¹³¹⁾; concretizándose de esta forma la imputación objetiva relacionada con los delitos imprudentes: realización de un riesgo no permitido y la concretización en el resultado.

Esta infracción del deber de cuidado –falta de atención o incuria– puede configurarse a través de una incorrecta administración de fondos públicos (un sentido más amplio). Por ejemplo, en el Recurso de Nulidad N° 1226-2009-Ayacucho, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema estableció que los pagos negligentes del funcionario a favor de un tercero constituyen el delito de peculado imprudente:

El delito de peculado requiere acreditar el dolo, esto es, que los procesados conocieron y quisieron realizar los elementos del tipo penal

(128) Indica Salinas Siccha que el funcionario descuida su función de vigilar o custodiar los bienes públicos. SALINAS SICCHA, Ramiro (2014). Ob. cit., p. 356.

(129) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2003). Ob. cit., p. 367.

(130) CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo (2017). Ob. cit., p. 241.

(131) Situación que sí es punible en la legislación colombiana. LOMBANA VILLALBA, Jaime (2011). Ob. cit., p. 255.

(conocimiento y voluntad). El hecho de que los encausados no hayan efectuado un adecuado control del manejo presupuestal del sector que propició que se efectúen pagos indebidos a terceros, no revela una conducta dolosa, sino conlleva colegir un proceder negligente o culposo de los procesados⁽¹³²⁾.

De otro lado, como lo señala Salinas: “no hay delito de peculado culposo en la modalidad de utilización”⁽¹³³⁾. Ello va de la mano con el entendido de que la sustracción implica la separación del patrimonio estatal del ámbito de administración del sujeto público; en tal sentido, no se puede hacer referencia, como en el peculado por utilización, de un peculado imprudente por uso, pues el funcionario pierde toda competencia con la sustracción por parte del tercero del bien público.

2. La sustracción

Como se mencionó, sobre este supuesto se entiende al alejamiento por parte del tercero de los bienes públicos del ámbito de administración del funcionario o servidor competente⁽¹³⁴⁾, tercero que aprovecha la situación de descuido (infracción de deber de cuidado) del funcionario para apropiarse de todo o parte del bien público. Sobre el particular, para que propiamente se configure el resultado, es necesario que el tercero cuente con la posibilidad de disponer el bien público, pues ello queda enmarcado dentro del espacio de la imputación objetiva (creación del riesgo y concretización del resultado). Asimismo, cuando hacemos referencia a la sustracción, entendemos que el tercero aprovecha la situación de descuido del funcionario, por lo que no se realiza propiamente si el acto del tercero no se enmarca dentro de los contornos de la sustracción. Asimismo, el tercero no necesariamente es un sujeto mayor de edad, pues también un menor infractor puede realizar la sustracción.

Finalmente, la pérdida o extravío de los bienes públicos por parte del funcionario no engloba el peculado imprudente, debido a que el mismo tipo penal exige la sustracción de un tercero, lo cual no se daría con el supuesto de extravío.

IV. AGRAVANTES EN EL DELITO DE PECULADO

Conforme a la Ley N° 31178, se incorporaron nuevas agravantes al delito de peculado doloso, que conlleva a penas más graves: ahora se puede imponer

(132) Citado por PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2016). Ob. cit., p. 367.

(133) SALINAS SICCHA, Ramiro (2014). Ob. cit., p. 356.

(134) Así, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2003). Ob. cit., p. 368.

hasta quince años de pena privativa de la libertad, además de inhabilitación perpetua. La primera agravante incorporada se relaciona con la participación del sujeto público dentro de una organización criminal (integrante, persona vinculada o que actúe por encargo de ella). Así, para efectos de entender la comprensión de una organización criminal debemos recurrir a la Ley N° 30077, artículo 2:

(...) se considera organización criminal a cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves.

Asimismo, debemos indicar que este supuesto agravado ya se encontraba regulado en la citada ley (artículo 22, inciso 1, literal “c” –agravantes especiales⁽¹³⁵⁾–), por lo que ya no se podrá aplicar dicha agravante al encontrarse regulado de forma explícita en el artículo 387 del CP.

La segunda circunstancia agravante, que se aplica al peculado doloso e imprudente, se encuentra relacionada con la finalidad pública de los bienes, específicamente a los fines asistenciales o programas de apoyo social. En tal sentido, conforme a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia en el Recurso de Nulidad N° 2664-2003-Arequipa, del 19 de mayo de 2004:

(...) es de sostener que por bienes destinados a **finés asistenciales cabe reputar a los que emergen de campañas específicas de ayuda o auxilio destinadas a cubrir urgencias coyunturales de la población necesitadas –entre otras, en el área de salud– ya sea mediante la asignación de recursos del Estado o de la cooperación internacional**⁽¹³⁶⁾. (El resaltado es nuestro).

Con relación a los programas de apoyo social, estos tienen como finalidad brindar apoyo o protección social a personas en situación de vulnerabilidad; dicho apoyo se enmarca en una subvención económica u otorgamiento de un servicio (alimentario) que posibilite mejorar su situación de vida (por

(135) Ley N° 30077. Artículo 22. Agravantes especiales:

1. El juez aumenta la pena hasta en una tercera parte por encima del máximo legal fijado por el delito cometido, sin que en ningún caso pueda exceder los treinta y cinco años, en los siguientes supuestos: (...) c) Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, es funcionario o servidor público y ha abusado de su cargo o se ha valido del mismo para cometer, facilitar o encubrir el delito”.

(136) Ejecutoria citada por SALINAS SICCHA, Ramiro (2014). Ob. cit., p. 355.

ejemplo, acceso a servicios públicos o adecuados hábitos de consumo escolar). Estos programas tienen un carácter más permanente⁽¹³⁷⁾, a diferencia de los fines asistenciales. En nuestro país, tenemos casos emblemáticos, como el Programa Nacional de Asistencia Solidaria Pensión 65, creado mediante Decreto Supremo N° 081-2011-PCM, y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, creado mediante Decreto Supremo N° 008-2012-MIDIS.

La tercera circunstancia agravante se establece cuando el sujeto público se aprovecha de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o cuando la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional. Así, con relación al primer supuesto, podemos recurrir a la Ley N° 26842, Ley General de Salud, que, en sus artículos 130 y 131, establece algunas características vinculadas con la agravante; por ejemplo, son de duración momentánea, de riesgo inminente y grave, entre otros. Por su parte, la calamidad pública se relaciona con una situación de tal magnitud que afecte de forma grave a la ciudadanía; podemos encontrar como ejemplos de ella a fenómenos de carácter natural (inundaciones, sismos, etcétera) o producidos por la mano del hombre (bombas, incendios de gran repercusión, etcétera), los cuales requieren de una respuesta inmediata y eficaz por parte de la Administración Pública⁽¹³⁸⁾. Empero, consideramos que dicha situación (calamidad) no debe ser —necesariamente— establecida por ley, pues el objetivo de esta agravante se circunscribe al mayor desvalor de la conducta del sujeto público en relación con una prestación estatal más eficiente y solidaria. Sobre el segundo supuesto, al igual que en casos como los delitos del artículo 162 (interferencia de comunicaciones) o delitos de ciberdelincuencia (Ley N° 30096), la conducta del sujeto público debe relacionarse con la apropiación o utilización de bienes públicos enmarcados en actividades que vinculen directamente a la defensa; actos, por ejemplo, como la adquisición de drones, vehículos o armamentos⁽¹³⁹⁾ en la lucha contra el terrorismo, etcétera; inclusive, encajarían en dicha agravante la adquisición de alimentos o vestimenta que podrían afectar la adecuada actividad de los militares.

Con relación al valor de lo apropiado o utilizado, si este sobrepasa las diez unidades impositivas tributarias (en adelante, UIT), se le aplica una pena más severa al sujeto público. Sobre el particular, la UIT es un valor de referencia que puede ser utilizado en las normas tributarias, el cual es determinado mediante decreto supremo del Ministerio de Economía y Finanzas; por

(137) Así, SANTILLÁN RODRÍGUEZ, Ronny (2021). Ob. cit., p. 22.

(138) Precisa que deben ser atendidos de forma urgente, *Ibidem*, p. 23.

(139) Igualmente, LIMAYLLA TORRES, Abraham de Jesús (2021). Ob. cit., p. 38.

ello, debe entenderse sobre esta agravante que nos encontramos ante una ley penal en blanco.

Por último, resulta interesante lo establecido en la legislación de Colombia, la cual también regula una atenuante cuando el monto de lo apropiado resulte menor a cincuenta salarios mínimos⁽¹⁴⁰⁾, situación que debería aplicarse en nuestra legislación.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2003). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra.
- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2020). “Modelos de protección penal del patrimonio público”. En: Martínez Huamán, Raúl Ernesto (dir.). *La corrupción. Criminología, Derecho Penal. Parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal*. Lima: Editores del Centro.
- ALONSO PÉREZ, Francisco (2000). *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*. Madrid: Dykinson.
- BORJAS CALDERÓN, Karl Andrei (s/f.). *El peculado imprudente en la legislación penal peruana*. Recuperado de: <https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20200708_02.pdf. 2020>.
- CARRIÓN DÍAZ, Juan Elías (2018). “La vinculación funcional específica como criterio orientador para una imputación del delito de peculado en grado de autoría. Comentario a la Casación N° 160-2014-Santa”. En: *Jurisprudencia penal comentada*. HUAMÁN CASTELLARES, Daniel (dir.). Lima: Editores del Centro.
- CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo (2017). *La corrupción pública y privada: causas, efectos y mecanismos para combatirla*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- CUGAT MAURI, Miriam (2016). *Compendio de la parte especial del Derecho Penal. Ajustado al programa de ingreso en las carreras judicial y fiscal*. Quintero Olivares, Gonzalo (dir.). Navarra: Thomson Reuters - Aranzadi.

(140) Así lo precisa LOMBANA VILLALBA, Jaime (2011). Ob. cit., p. 246.

- DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2014). *Informe Defensorial N° 168. El archivo fiscal de denuncias por peculado y colusión: estudio realizado en los distritos fiscales de Lima, Áncash, Ayacucho y Junín*. Lima: Defensoría del Pueblo.
- FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos (2007). “De la malversación”. En: ARROYO ZAPATERO, Luis y AA.VV. (dirs). *Comentarios al Código Penal*. Madrid: Iustel.
- HENRIQUE PIERANGELI, José (2013). *Código Penal. Comentado artigo por artigo*. São Paulo: Verbatim.
- JAREÑO LEAL, Ángeles (2011). *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*. Madrid: Iustel.
- LIMAYLLA TORRES, Abraham de Jesús (2021). “Circunstancias agravantes del delito de peculado doloso con arreglo a la Ley N° 31178”. En: *Actualidad Penal*. N° 86.
- LLAMOJA HILARES, Giuliana y SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson (dirs.) (2020). *Comentarios sistemáticos y desarrollo jurisprudencial al Código Penal peruano (una nueva interpretación a partir de la teoría de la infracción de deber)*. Lima: Editores del Centro.
- LOMBANA VILLALBA, Jaime (2011). “Peculado”. En: Castro Cuenca, Carlos. *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. Bogotá: Temis.
- MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (2009). “El delito de uso indebido del patrimonio de la persona jurídica”. *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia (RAE)*. Tomo 18, Año 2. Lima: Caballero Bustamante.
- MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (2013). “Comentarios a la Casación N° 301-2011-Lambayeque. Ámbito y límites de la aplicación del delito de apropiación ilícita”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. N° 47.
- MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (2019). “Cohecho pasivo propio: análisis del artículo 393 del Código Penal”. En: *Actualidad Penal* N° 65.
- MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. *Delito de colusión. Doctrina y jurisprudencia*. Lima: Editores del Centro, 2019.

- MEINI MÉNDEZ, Iván (2003). “Fraude en la administración de la persona jurídica”. En: *Abogados Legal Report*. Año 1. N° 8.
- MESTRE DELGADO, Esteban (2015). “Delitos contra la Administración Pública”. En: *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*. LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.). 3ª edición. Madrid: Colex.
- MIR PUIG, Carlos (2016). *Comentarios a los delitos contra la Administración Pública*. Lima: Instituto Pacífico.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (2015). “Delitos contra la Administración Pública”. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.) y RAGUÉS I VALLÉS, Ramón (coord.). *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. 4ª edición. Barcelona: Atelier.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2016). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Instituto Pacífico.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor (2017). *Derecho Penal. Parte especial: los delitos*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- PROCURADURÍA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN (2020). *Informe Especial: Corrupción en el Sistema de Justicia: Caso “Los Cuellos Blancos del Puerto”*. Recuperado de: <<https://procuraduriaanticorrupcion.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2020/04/INFORME-ESPECIAL-CORRUPCION-EN-EL-SISTEMA-DE-JUSTICIA-1.pdf>>.
- ROJAS VARGAS, Fidel (2016). *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Tesis.
- SALINAS SICCHA, Ramiro (2014). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley.
- SANTILLÁN RODRÍGUEZ, Ronny (2021). “El delito de peculado agravado: análisis de la Ley N° 31178, que incorpora circunstancias agravantes al artículo 387 del Código Penal”. En: *Actualidad Penal*. N° 86.
- VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (2021). *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro.

EL DELITO DE PECULADO

JAIME LOMBANA VILLALBA^(*)

I. BIEN JURÍDICO

La especial naturaleza del delito de peculado ha motivado que en algunos países como Alemania⁽¹⁾ e Italia⁽²⁾ se prefiera su tipificación como delito contra el patrimonio económico, y en otros, como España y Colombia, se considere como un delito contra la Administración Pública⁽³⁾.

A favor de la consideración del peculado como delito netamente patrimonial se afirma su configuración como delito especial impropio, el carácter económico de sus objetos materiales (caudales o efectos), la posibilidad de que estos no tengan un carácter público y la exigencia del ánimo de lucro en la conducta del sujeto activo⁽⁴⁾. En contra de su carácter exclusivamente patrimonial, se señala que siempre tiene que existir una vinculación del sujeto activo con el objeto material para que se configure el delito de peculado⁽⁵⁾.

La mayoría de la doctrina considera que el peculado es un delito pluriofensivo, pues constituye una infracción del deber de fidelidad del funcionario con la administración y además lesiona los intereses patrimoniales del Estado⁽⁶⁾. En este sentido, en España y Colombia, el peculado se considera

(*) Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Candidato a doctor en Derecho Penal en la Universidad de León (España). Magíster en Ciencia Política y licenciatura en Criminología en la Universidad de Bruselas. Especializado en Derecho Penal y Derecho Penal Especial de la Universidad de Salamanca. Profesor de la Universidad del Rosario.

(1) En Alemania, el peculado se castiga como una modalidad agravada de la conducta punible de lesión de confianza en el artículo 246 de su CP.

(2) En Italia, el peculado es un delito patrimonial agravado contemplado en el artículo 314 del CP.

(3) En España, el peculado se considera como un delito contra la Administración Pública en los artículos 432 a 435 del CP de 1995; mientras que en Colombia se incluye dentro del capítulo de los delitos contra la Administración Pública consagrados en el tít. xv del libro segundo del CP.

(4) ABRAHAM CASTRO MORENO, *La malversación de caudales en el Código Penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 52-53.

(5) JOSÉ OLIVEROS ROSELLÓ, "La malversación en el Código Penal de 1995", en JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, p. 271.

(6) FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 998; JESÚS CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal* (doctrina y jurisprudencia), Barcelona, Bayer Hermanos, S. A., 1999, págs. 244-245;

como un delito contra la Administración Pública, pues además del patrimonio público también lesiona los servicios que mediante este han de prestarse a la comunidad⁽⁷⁾.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia señala que los delitos contra la Administración Pública tutelan el correcto funcionamiento de esta administración, pero cada uno de ellos salvaguarda un objeto particular de ella, el cual en el delito de peculado corresponde a la tutela del interés patrimonial del Estado⁽⁸⁾.

En concreto, con relación a este delito, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “el objeto de tutela en esta modalidad de peculado es el bien jurídico de la Administración Pública, reitera la Sala, en cuanto su protección está encaminada a la correcta administración de los bienes del Estado en todos sus niveles”⁽⁹⁾.

Carlos MIR PUIG, *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, Barcelona, Bosch, 2000, pp. 280-281; Lorenzo MORILLAS CUEVA, “Delitos contra la Administración Pública (i)”, en Manuel Cobo del Rosal (Coord.), *Derecho Penal español. Parte especial*, Madrid, Dykinson, 2005, p. 915.

(7) Tomás SALVADOR VIVES ANTÓN *et al.*, *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 930.

(8) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sent. de 8 febrero 2001, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego. “De acuerdo con el libro segundo, tít. III del CP., el bien jurídico protegido en el delito examinado es el correcto funcionamiento de la *Administración Pública*. La distribución de los tipos legales en capítulos, con sus respectivas denominaciones, significa que en cada caso se tutela una dimensión distinta de la Administración Pública, pues sería diverso el amparo según se trate del peculado, o la concusión, el cohecho, la celebración indebida de contratos, el tráfico de influencias, el enriquecimiento ilícito, el prevaricato, el abuso de autoridad y otras infracciones, la usurpación y abuso de funciones públicas, o los delitos contra servidores públicos. Y es distinto el ámbito de protección, siempre dentro de la Administración Pública, no solo por la variedad existencial de las conductas y los modos de comisión, sino también por los sujetos que en cada caso se ven involucrados.

“Ahora bien, la misma definición de los tipos legales, como conductas prohibidas, delimita el ámbito de protección penal del bien jurídico de la Administración Pública, que de otra manera quedaría expuesto a interpretaciones amplias y extrajurídicas nocivas a los principios de seguridad jurídica y legalidad”.

“Como se analizó en la sentencia de casación del 11 de julio de 2000 (rad. 12.758), en el caso del delito de peculado, correspondiente al capítulo primero del tít. III, el recorrido por las descripciones típicas hechas en los arts. 133 a 138 del CP., indica que la Administración Pública estará protegida en su dimensión concreta del *interés patrimonial del Estado*. Se dice *interés patrimonial*, en lugar de la expresión más restringida de *patrimonio estatal*, porque las mismas disposiciones citadas involucran como objetos materiales no solo los bienes del Estado o de las empresas o instituciones en que este tenga parte, sino también los bienes que se reconocen como propiedad de particulares o de entidades privadas, pero que se hallan afectados por un acto de autoridad oficial (los que son materia del delito y se recuperan), o cuando dichos bienes tienen una finalidad eminentemente pública, o cuando por su origen estatal, no obstante haber ingresado por aportación al patrimonio de una persona natural o jurídica de orden privado, conservan el mismo objetivo social (fondos de juntas de acción comunal, auxilios o aportes oficiales)”.

(9) *Ibidem*, sent. de 2 diciembre 2008, M. P. Javier ZAPATA ORTIZ.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El peculado nació en Roma como la sustracción de ganado (denominado *pecus* en latín)⁽¹⁰⁾, que se distinguía del simple hurto, pues se hacía sobre un bien común o público catalogado como *res sacra*⁽¹¹⁾. Posteriormente, el concepto se extendió al hurto de cualquier cosa mueble perteneciente al Estado, es decir, al *aerarium* o patrimonio del pueblo romano, pudiendo ser su autor cualquier persona⁽¹²⁾.

En Colombia, el peculado como forma de apropiación o distracción de bienes públicos estaba ya consagrado en el Código Penal de 1890, el cual tipificaba diversas modalidades de él, que seguían en líneas generales lo dispuesto por el Código Penal español de 1870: la utilización de los caudales o efectos para objetos privados sin afectar las atenciones de la Hacienda⁽¹³⁾, la utilización de los caudales o efectos para objetos privados afectando las atenciones de la Hacienda⁽¹⁴⁾, la utilización de caudales para usos públicos distintos⁽¹⁵⁾, la realización de operaciones indebidas con perjuicio de la nación o de un tercero⁽¹⁶⁾, el peculado culposo⁽¹⁷⁾ y el favorecimiento de fraudes a las rentas del Estado⁽¹⁸⁾, conductas punibles que se aplican también al departamento, distrito, establecimiento público⁽¹⁹⁾.

El Código Penal de 1936 adopta el sistema del Código Penal italiano de 1936, consagrando el peculado por aplicación oficial diferente⁽²⁰⁾, el peculado por uso⁽²¹⁾ y el peculado culposo⁽²²⁾. En años más recientes, el Código Penal de 1980 aumentó el número de conductas punibles relacionadas con el peculado, consagrando: el peculado por apropiación⁽²³⁾, el peculado por uso⁽²⁴⁾, el

(10) Carlos MIR PUIG, *op. cit.*, p. 276; Jesús CATALÁN SENDER, *op. cit.*, p. 249.

(11) Jesús CATALÁN SENDER, *op. cit.*, p. 249.

(12) Carlos MIR PUIG, *op. cit.*, p. 276.

(13) CP. de 1890, art. 458.

(14) *Ibidem*, art. 459.

(15) *Ibidem*, art. 461.

(16) *Ibidem*, art. 463.

(17) *Ibidem*, art. 464.

(18) *Ibidem*, arts. 474-475.

(19) *Ibidem*, arts. 480 a 484.

(20) CP. de 1936, art. 150.

(21) *Ibidem*, art. 151.

(22) *Ibidem*, art. 154.

(23) CP. de 1980, art. 133.

(24) *Ibidem*, art. 134.

peculado por error ajeno⁽²⁵⁾, el peculado por aplicación oficial diferente⁽²⁶⁾, el peculado culposo⁽²⁷⁾, el peculado por extensión⁽²⁸⁾; y más adelante se incluiría el peculado por destinación de recursos del tesoro para estimular o beneficiar directa o por interpuesta persona a los explotadores y comerciantes de metales preciosos⁽²⁹⁾, conductas punibles cuyas penas fueron aumentadas por el Estatuto Anticorrupción⁽³⁰⁾.

El Código Penal de 2000 sanciona casi las mismas modalidades de peculado (con excepción del peculado por extensión): peculado por apropiación⁽³¹⁾, peculado por uso⁽³²⁾, peculado por aplicación oficial diferente⁽³³⁾, peculado culposo⁽³⁴⁾, omisión de agente retenedor⁽³⁵⁾ y el destino de recursos del tesoro para el estímulo o beneficio indebido de explotadores y comerciantes de metales preciosos⁽³⁶⁾.

III. SUJETO ACTIVO

El peculado es un delito especial, pues requiere que el sujeto activo actúe apartándose de sus deberes especiales de sujeción⁽³⁷⁾, por ello, el sujeto activo debe ser un servidor público⁽³⁸⁾. Dentro de los funcionarios públicos pueden incluirse también a los contratistas, siempre y cuando desarrollen cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público⁽³⁹⁾.

(25) *Ibidem*, art. 135.

(26) *Ibidem*, art. 136.

(27) *Ibidem*, art. 137.

(28) *Ibidem*, art. 138.

(29) *Ibidem*, art. 139A (adicionado, ley 366 de 1997, art. 5°).

(30) Ley 190 de 1995.

(31) CP. de 2000, art. 397.

(32) *Ibidem*, art. 398.

(33) *Ibidem*, art. 399.

(34) *Ibidem*, art. 400.

(35) *Ibidem*, art. 402.

(36) *Ibidem*, art. 403.

(37) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sent. de 17 septiembre 2008.

(38) Tomás Salvador VIVES ANTÓN *et al.*, *op. cit.*, p. 930; Francisco MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 999; Fermín MORALES PRATS y Óscar MORALES GARCÍA, “De la malversación”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.) y Fermín MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Navarra, Aranzadi, 2007, p. 1699.

(39) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sent. de 7 septiembre 2005, M. P. Jorge Luis Quintero Milanés. “Sin embargo, conviene advertir que el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; ello acontece cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los casos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador

Además, también se pueden incluir a particulares que ejerzan funciones públicas como los secuestres⁽⁴⁰⁾.

Además, el sujeto activo debe tener una relación con el objeto material del delito: los caudales o efectos públicos⁽⁴¹⁾. En España, el sujeto debe tener la cosa por competencia, mientras que en Alemania, puede tenerla bajo cualquier calidad⁽⁴²⁾. El sujeto debe tener un poder sobre el destino de los bienes; se admite, en consecuencia, la posibilidad de una detentación no solo material sino también jurídica de los caudales⁽⁴³⁾.

De esta manera, la disponibilidad puede ser material o jurídica y esta última no depende de una asignación de competencias, sino del ejercicio de un deber funcional⁽⁴⁴⁾. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que no solo los ordenadores del gasto, sino también otros sujetos que tengan la disponibilidad jurídica o material del objeto material pueden ser autores del delito de peculado⁽⁴⁵⁾. En todo caso, no es necesario que se configuren ambas

delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc.

En consecuencia, cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador”.

(40) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 13 de diciembre de 2017, rad. 51785, M.P. Luis Antonio HERNÁNDEZ BARBOSA.

(41) Francisco MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 999; Fermín MORALES PRATS y Óscar MORALES GARCÍA, *op. cit.*, p. 1699; Tomás Salvador VIVES ANTÓN *et al.*, *op. cit.*, p. 931; Lorenzo MORILLAS CUEVA, *op. cit.*, p. 918.

(42) Jesús CATALÁN SENDER, *op. cit.*, pp. 261-262.

(43) Lorenzo MORILLAS CUEVA, *op. cit.*, p. 918.

(44) Colombia, Corte Suprema de Justicia, sent. de 2 diciembre 2008, M. P. Alfredo Gómez Quintero. “Sobre este tipo penal en particular, la Sala ha señalado que la relación que debe existir entre el funcionario que es sujeto activo de la conducta de peculado por apropiación y los bienes oficiales puede no ser material sino jurídica y que esa disponibilidad no necesariamente deriva de una asignación de competencias, sino que basta esté vinculada al ejercicio de un deber funcional”.

(45) *Ibidem*, sent. de 5 noviembre 2008, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca. Como si lo anterior fuese poco, el problema jurídico que en estos cargos propuso el demandante, consistente en la función de ordenador del gasto como criterio para derivar la configuración típica del delito de *peculado por apropiación*, ya ha sido analizado por la jurisprudencia de la Sala, en el sentido de que no solo los ordenadores del gasto, sino también otros funcionarios (como los directores o los miembros de una junta directiva) pueden ser autores de la conducta punible en comento:

“La teoría compleja de la disponibilidad jurídica sobre el presupuesto aceptada pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia, incluida la de esta Sala, implica que no solo el ordenador del gasto puede ser autor de peculado por apropiación, sino también el titular de la iniciativa en materia del gasto, y otros funcionarios como por ejemplo el auditor, el revisor fiscal y el pagador, siempre que hubieren tenido el deber de actuar en algún eslabón del acto complejo y que hubiesen sustituido por su voluntad dolosa los postulados de la ley, decreto, resolución, reglamento, manual de funciones, procedimientos institucionalizados no escritos, etc., que contemplen tal deber.

No se debe confundir la disponibilidad material o física sobre el presupuesto de la Cámara de Representantes, posibilidad que puede recaer en un funcionario exclusivo y determinado, como el ordenador del gasto y el almacenista entre otros, con la disponibilidad jurídica del mismo, pues este concepto amplio

al mismo tiempo, por lo cual la disponibilidad jurídica no exige un contacto directo o material entre el servidor público y los bienes⁽⁴⁶⁾.

Esta posición ha sido reiterada por la Corte Suprema de Justicia que ha señalado claramente al respecto: “cuando el funcionario, por razón de sus funciones, interviene en la administración del bien y esa relación jurídica lo ubica en situación de ejercer un poder de disposición sobre el mismo, empleándolo para su apropiación, sin duda incurre en el delito de peculado”⁽⁴⁷⁾. En todo caso, el funcionario necesita la disponibilidad jurídica o material de la cosa⁽⁴⁸⁾.

Otro problema de autoría en el delito de peculado es la definición del título de imputación, situación que en el Código Penal de 1980 estaba completamente solucionada mediante el delito de peculado por extensión, conducta punible que cometía el particular que participaba como autor en un delito de peculado. Sin embargo, hoy no se encuentra consagrada de manera específica la apropiación de bienes públicos por parte de un particular, por lo cual tendrían que aplicarse delitos patrimoniales⁽⁴⁹⁾ o debería imputarse como partícipe del delito de peculado.

Sobre esta problemática se han esbozado dos posiciones: si el particular (*extraneus*) es coautor, un sector doctrinal (Gimbernát Ordeig, Quintero Olivares y Octavio de Toledo) señala que el particular debe responder en función del delito de funcionario; otro sector doctrinal (Rodríguez Mourullo)

no solo involucra a los anteriores, sino que se extiende a todos aquellos que deben intervenir de manera imprescindible para que el compromiso de la erogación nazca a la vida jurídica.

En el caso de la contratación administrativa de la Cámara de Representantes, en los términos como fue programada y ejecutada por la mesa directiva, la relación funcional de sus integrantes con el presupuesto de esa corporación, ingrediente necesario a la tipificación del peculado, existe por mandato de la ley y su despliegue se comprobó en la dialéctica probatoria.

Los miembros de la mesa directiva no son ajenos al tema presupuestal, como lo pregonan los implicados y sus defensores. Como se verificó al revisar las funciones de este órgano de dirección, control y manejo, ni siquiera la delegación materializada en la resolución 818 del 18 de agosto de 1999 tiene aptitud para alejarlos de sus responsabilidades en lo presupuestal”.

(46) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sent. del 1 de noviembre de 2017, rad. 48679, M.P. Eyder PATIÑO CABRERA.

(47) *Ibidem*, sent. de 23 marzo 2006, M. P. Jorge Luis QUINTERO MILANÉS.

(48) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 29 de noviembre de 2017, rad. 51299, M.P. José Francisco ACUÑA VISCAYA.

(49) *Ibidem*, sent. de 8 septiembre 2004, M. P. Alfredo GÓMEZ QUINTERO. “... en relación con el delito de peculado por extensión no es que el Código Penal contenido en la ley 599 de 2000 hubiera propendido por su despenalización y consiguientemente que la conducta constitutiva de dicho punible hoy por hoy deba predicarse como atípica, pues en realidad se trató de adecuar en forma más sistemática ese modelo comportamental ubicándolo dentro de los atentados al patrimonio económico que afectan intereses del Estado”.

determina que el particular deberá responder por el delito común, pues no puede ser coautor quien no es autor idóneo según el respectivo tipo de ilícito⁽⁵⁰⁾.

Sobre este aspecto, cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia ha acogido la unidad de imputación en reiterada jurisprudencia⁽⁵¹⁾, especialmente por la destipificación del delito de peculado por extensión, en el cual incuriría anteriormente el particular que participara en la comisión de un delito de peculado⁽⁵²⁾.

(50) Respecto a esta problemática, véase Carlos MIR PUIG, *op. cit.*, pp. 308-309.

(51) Para observar la ratificación de la anterior jurisprudencia, confróntese Corte Suprema de Justicia, sentencia del 15 de junio de 2005 (rad. 20.528); auto del 5 de diciembre de 2007 (rad. 28.770); auto del 15 de diciembre de 2007 (rad. 27.712); auto del 23 de enero de 2008 (rad. 28.890); auto del 20 de febrero de 2008 (rad. 26.146); y auto del 9 de abril de 2008 (rad. 29.452).

(52) Colombia, Corte Suprema de Justicia, sent. de 17 septiembre 2008, M. P. Javier ZAPATA ORTIZ. “5.5. La doctrina y la jurisprudencia nacionales –también la legislación– optaron tiempo atrás por mantener la unidad de imputación, o el mismo título de imputación, cuando en un delito especial concurren dolosamente quien reúne las calidades especiales que el tipo exige (*intraeius*) y otras personas que no tienen esas características (*extraneus*). (...)”

5.6. Sobre esta temática, en sentencia del 8 de julio de 2003 (rad. 20.704), la Sala fijó un hito que se ha reiterado invariablemente hasta confeccionar la línea jurisprudencial vigente.

En aquella oportunidad esta colegiatura expresó:

‘Es que, siendo absolutamente claro el art. 30 en señalar que al determinador le corresponde la pena prevista en la infracción y al cómplice esta misma rebajada en una sexta parte a la mitad, si ellos carecen de la cualificación especial que el tipo penal no exige para que su participación se entienda consumada, en nada desnaturaliza los propósitos del legislador, pues aún se mantiene la unidad de imputación, se conserva la distinción entre formas de intervención principales y accesorias y se guarda la correspondencia punitiva frente a los diversos grados de compromiso penal’.

Por eso, cuando dicha norma utiliza el término intervinientes no lo hace como un símil de partícipes ni como un concepto que congloba a todo aquel que de una u otra forma concurre en la realización de la conducta punible, valga decir determinadores, autores, coautores y cómplices, sino lo hace en un sentido restrictivo de coautor de delito especial sin cualificación, pues el supuesto necesario es que el punible propio solo lo puede ejecutar el sujeto que reúna la condición prevista en el tipo penal, pero como puede suceder que sujetos que no reúnan dicha condición, también concurren a la realización del verbo rector, ejecutando la conducta como suya, es decir como autor, es allí donde opera la acepción legal de intervinientes para que así se entiendan realizados los propósitos del legislador en la medida en que, principalmente, se conserva la unidad de imputación, pero además se hace práctica la distinción punitiva que frente a ciertos deberes jurídicos estableció el legislador relacionándolos al interior de una misma figura y no respecto de otras en que esa condición no comporta trascendencia de ninguna clase. (...)

Por tanto, al determinador de un delito, con o sin la condición exigida para el sujeto activo, le corresponde la pena prevista para la infracción; al cómplice de un delito propio, que obviamente no necesita condición alguna y en definitiva careciendo o no de ella, le corresponde la pena prevista para la infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.

Pero al coautor, pues necesariamente el inciso final tiene como supuesto el concurso de sujetos, que realizando como suyo obviamente el verbo rector del tipo penal especial, no cuente sin embargo con la cualidad que para el sujeto activo demanda la respectiva norma, la pena que le corresponderá será la prevista para la infracción disminuida en una cuarta parte, de conformidad con el inciso final del precitado art. 30. Así, v. gr., si con un servidor público, un particular, concurre a apropiarse en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado, la pena que le corresponderá será la del peculado, por conservarse la unidad de imputación, disminuida en una cuarta parte, he ahí el trato diferencial, por no poseer la cualidad exigida para el sujeto activo.

Sin embargo, se generó una amplia controversia sobre si el particular debería responder a título de autor o de partícipe respecto al delito de peculado, inclinándose inicialmente la Corte Suprema de Justicia por señalar que podía considerarse como un autor⁽⁵³⁾, posición que fue muy criticada por la doctrina⁽⁵⁴⁾. Hoy día, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el *extraneus* no puede considerarse como autor de un delito especial y que, por ello, entonces, un particular no puede ser autor del delito de peculado⁽⁵⁵⁾.

Puede presentarse autoría mediata en el delito de peculado, en el caso de que el *intraneus* utilice al *extraneus* como instrumento, que actúe sin libertad o conocimiento de la situación y ello se haya provocado o se aproveche por el hombre, de modo que el control más importante le corresponda a este, siendo, además, el único al que puede imputarse el tipo como suyo⁽⁵⁶⁾.

IV. MODALIDADES

1. Peculado por apropiación

En el Código Penal de 1890, los delitos que afectaban el patrimonio público estuvieron inicialmente orientados a la utilización indebida de caudales, más

Además, así entendida esa acepción, se explica por qué conductas como el peculado por extensión ya no encuentran una específica regulación en la ley 599 de 2000, pues aquella opera como un amplificador del tipo penal”.

(53) *Ibidem*, sent. de 25 abril 2002, M. P. Carlos Eduardo MEJÍA ESCOBAR. “El interviniente no es entonces, un concepto que corresponde a una categoría autónoma de coejecución del hecho punible sino un concepto de referencia para aludir a personas que, sin reunir las calidades especiales previstas en el respectivo tipo especial, toman parte en la realización de la conducta, compartiendo roles con el sujeto calificado o accediendo a ellos. La norma, en este sentido zanja de *lege data* toda disputa entre las distintas soluciones dogmáticas para disponer, de un lado, el carácter unitario de la imputación alrededor del tipo especial y, de otro, la rebaja punitiva que se explica y funda en que el particular no infringe deber jurídico especial de aquellos que la necesidad de tutela particular del respectivo bien jurídico, demanda para su configuración. De ahí que se pueda ser interviniente a título de autor, en cualquiera de las modalidades de autoría (art. 29), o se pueda ser interviniente a título de partícipe (determinador o cómplice)”.

(54) Alberto SUÁREZ SÁNCHEZ, *Autoría*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 532 y ss., 88-95; Miguel CORDOBA ANGULO, “La figura del interviniente en el derecho penal colombiano”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. xxv, 2004, pp. 89-95.

(55) Colombia, Corte Suprema de Justicia, sent. de 18 noviembre 2008, M. P. María del Rosario González de Lemos. “Es corolario de lo anterior, con relación a un delito especial, que el ciudadano particular nunca puede ser autor (en la concepción jurídica de la autoría); solo podría ser determinador, cómplice o interviniente, según lo que indique el recaudo probatorio.

Y, correlativamente, la autoría en los delitos especiales se reserva exclusivamente al servidor público, cuando actúa dolosamente apartándose también de los deberes especiales de sujeción”.

En términos de ROXIN, “podemos considerar cierto que solo un *intraneus* puede ser autor de los delitos de funcionarios... Examinado más de cerca el punto de vista determinante para la autoría... se revela que no es la condición de funcionario ni tampoco la cualificación abstracta... lo que convierte a un sujeto en autor: más bien es el deber específico (que se deriva de tener encomendada una concreta materia jurídica) de los implicados de comportarse adecuadamente, cuya infracción consciente fundamenta la autoría”.

(56) Carlos MIR PUIG, *op. cit.*, pp. 308-309.

que a su apropiación; por ello, la modalidad más cercana al peculado por apropiación era la realización de operaciones indebidas con perjuicio de la nación o de un tercero⁽⁵⁷⁾.

Con el cambio de tendencia legislativa, el Código Penal de 1936 adoptó la redacción del Código Penal italiano, en el cual no se consagra expresamente el delito de peculado, considerándose este como una modalidad agravada de hurto⁽⁵⁸⁾. Años más tarde, el Código Penal de 1980 acepta la autonomía total del delito de peculado por apropiación⁽⁵⁹⁾, delito igualmente consagrado en el Código Penal de 2000⁽⁶⁰⁾.

a) *Tipo objetivo*. El objeto material del delito de peculado es “cualquier objeto o cosa mueble, dinero, efectos negociables, etc., que tengan un valor económico apreciable”⁽⁶¹⁾. El carácter público se determina por la pertenencia de los bienes a la Administración Pública, pudiendo decirse que tal pertenencia comienza desde el momento en que existe un derecho expectante de la administración a la entrega de los caudales, aunque aún no hayan ingresado formalmente en las arcas de la entidad. Los intereses que devenguen

(57) CP. de 1890, art. 463. “Los funcionarios o empleados públicos que tengan a su cargo la administración activa o pasiva, total o parcial del Tesoro o Hacienda de la nación, que, fuera de los casos expresados en los artículos anteriores, ejecutaren, a sabiendas, alguna operación indebida con perjuicio de la nación o de un tercero, serán responsables del perjuicio, pagarán una multa de diez a doscientos pesos y serán apercibidos”.

(58) CP. italiano, art. 314.

(59) CP. de 1890, art. 133 (modificado, ley 190 de 1995, art. 19). “El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a quince (15) años.

“Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se disminuirá de la mitad (1/2) a las tres cuartas (3/4) partes”.

“Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad (1/2)”.

(60) CP. de 2000, art. 397. “El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. “Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de cuatro (4) a diez (10) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado”.

(61) Francisco MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 999; Jesús CATALÁN SENDER, *op. cit.*, p. 254.

esos caudales (ingresados, por ejemplo, en una cuenta bancaria) también tienen el carácter de públicos⁽⁶²⁾.

En relación con el término “en razón de sus funciones”, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que este “hace referencia a las facultades de administrar, guardar, recaudar, etc., no puede entenderse en el sentido de la adscripción de una competencia estrictamente legal y determinada por una regular y formal investidura que implique una íntima relación entre la función y la facultad de tener el bien del cual se dispone o se hace mal uso; no significa, pues, que tales atribuciones deban estar antecedentemente determinadas por una rigurosa y fija competencia legal, sino que es suficiente que la disponibilidad sobre la cosa surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función”⁽⁶³⁾.

Por otro lado, el objeto material no solo está constituido por bienes públicos, sino también por dineros depositados por los particulares por razón o con ocasión de sus funciones cuando el servidor público deba administrarlos o custodiarlos⁽⁶⁴⁾.

Respecto al objeto material, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “no importa la función que desempeñe la entidad con los bienes que el Estado tiene parte, sino que basta que la ilícita apropiación se realice sobre los citados muebles. Tal aspecto es lo que identifica la transgresión del bien jurídico de Administración Pública”⁽⁶⁵⁾. No se exige en este caso tener una estricta competencia legal, sino que es suficiente que la disponibilidad sobre la cosa surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función⁽⁶⁶⁾.

(62) Francisco MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 999.

(63) Colombia, Corte Suprema de Justicia, sent. de 5 octubre 2006, M. P. Jorge Luis QUINTERO MILANÉS.

(64) *Ibidem*, sent. de 13 julio 2006, M. P. Alfredo Gómez Quintero. “Pretender como lo hace el recurrente la existencia de un precepto que expresa e inequívocamente señale que correspondía al alcalde enjuiciado la función de administrar, tener o custodiar los dineros depositados por los particulares en desarrollo del programa de vivienda de interés social adelantado por el municipio implicaría imprimir al tipo penal unos efectos exacerbados que no contiene y que por técnica legislativa bien se comprenden en la expresión *por razón o con ocasión de sus funciones*”.

(65) *Ibidem*, sent. de 9 noviembre 2006, M. P. Jorge Luis QUINTERO MILANÉS.

(66) *Ibidem*, sent. de 13 julio 2006, M. P. Alfredo GÓMEZ QUINTERO. “Es que —como lo rememora el delegado— la expresión utilizada por la ley —dijo la Corte en sentencia del 3 de agosto de 1976 y reiteró en la rad. 8.729 del 4 de octubre de 1994— en la definición de peculado y que dice ‘en razón de sus funciones’, hace referencia a las facultades de administrar, guardar, recaudar, etc., no puede entenderse en el sentido de la adscripción de una competencia estrictamente legal y determinada por una regular y formal investidura que implique una íntima relación entre la función y la facultad de tener el bien del cual se dispone o se hace mal uso; no significa, pues, que tales atribuciones deban estar antecedentemente determinadas por una rigurosa y fija competencia legal, sino que es suficiente que la disponibilidad sobre la cosa surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función. La fuente de la atribución, en otros términos, no surge exclusivamente de la ley puesto que ella puede tener su origen en un ordenamiento jurídico diverso que fija la competencia en estricto sentido. Lo esencial en este aspecto, es la consideración de que, en el caso concreto, la relación de hecho del funcionario con la cosa, que lo ubica en situación

La conducta es la apropiación definitiva con ánimo de apropiación y con ánimo de lucro, y sin ánimo de reintegrar los caudales o efectos públicos⁽⁶⁷⁾, es decir, apartar, separar, extraer⁽⁶⁸⁾. En este sentido, el término legal “sustracer” debe entenderse como “expropiar” (que comprende las modalidades de apoderamiento y de apropiación)⁽⁶⁹⁾.

Cabe señalar que el punible de peculado por apropiación se consuma “cuando el bien público es apropiado, es decir, cuando mediante un acto externo de disposición de la cosa o de incorporación de ella al patrimonio, se evidencia el ánimo de detenerla”⁽⁷⁰⁾.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha señalado: “Ahora bien, para la estructuración del delito de peculado por apropiación, no es imprescindible que los caudales oficiales respecto de los cuales el servidor público ostenta una relación funcional de administración jurídica o material, ingresen a su esfera patrimonial o de dominio, siendo el momento consumativo el acto externo de disposición de los bienes públicos”⁽⁷¹⁾. Lo anterior, implica además que “el acto de sustracción priva al Estado de la facultad dispositiva de los recursos, sin que forzosamente quien cumple la acción entre a disfrutar o gozar de aquellos, es suficiente que impida al Estado seguir disponiendo de los recursos confiados al servidor público”⁽⁷²⁾.

La sustracción puede ser tanto para sí como para terceros⁽⁷³⁾. No debe confundirse la sustracción con la mera anarquía, desorden o caos en la contabilidad municipal⁽⁷⁴⁾. En caso de apropiaciones muy pequeñas (un bolígrafo, por ejemplo), no entraría en aplicación este delito por no vulnerarse —en estos casos— el bien jurídico tutelado en este delito⁽⁷⁵⁾. En todo caso, no se configura el peculado cuando el delito se comete entre entidades públicas, es decir,

de ejercitar un poder de disposición sobre la misma y por fuera de la inmediata vigilancia del titular de un poder jurídico superior, se haya logrado en ejercicio de una función pública, así en el caso concreto no corresponda a dicho funcionario la competencia legal para su administración. Igual se presentará el delito de peculado en la hipótesis de que la administración del bien derive del ejercicio de una función nominalmente propia de otro empleado”.

(67) Carlos MIR PUIG, *op. cit.*, p. 298.

(68) Lorenzo MORILLAS CUEVA, *op. cit.*, p. 919.

(69) Carlos MIR PUIG, *op. cit.*, p. 299.

(70) Colombia, Corte Suprema de Justicia, sent. de 25 octubre 2001, M. P. Jorge CÓRDOBA POVEDA.

(71) *Ibidem*, sent. de 24 enero 2007, M. P. Javier Zapata Ortiz.

(72) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sent. del 8 de noviembre de 2017, rad. 43263, M.P. Eugenio FERNÁNDEZ CARLIER.

(73) Jesús CATALÁN SENDER, *op. cit.*, p. 253.

(74) *Ibidem*, p. 254.

(75) *Ibidem*, p. 255.

cuando una entidad pública afecta a otra, pues –en ese caso– no podría existir un perjuicio patrimonial para el Estado⁽⁷⁶⁾.

La Corte Suprema de Justicia ha aceptado que el delito de peculado también puede cometerse en el ámbito judicial, evento en el cual –según el contenido de la providencia– el delito puede consumarse en el momento en el que se profiere la decisión (si esta da una orden para sustraer el bien de la esfera de custodia del Estado) o, posteriormente, si se requieren actos de disposición adicionales⁽⁷⁷⁾.

El Código Penal de 2000 no consagró la modalidad de peculado, denominada peculado por aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito, contemplada en el artículo 135 del Decreto-ley 100, de 1980; y que se presenta cuando “el bien ajeno del cual se apropia lo haya recibido el sujeto agente o entrado en su posesión merced a un error ajeno”⁽⁷⁸⁾, caso en el cual la Corte Suprema de Justicia ha señalado la aplicación del delito de aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito⁽⁷⁹⁾.

(76) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sent. del 30 de noviembre de 2017, rad. 29729, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa: “Es posible que en otro tipo de disfunciones, como los peculados técnicos o por aplicación oficial diferente, los dineros del Estado se utilicen en beneficio incluso del mismo Estado, pero hay que convenir que en esos eventos, como el indicado en el artículo 399, el injusto se construye más a partir de la ilegalidad de la función que por el despojo de los bienes, lo cual demuestra que el delito de peculado por apropiación entre entidades públicas es atípico, en tanto si bien el núcleo de éste tipo de injusto implica una infracción al deber, el núcleo de la antijuridicidad se concreta es en el perjuicio patrimonial para el Estado”.

(77) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sent. del 21 de febrero de 2018, rad. 51142, M.P. Patricia Salazar Cuellar: “Ahora bien; hay asuntos en los que el momento consumativo de la conducta punible se identifica con el de proferimiento de la decisión judicial, como cuando esta por sí sola ‘sustraer el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o de que un tercero lo haga’. No así cuando la realización de la conducta prohibida es producto de un acto complejo en el que converge la voluntad del juez que ilegalmente ordena el pago de lo no debido, pues en estos casos, la consumación acaece cuando ese acto de disposición jurídica se concreta en acciones que distraen el bien del patrimonio del Estado, despojándolo así de su función pública”.

(78) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sent. de 7 febrero 2006, M. P. Sigifredo Espinosa Pérez. “El legislador del 2000 no consagró como punible tal conducta, al menos como forma de lesión a la Administración Pública; empero, puede sostenerse, como lo señala el ministerio público, que eso no significa que dejó de estar recogida en el ordenamiento punitivo, pues los perfiles del comportamiento prosiguieron siendo objeto de potencial reproche. Así, el art. 252 de la ley 599 al tipificar el delito de aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito, amenaza con prisión de 1 a 3 años al *que se apropie de bien que pertenezca a otro y en cuya posesión hubiere entrado por error ajeno o caso fortuito*, dentro del título que protege el bien jurídico del patrimonio económico. Con idéntica descripción y nomenclatura lo consagraba el art. 361 del Decr. 100 de 1980, vigente cuando sucedieron los hechos.

“Elemento esencial y común de las dos figuras delictivas, de la extinta fórmula de peculado del art. 135 del CP. de 1980 y de la especie de defraudación tipificada en el art. 252 de la ley 599, es que el bien ajeno del cual se apropia lo haya recibido el sujeto agente o entrado en su posesión merced a un error ajeno, como aquí ocurrió, pues Bulla Dueñas se apropió de los recursos que la Fiduciaria La Previsora de manera errada procedió a ponerle a su disposición en cumplimiento de un previo acuerdo de cofinanciación, pese a que anteriormente le había dado cumplimiento a tal convenio”.

(79) *Ibidem*, *idem*.

El tipo admite tanto la comisión activa como la omisiva. En el primer sentido, el término sustracción, en relación con la exigencia de ánimo de lucro, debe ser entendido como apropiación, es decir, separación definitiva de los caudales o efectos de la esfera de dominio público, privando a su propietario de los derechos inherentes a ella⁽⁸⁰⁾.

Se admite la tentativa, aunque es difícil su configuración⁽⁸¹⁾, mientras que también es posible el delito continuado cuando los actos tengan el mismo propósito⁽⁸²⁾.

b) *Tipo subjetivo*. El peculado es un delito doloso⁽⁸³⁾, por lo cual se exige un conocimiento que debe abarcar todos los elementos del tipo objetivo, es decir, el valor de las cantidades sustraídas y el daño o entorpecimiento del servicio público⁽⁸⁴⁾.

Debe existir, además, un “ánimo de apropiación definitiva que debe guiar al funcionario y no simplemente de su uso ajeno a la función pública”⁽⁸⁵⁾, también llamado *animus rem sibi habendi*⁽⁸⁶⁾. Respecto a este elemento, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “existe dolo cuando el funcionario visible de la entidad busca favorecer sus intereses propios”⁽⁸⁷⁾.

El ánimo de lucro excluye del tipo penal aquellas conductas en que el funcionario se apropia de determinada cantidad, pero con el único propósito de hacerse pago de algo debido por la administración⁽⁸⁸⁾, caso en el cual podría llegar a configurarse en Colombia el delito de peculado por aplicación oficial diferente.

2. Peculado por uso

En el Código Penal de 1890 se consagraba un amplio sistema de tipificación del delito de peculado por uso, tipificándose los delitos de utilización de los caudales o efectos para objetos privados sin afectar las atenciones de

(80) Fermín MORALES PRATS y Óscar MORALES GARCÍA, *op. cit.*, p. 1700.

(81) Jesús CATALÁN SENDER, *op. cit.*, pp. 266-267.

(82) *Ibidem*, p. 267.

(83) Francisco MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 1001.

(84) Carlos MIR PUIG, *op. cit.*, p. 305.

(85) Francisco MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 1001; Jesús CATALÁN SENDER, *op. cit.*, p. 252.

(86) Tomás Salvador VIVES ANTÓN *et al.*, *op. cit.*, p. 931.

(87) Colombia, Corte Suprema de Justicia, sent. de 8 junio 2006, M. P. Yesid RAMÍREZ BASTIDAS.

(88) Jesús CATALÁN SENDER, *op. cit.*, p. 253; Tomás Salvador VIVES ANTÓN *et al.*, *op. cit.*, p. 932; Carlos MIR PUIG, *op. cit.*, p. 305.

la Hacienda⁽⁸⁹⁾ y utilización de los caudales o efectos para objetos privados, afectando las atenciones de la Hacienda⁽⁹⁰⁾.

El Código Penal de 1936 consagró igualmente el delito de peculado por uso, aunque solo mediante una conducta punible⁽⁹¹⁾, tal como también lo hicieron el Código Penal de 1980⁽⁹²⁾ y el Código Penal de 2000⁽⁹³⁾.

Sobre la configuración objetiva de este delito, la Corte Suprema de Justicia ha señalado: “El tipo penal exige la presencia de un sujeto activo cualificado, como quiera que debe ostentar la condición de servidor público, quien con su conducta ha de usar indebidamente o permitir que otro use de igual manera los bienes del Estado que están bajo su administración, tenencia o custodia por razón o con ocasión de sus funciones”⁽⁹⁴⁾.

-
- (89) CP. de 1890, art. 458. “Los tesoreros, administradores y contadores y cualesquiera otros funcionarios o empleados públicos o comisionados que administren, recauden o de cualquiera otro modo manejen o tengan en depósito caudales o efectos de la Hacienda nacional, que hicieren uso de los caudales o efectos para objetos privados, aunque no hagan falta para las atenciones de la Hacienda, y aunque se reemplacen o repongan luego que sean necesarios, serán privados de sus empleos, con inhabilitación desde uno a cuatro años para obtener los mismos u otros empleos; pagarán una multa igual a la octava parte del valor de los efectos o caudales de que hubieren hecho uso, y serán arrestados por uno o dos años”.
- (90) CP. de 1890, art. 459. “Los funcionarios o empleados públicos expresados en el artículo anterior, que hicieren uso de los caudales o efectos de la Hacienda nacional para objetos privados, y por semejante extravío hubieren dejado de cumplirse las atenciones de la misma Hacienda en el respectivo ramo, si reponen los caudales voluntariamente, antes de que la falta llegue a noticia de la autoridad superior, sufrirán, además de la privación del empleo con inhabilitación, desde dos hasta ocho años para obtener los mismos u otros empleos, una multa igual a la quinta parte del valor de los efectos o de la cantidad de que hubieren hecho uso, y de dos a cuatro años de prisión; sin perjuicio de satisfacer los daños ocasionados por no haberse cubierto oportunamente las atenciones públicas”.
- (91) CP. de 1936, art. 151. “El funcionario público que en cualquier forma haga uso indebido de los caudales u otros objetos que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar o administrar, incurrirá en arresto de un mes a cuatro años y en interdicción de derechos y funciones públicas de un mes a dos años, siempre que tales sumas o efectos se reintegren antes de que se inicie la investigación criminal correspondiente”.
- (92) CP. de 1980, art. 134. “El empleado oficial que indebidamente use o permita que otro use bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, incurrirá en prisión de uno a cuatro años e interdicción de derechos y funciones públicas de uno a tres años. La misma pena se aplicará al empleado oficial que indebidamente utilice trabajo o servicios oficiales, o permita que otro lo haga”.
- (93) CP. de 2000, art. 398. “El servidor público que indebidamente use o permita que otro use bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término”.
- (94) Colombia, Corte Suprema de Justicia, sent. de 2 diciembre 2008, M. P. Javier ZAPATA ORTIZ.

La acción consiste en “destinar a usos ajenos a la función pública” (a usos privados), caudales o efectos públicos⁽⁹⁵⁾. En este caso, la apropiación es solo temporal, pues lo que verdaderamente distingue el delito del artículo 433 respecto al artículo 432 del Código Penal es el elemento subjetivo del injusto, pues en el peculado por uso existe un ánimo de reintegro y en el peculado por apropiación, un ánimo de sustracción definitiva⁽⁹⁶⁾.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que “en esta clase de peculado, la utilización ilegal del bien sin su menoscabo material o funcional basta para la configuración del ilícito, como quiera que es suficiente el choque con el normal funcionamiento de la Administración Pública”⁽⁹⁷⁾, jurisprudencia que ha sido sistemáticamente reiterada⁽⁹⁸⁾.

De esta manera, lo fundamental no es el detrimento patrimonial, sino el menoscabo al correcto funcionamiento de la Administración Pública: “La utilización ilegal del bien sin su menoscabo material o funcional basta para la configuración del ilícito, como quiera que es suficiente el choque con el normal funcionamiento de la Administración Pública”⁽⁹⁹⁾.

El elemento más importante para la configuración de este delito es el abuso de funciones públicas para el uso de un bien del Estado: “En este delito de peculado, el servidor público abusa de sus funciones, cuando usa indebidamente o permite que otro use bienes del Estado, lo cual conlleva un claro abuso de poder en beneficio propio o de terceros con su consentimiento; es decir, la utilización o destinación que se le da a esos bienes por parte del funcionario va más allá de la órbita funcional, de manera que se sale del marco legal y cae en lo arbitrario para servirse en exceso de las cosas o del patrimonio del Estado”⁽¹⁰⁰⁾.

(95) Jesús CATALÁN SENDER, *op. cit.*, p. 276.

(96) Carlos MIR PUIG, *op. cit.*, p. 316.

(97) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sent. de 2 diciembre 2008, M. P. Javier ZAPATA ORTIZ.

(98) *Ibidem*, sent. de 24 enero 1996, M. P. Dídimo PÁEZ VELANDIA. “En tratándose del peculado por uso (decr. 100 de 1980, art. 134; hoy art. 384 de la ley 599 de 2000), no se requiere material menoscabo de los bienes de que allí se trata, sino que basta la sola contradicción con el normal funcionamiento de la Administración Pública, puesta de manifiesto en la falta de escrúpulo por parte del funcionario o empleado en el manejo de las cosas que se le hayan confiado en el servicio público”. Sentencia de segunda instancia de 14 de agosto de 2000, rad. 11.333, M. P. Nilson Pinilla Pinilla. “En el peculado por uso no es indispensable que se produzca deterioro de los bienes indicados en el art. 134 del CP., pues el desvalor se origina en la perturbación del normal funcionamiento de la Administración Pública, por la falta de escrupulosidad en el cuidado del bien encomendado en virtud de la función oficial, cuya larga destinación al provecho particular provoca desconfianza contra el servicio público y afecta la imagen, la transparencia y la respetabilidad de la administración”.

(99) *Ibidem*, sentencia de única instancia de 2 de septiembre de 2002, M. P. Édgar LOMBANA TRUJILLO.

(100) *Ibidem*, sent. de 2 diciembre 2008, M. P. Javier ZAPATA ORTIZ.

3. Peculado por aplicación oficial diferente

El delito de peculado por aplicación oficial diferente ya estaba consagrado en el Código Penal de 1890, bajo la denominación de utilización de caudales para usos públicos distintos⁽¹⁰¹⁾. Posteriormente, en el Código Penal de 1936 se adoptó la actual denominación de “peculado por aplicación oficial diferente”⁽¹⁰²⁾, la cual sería después conservada en el Código Penal de 1980⁽¹⁰³⁾ y en el Código Penal de 2000⁽¹⁰⁴⁾. Sin embargo, la tendencia legislativa mundial es la destipificación de este delito y su transformación en una infracción disciplinaria por razones de intervención mínima⁽¹⁰⁵⁾.

La conducta en este delito es compuesta y alternativa y se puede cometer en 3 eventos: “a) dar a los bienes aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, b) comprometer sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, c) invertirlos o utilizarlos en forma no prevista en este”⁽¹⁰⁶⁾.

Este delito sufrió una importante transformación en el Código Penal de 2000, pues la actual norma “condiciona la tipicidad de la conducta a que la afectación del rubro correspondiente se haga en perjuicio de la inversión social, o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores”⁽¹⁰⁷⁾.

(101) CP. de 1890, art. 461. “Si la aplicación de que tratan los tres artículos anteriores se hiciere a otros usos públicos, pero diferentes de aquellos a que están destinados por la ley los caudales o efectos, los expresados empleados o funcionarios sufrirán la pena de suspensión por uno a seis meses, y serán responsables de los daños y perjuicios ocasionados a la nación o a los particulares”.

(102) CP. de 1936, art. 150. “El funcionario público que diere a los caudales o efectos que administra una aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, incurrirá en interdicción para ejercer empleo o cargo público, de uno a seis meses.

Si de ellos resultare algún daño o perjuicio, se impondrá además una multa de diez a quinientos pesos”.

(103) CP. de 1980, art. 136 (modificado por la ley 190 de 1995, art. 32). “El servidor público que dé a los bienes del estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en este, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a tres (3) años”.

(104) CP. de 2000, art. 399. “El servidor público que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, cuya administración o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en este, en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término”.

(105) Jesús CATALÁN SENDER, *op. cit.*, pp. 247-248.

(106) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sent. del 18 de diciembre de 2013, rad. 42133, M.P. Eugenio FERNÁNDEZ CARLIER.

(107) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sent. de 14 noviembre 2002, M. P. Fernando E. ARBOLEDA RIPOLL. “La definición del delito de peculado por aplicación oficial diferente en el anterior estatuto penal (art. 136, decr. 100 de 1980), resulta ser distinta del actual (art. 399, ley 599 de

En este sentido, hoy día es necesario “allegar el respectivo plan de desarrollo económico del ente territorial supuestamente afectado, por ser indispensable para el juicio de tipicidad precisar cuáles son los rubros del presupuesto constitutivos de inversión social”⁽¹⁰⁸⁾.

Según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, este elemento normativo es el fundamento de la antijuridicidad material⁽¹⁰⁹⁾, pues “el objeto de tutela en esta modalidad de peculado es el bien jurídico de la Administración Pública, reitera la Sala, en cuanto su protección está encaminada a la ‘correcta administración del erario en todos sus niveles, principalmente la ordenación del presupuesto que es de origen legal’”⁽¹¹⁰⁾. En este sentido, este delito afecta “la eficacia y buena marcha de la planificada y ordenada ejecución del gasto público”⁽¹¹¹⁾.

Este elemento normativo de difícil comprensión ha sido explicado por la Corte Suprema de Justicia de la siguiente manera: “Como puede verse, se trataba de dineros destinados a la satisfacción de necesidades básicas de salud y agua potable, y por ende, de inversión social, acorde con el origen de la partida, la naturaleza del gasto, los fines buscados, y lo establecido en el artículo 17 de la ley 179 de 1994, modificadorio del Estatuto Orgánico del Presupuesto,

2000). Mientras el primero penalizaba cualquier cambio de destinación que se hiciera de bienes del Estado en propósitos distintos de los previstos en el presupuesto, el actual condiciona la tipicidad de la conducta a que la afectación del rubro correspondiente se haga en perjuicio de la inversión social, o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores. Esto impone analizar, a efecto de establecer si en el presente caso la conducta continúa siendo típica, los programas para los cuales estaban destinados los quince millones de pesos que los procesados decidieron utilizar en el pago de los salarios atrasados del personal de nómina y supernumerarios”.

(108) *Ibidem*, sent. de 6 abril 2006, M. P. Sigifredo ESPINOSA PÉREZ. “Pero primero debe recordarse que, a partir de esa variación normativa, la Sala ha decantado que, en las investigaciones por este delito, resulta menester establecer qué partidas presupuestales responden a aquellos contenidos, por lo que deviene imperioso allegar el respectivo plan de desarrollo económico del ente territorial supuestamente afectado, por ser indispensable para el juicio de tipicidad precisar cuáles son los rubros del presupuesto constitutivos de inversión social. Estos parámetros fueron fijados en el pronunciamiento de la Corte que cita la procuradora delegada en su concepto –sentencia de única instancia del 21 de marzo de 2002, rad. 14.124–, tesis que invariablemente ha venido sosteniendo la Corporación, v. gr., en los fallos del 14 de noviembre del mismo año, rad. 17.135; 11 de marzo de 2003, rad. 14.913; 16 de febrero de 2005, rad. 15.212; 31 de agosto de 2005, rad. 19.826; y 12 de diciembre de 2005, rad. 22.182, entre otros”.

(109) *Ibidem*, sent. de 23 febrero 2006, M. P. Sigifredo ESPINOSA PÉREZ. “En ninguna de las decisiones atacadas es posible encontrar comentario explícito alguno acerca de la naturaleza de la conducta materia de juzgamiento en el contexto de la nueva normatividad –ley 599 de 2000–, como no sea la tangencial referencia a su aspecto más gravoso por el factor punitivo, pues ningún examen se hizo respecto del comportamiento que a voces de la antigua legislación era constitutivo de delito –art. 136–, en tanto que ahora solo lo es si genera una lesividad –art. 399–, circunscrita está a la existencia de un perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores. Este ingrediente normativo se introdujo a la nueva regulación como elemento esencial fundante de la antijuridicidad material”.

(110) *Ibidem*, sent. de 23 febrero 2006, M. P. Sigifredo ESPINOSA PÉREZ.

(111) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sent. del 18 de diciembre de 2013, rad. 42133, M.P. Eugenio FERNÁNDEZ CARLIER.

de acuerdo con el cual se entiende por gasto público social, aquel cuyo objetivo es la solución de necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, saneamiento, agua potable, vivienda, y las tendientes al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población, programados tanto en funcionamiento como en inversión”⁽¹¹²⁾.

4. Peculado culposo

El delito de peculado culposo ya estaba consagrado en el Código Penal de 1890⁽¹¹³⁾, con una redacción compleja, pero con algunos elementos similares a la actual. Posteriormente, el Código Penal de 1936 adoptó la redacción del Código Penal italiano⁽¹¹⁴⁾, la cual se conservaría en los códigos penales de 1980⁽¹¹⁵⁾ y 2000⁽¹¹⁶⁾. Esta conducta fue destipificada del Código Penal español por aplicación del principio de intervención mínima⁽¹¹⁷⁾.

Respecto a los elementos del delito de peculado culposo ha señalado la Corte Suprema de Justicia: “Según la descripción legal, para la comisión del delito de peculado culposo, desde el punto de vista objetivo, se requiere no solo tener la calidad de servidor público del implicado, que en el caso concreto está suficientemente probada y no se discute tal aspecto, sino que adicionalmente, producto de la negligencia, incuria, inobservancia de los reglamentos, falta de atención, los bienes puestos a su cuidado se extravíen, pierdan o deterioren de manera total o parcial, y que medie relación de determinación o causalidad entre la conducta imprudente y el extravío, deterioro o pérdida

(112) *Ibidem*, sent. de 14 noviembre 2002, M. P. Fernando E. ARBOLEDA RIPOLL.

(113) CP. de 1890, art. 464. “Los funcionarios o empleados públicos expresados en los artículos anteriores que, por negligencia o descuido, diere lugar a que se extravíen o pierdan algunos caudales o efectos de la Hacienda de la nación, o que dejen arruinar o deteriorar los edificios u otros bienes públicos que estén bajo su cuidado, serán privados de sus empleos y pagarán los caudales o efectos perdidos o extraviados”.

(114) CP. de 1936, art. 154. “El funcionario o empleado público que por culpa diere lugar a que se extravíen o pierdan los caudales o efectos que tuviere bajo su custodia, incurrirá en la privación del empleo y en la obligación de pagar tales caudales o efectos”.

(115) CP. de 1980, art. 137 (modificado, ley 190 de 1995, art. 32). “El empleado oficial que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años, en multa de un mil a veinte mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) meses a dos (2) años”.

(116) CP. de 2000, art. 400. “El servidor público que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término señalado”.

(117) Carlos MIR PUIG, *op. cit.*, p. 275.

de los bienes objeto de custodia por parte del servidor público”⁽¹¹⁸⁾. De esta manera, existen fundamentalmente cuatro requisitos para que se configure el delito de peculado culposo:

En primer lugar, el artículo 137 del Decreto-Ley 100, de 1980, y el artículo 400 del Código Penal vigente exigen, para la configuración del delito de peculado culposo, la producción de un resultado típico, que los bienes que se hayan confiado al servidor público imputado “se extravíen, pierdan o dañen”⁽¹¹⁹⁾; extraviar “equivale a pérdida o desaparición”⁽¹²⁰⁾; pérdida significa la “cesación definitiva de los derechos que se tienen sobre un bien o desaparición material de este”⁽¹²¹⁾; dañar “comprende la destrucción, alteración sustancial, inutilización o mengua en el valor del bien”⁽¹²²⁾.

En segundo lugar, es necesario que se presente una violación del deber objetivo de cuidado. La infracción del deber objetivo de cuidado, núcleo esencial del injusto del delito imprudente y es el fundamento de la desvalorización de la acción, consiste en la inobservancia del cuidado debido⁽¹²³⁾ y tiene dos manifestaciones: el deber de cuidado interno, que consiste en la obligación de advertir la presencia del peligro⁽¹²⁴⁾; y el deber de cuidado externo, es decir, como es que debía comportarse externamente conforme a la norma de cuidado previamente advertida⁽¹²⁵⁾.

Para la Corte Suprema de Justicia, este requisito exige el análisis de tres criterios⁽¹²⁶⁾:

- Las normas de la actividad, es decir, “las normas de orden legal atinentes al tráfico terrestre, marítimo, aéreo, fluvial, y a los reglamentos del trabajo, dirigidas a disciplinar la buena marcha de las fuentes de riesgos”⁽¹²⁷⁾.

En relación con este tema, la Corte Suprema de Justicia ha señalado: “Si la infracción al deber de cuidado se concreta a su vez en el

(118) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sent. de 24 enero 2007, M. P. Sigifredo ESPINOSA PÉREZ.

(119) Decreto Ley 100 de 1980, art. 137.

(120) Pedro PABÓN PARRA, *Manual de derecho penal*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2002, p. 1198.

(121) *Ibidem*, p. 1198.

(122) *Ibidem*.

(123) Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general*, 4ª ed., Barcelona, PPU Ediciones, 1996, p. 274.

(124) *Ibidem*, p. 275.

(125) *Ibidem*.

(126) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sent. 19 enero 2006, M. P. Édgar LOMBANA TRUJILLO.

(127) *Ibidem, idem*.

desconocimiento de la norma de cuidado inherente a la actividad en cuyo ámbito se desarrolla una actividad riesgosa, también es necesario fijar el marco en el cual se realizó la conducta y señalar las normas que la gobernaban, a fin de desvelar si mediante la conjunción valorativa *ex ante* y *ex post*, ese resultado esperado, la pérdida de dineros públicos, podría ser imputado al comportamiento del procesado”⁽¹²⁸⁾.

- El principio de confianza que surge como “consecuencia de la anterior normatividad, y consiste en que quien se comporta en el tráfico de acuerdo con las normas puede y debe confiar en que todos los participantes en el mismo tráfico también lo hagan, a no ser que de manera fundada se pueda suponer lo contrario”⁽¹²⁹⁾.
- El criterio del hombre medio “en razón del cual el funcionario judicial puede valorar la conducta comparándola con la que hubiese observado un hombre prudente y diligente situado en la posición del autor. Si el proceder del sujeto agente permanece dentro de esos parámetros no habrá violación al deber de cuidado, pero si los rebasa procederá la imprudencia siempre que converjan los demás presupuestos típicos”⁽¹³⁰⁾.

Sobre este aspecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado: “Entonces, cabe señalar que valorada la situación *ex ante* se ubica a un administrador cuidadoso y diligente en la labor de celebrar esos contratos, que actúa conforme a las pautas de administración de bienes ajenos y de acuerdo a los postulados de la ética y la justicia, y como el resultado de daño contra el patrimonio económico no se produjo, como pasará a demostrarse, no cabe ninguna imputación en su contra”⁽¹³¹⁾.

En este aspecto, reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado la importancia de analizar la imputación objetiva en el delito de peculado culposo:

“Tratándose de delitos culposos el criterio fundamental de imputación del resultado al agente radica en el fin de protección de la norma de cuidado e implica que en el daño se refleje la realización del riesgo creado a través de la infracción de aquella norma, al tiempo que se han de determinar los riesgos y peligros que el sujeto debió prever

(128) *Ibidem*, sent. de 6 julio 2005, M. P. Yesid RAMÍREZ BASTIDAS.

(129) *Ibidem*, sentencia de segunda instancia de 19 enero 2006, M. P. Édgar LOMBANA TRUJILLO.

(130) *Ibidem*, *idem*.

(131) *Ibidem*, sent. de 6 julio 2005, M. P. Yesid RAMÍREZ BASTIDAS.

según sus circunstancias, si los mismos eran adecuados o no y qué medidas de precaución debió adoptar para no llegar al resultado. Y en el peculado culposo, como delito de resultado, es necesario que se dé el extravío, pérdida o daño de los bienes que por razón o con ocasión de sus funciones se le hayan confiado al servidor público”⁽¹³²⁾.

En tercer lugar, la Corte Suprema de Justicia también ha exigido, en relación con el delito de peculado culposo, la existencia de una relación de causalidad o nexo de determinación: “4.1.4. Relación de causalidad o nexo de determinación. La transgresión al deber objetivo de cuidado y el resultado típico deben estar vinculados por una relación de determinación, es decir la vulneración debe producir el resultado”⁽¹³³⁾.

En cuarto lugar, es necesario establecer un nexo de causalidad e imputación entre la violación del deber objetivo de cuidado y el resultado de extravío, pérdida o daño de los bienes del Estado. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha señalado la posibilidad de hacer un análisis sobre el riesgo aun en el ámbito de la Administración Pública⁽¹³⁴⁾, particularmente del principio de confianza⁽¹³⁵⁾.

La imputación al tipo objetivo “presupone la realización de un riesgo creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo”⁽¹³⁶⁾, por lo cual la dogmática ha señalado dos requisitos para su configuración: la creación del riesgo y la realización del riesgo⁽¹³⁷⁾; pues su conducta se puede encuadrar dentro de los supuestos de exclusión de la imputación contemplados por Claus Roxin:

(132) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sent. del 24 de mayo de 2017, rad. 42753, M.P. Eugenio FERNÁNDEZ CARLIER.

(133) *Ibidem*, sent. de 19 enero 2006, M. P. Édgar LOMBANA TRUJILLO.

(134) *Ibidem*, sent. de 6 julio 2005, M. P. Yesid Ramírez Bastidas. “6. No cabe duda que el resultado que dio origen a esta actuación tuvo lugar en el escenario de la Administración Pública, en el cual, si bien no puede equipararse a los ámbitos del tráfico viario, la construcción o la actividad médica en cuanto los riesgos más evidentes no están enfocados a la vida o la integridad de las personas, o a causar daños a los bienes, sí hay la potencialidad de generar riesgo a otros intereses jurídicos radicados en cabeza de entes institucionales y que, por tanto, interesan a todo el conglomerado social en cuanto despliegan una función encaminada al beneficio común”.

(135) *Ibidem*, sent. de 6 julio 2005, M. P. Yesid RAMÍREZ BASTIDAS. “La determinación de la efectividad del principio de confianza en un ámbito de interrelación está guiada por la apreciación racional de las pautas que la experiencia brinda o de las concretas condiciones en que se desenvuelve una actividad u organización determinada, porque son elementos que posibilitan señalar si una persona, al satisfacer las reglas de comportamiento que de ella se esperan, está habilitada para confiar en que el dolo o la culpa de los demás que interactúan en el tráfico jurídico no la van a afectar”.

(136) Claus ROXIN, Derecho Penal. Parte general, Madrid, Civitas, 1997, p. 364.

(137) Claudia LÓPEZ DÍAZ, *Introducción a la imputación objetiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 67.

- En primer lugar, se excluye la imputación al tipo objetivo como criterio para determinar cuándo una conducta causa un determinado resultado, por falta de creación del riesgo no permitido⁽¹³⁸⁾.
- En segundo lugar, contempla Roxin como exclusión de la creación del riesgo, la disminución del riesgo, según la cual “ya de entrada falta una creación de riesgo y con ello la posibilidad de imputación si el autor modifica un curso causal de tal manera que aminora o disminuye el peligro ya existente para la víctima, y por tanto mejora la situación del objeto de la acción”⁽¹³⁹⁾.

La disminución de riesgo es reconocida por Claus Roxin como uno de los casos en los cuales una conducta no es objetivamente imputable por la ausencia de creación de un riesgo no permitido, cuya no punición se debe a que “sería absurdo prohibir acciones que no empeoran, sino que mejoran el estado del bien jurídico”⁽¹⁴⁰⁾.

- En tercer lugar, que el resultado “no está cubierto por el fin de protección de la norma de cuidado”⁽¹⁴¹⁾.

Respecto al tipo subjetivo en el delito de peculado culposo, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que este está constituido por un aspecto volitivo, según el cual: “El resultado típico no debe estar comprendido por la voluntad, o abarcándolo debe hacerlo con una causalidad distinta de la que el agente programó”⁽¹⁴²⁾, y un aspecto cognoscitivo que “exige la posibilidad de conocer el peligro que la conducta representa para los bienes jurídicos y de prever el resultado con arreglo a esa cognición”⁽¹⁴³⁾.

5. Destino de recursos del Tesoro para el estímulo o beneficio indebido de explotadores y comerciantes de metales

Por último, se contempla una conducta punible de muy poca aplicación según la cual: “El servidor público que destine recursos del tesoro para estimular o beneficiar directamente o por interpuesta persona, a los explotadores y comerciantes de metales preciosos, con el objeto de que declaren sobre el origen o procedencia del mineral precioso, incurrirá en prisión de treinta y

(138) Claus ROXIN, *op. cit.*, p. 366.

(139) *Ibidem*, p. 366.

(140) *Ibidem*.

(141) *Ibidem*, p. 377.

(142) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sent. de 19 enero 2006, M. P. Édgar LOMBANA TRUJILLO.

(143) *Ibidem*.

dos (32) a noventa (90) meses, en multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses”⁽¹⁴⁴⁾.

Por su parte: “En la misma pena incurrirá el que reciba con el mismo propósito los recursos del tesoro, o quien declare producción de metales preciosos a favor de municipios distintos al productor”⁽¹⁴⁵⁾.

Esta conducta fue adicionada al Código Penal mediante la Ley 366, de 1997⁽¹⁴⁶⁾, para luchar contra un fenómeno específico de criminalidad relacionada con la extracción de recursos no renovables; sin embargo, se trata de un delito poco claro que podría ser sancionado por otras conductas punibles como el interés indebido en la celebración de contratos y el prevaricato, de allí su evidente inutilidad.

V. ATENUACIÓN PUNITIVA

En el artículo 401 del Código Penal se señalan tres formas de atenuación punitiva: las dos primeras se remiten al reintegro total, “señalando que si el agente, por sí o por tercera persona, hace cesar el mal uso, reparare lo dañado o reintegrare lo apropiado, perdido, extraviado, o su valor, antes de iniciarse investigación, ‘la pena se disminuirá hasta en las tres cuartas partes’, y si el reintegro se efectuare antes de dictarse sentencia de segunda instancia, ‘la pena se disminuirá hasta en la mitad’”.

Sin embargo, esta norma fue modificada por la Ley N° 1474, de 2011, la cual señala lo siguiente: “Si antes de iniciarse la investigación, el agente, por sí o por tercera persona, hiciere cesar el mal uso, reparare lo dañado, corrigiere la aplicación oficial diferente, o reintegrare lo apropiado, perdido o extraviado, o su valor actualizado con intereses la pena se disminuirá en la mitad.

Si el reintegro se efectuare antes de dictarse sentencia de segunda instancia, la pena se disminuirá en una tercera parte.

(144) CP. de 2000, art. 403.

(145) *Ibidem*.

(146) CP. de 1980, art. 139A (adicionado, Ley 366 de 1997, art. 5°). “El servidor público y/o empleado oficial que destine recursos del Tesoro para estimular o beneficiar directa o por interpuesta persona a los explotadores y comerciantes de metales preciosos con el objetivo de que declaren sobre el origen o procedencia del mineral precioso, incurrirá en prisión de dos a diez años, en multa de cien a quinientos salarios mínimos mensuales y quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas. Así mismo, en la sentencia se ordenará reintegrar a favor del tesoro público las sumas pagadas. En la misma pena incurrirá el que reciba con el mismo propósito los recursos del Tesoro o quien declare producción de metales preciosos a favor de municipios distintos al productor”.

Cuando el reintegro fuere parcial, el juez deberá, proporcionalmente, disminuir la pena hasta en una cuarta parte”.

En este caso, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “la reducción de pena opera *ipso iure*, de suerte que cumplida la condición en ella establecida (reintegro total), surge para el juzgador la obligación de aplicar la consecuencia jurídica (disminución de la pena), perteneciendo al ámbito de su discrecionalidad solo la determinación del *quantum* de la rebaja aplicable en cada caso, dentro de los límites allí prefijados”⁽¹⁴⁷⁾.

Por su parte, el tercer inciso regula el reintegro parcial, precisando que cuando la restitución sea de esta índole, el juez puede, “en casos excepcionales y teniendo en cuenta las circunstancias previstas en el artículo 61, disminuir la pena hasta en una cuarta parte”.

En este tercer caso, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “la rebaja no es viable en todos los eventos, como acontece cuando la restitución ha sido total, sino solo en aquellos en los cuales la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de agravación y atenuación concurrentes, la personalidad del procesado, lo recomienden”⁽¹⁴⁸⁾.

Sobre el reintegro, la Corte Suprema de Justicia ha señalado: “que el reintegro lo haga el agente, por sí o por tercera persona, indudablemente significa que entre la acción de reintegrar y el sujeto activo de la infracción existe una relación, bien sea directa o mediada por un tercero que, en todo caso, actúa por él, sea como mandatario o no, pero no independientemente de él”⁽¹⁴⁹⁾.

VI. AGRAVACIÓN ESPECIAL EN FRENTE A LA SALUD

La Ley N° 1474 estableció las siguientes modalidades agravadas de peculado en relación con recursos de la salud:

- El peculado por aplicación oficial diferente frente a recursos de la seguridad social, según el cual: “La pena prevista en el artículo 399 se agravará de una tercera parte a la mitad, cuando se dé una aplicación oficial diferente a recursos destinados a la seguridad social integral”.

(147) Colombia, Corte Suprema de Justicia, sent. de 29 mayo 2000, M. P. Fernando E. ARBOLEDA RIPOLL.

(148) *Ibidem, idem*.

(149) *Ibidem*, sent. de 19 julio 2006, M. P. Álvaro Orlando PÉREZ PINZÓN.

- El peculado culposo frente a recursos de la seguridad social integral, de acuerdo con el cual: “Las penas previstas en el artículo 400 de la ley 599 de 2000 se agravarán de una tercera parte a la mitad, cuando se dé una aplicación oficial diferente a recursos destinados a la seguridad social integral”.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo: *La corrupción pública y privada*, Bogotá, 2017.
- CASTRO MORENO, Abraham: *La malversación de caudales en el Código Penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- CATALÁN SENDER, Jesús: *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal* (doctrina y jurisprudencia), Barcelona, Bayer Hermanos, S. A., 1999.
- CÓRDOBA ANGULO, Miguel: “La figura del interviniente en el Derecho Penal colombiano”, en: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. xxv, 2004.
- Corte Suprema de Justicia, sentencia de segunda instancia de 14 agosto 2000, rad. 11.333, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.
 - sent. de segunda instancia de 19 enero 2006, M. P. Édgar LOMBANA TRUJILLO.
 - sent. de única instancia de 21 marzo 2002, rad. 14.124.
 - sent. de única instancia de 2 septiembre 2002, M. P. Édgar LOMBANA TRUJILLO.
 - sent. de 24 enero 1996, M. P. Dídimo PÁEZ VELANDIA.
 - sent. de 29 mayo 2000, M. P. Fernando E. ARBOLEDA RIPOLL.
 - sent. de 8 febrero 2001, M. P. Jorge Aníbal GÓMEZ GALLEGÓ.
 - sent. de 25 octubre 2001, M. P. Jorge CÓRDOBA POVEDA.
 - sent. de 25 abril 2002, M. P. Carlos Eduardo MEJÍA ESCOBAR.
 - sent. de 14 noviembre 2002, M. P. Fernando E. ARBOLEDA RIPOLL.

- sent. de 8 septiembre 2004, M. P. Alfredo GÓMEZ QUINTERO.
- sent. de 15 junio 2005 (rad. 20.528); auto del 5 de diciembre de 2007 (rad. 28.770); auto del 15 de diciembre de 2007 (rad. 27.712); auto del 23 de enero de 2008 (rad. 28.890); auto del 20 de febrero de 2008 (rad. 26.146); y auto del 9 de abril de 2008 (rad. 29.452).
- sent. de 6 julio 2005, M. P. Yesid RAMÍREZ BASTIDAS.
- sent. de 7 septiembre 2005, M. P. Jorge Luis QUINTERO MILANÉS.
- sent. de 7 febrero 2006, M. P. Sigifredo ESPINOSA PÉREZ.
- sent. de 23 febrero 2006, M. P. Sigifredo ESPINOSA PÉREZ.
- sent. de 23 marzo 2006, M. P. Jorge Luis QUINTERO MILANÉS.
- sent. de 6 abril 2006, M. P. Sigifredo ESPINOSA PÉREZ.
- sent. de 8 junio 2006, M. P. Yesid RAMÍREZ BASTIDAS.
- sent. de 13 julio 2006, M. P. Alfredo GÓMEZ QUINTERO.
- sent. de 19 julio 2006, M. P. Álvaro Orlando PÉREZ PINZÓN.
- sent. de 5 octubre 2006, M. P. Jorge Luis QUINTERO MILANÉS.
- sent. de 9 noviembre 2006, M. P. Jorge Luis QUINTERO MILANÉS.
- sent. de 24 enero 2007, M. P. Javier ZAPATA ORTIZ.
- sent. de 24 enero 2007, M. P. Sigifredo ESPINOZA PÉREZ.
- sent. de 17 septiembre 2008, M. P. Javier ZAPATA ORTIZ.
- sent. de 5 noviembre 2008, M. P. Julio Enrique SOCHA SALAMANCA.
- sent. de 18 noviembre 2008, M. P. María del Rosario GONZÁLEZ DE LEMOS.
- sent. de 2 diciembre 2008, M. P. Alfredo GÓMEZ QUINTERO.

- sent. de 2 diciembre 2008, M. P. Javier ZAPATA ORTIZ.
 - sent. del 18 de diciembre de 2013, M.P. Eugenio FERNÁNDEZ CARLIER.
 - sent. del 1 de noviembre de 2017, M.P. Eyder PATIÑO CABRERA.
 - auto del 13 de diciembre de 2017, M.P. Luis Antonio HERNÁNDEZ BARBOSA.
 - sent. del 8 de noviembre de 2017, M.P. Eugenio Fernández CARLIER.
 - auto del 29 de noviembre de 2017, M.P. José Francisco ACUÑA VISCAYA.
 - sent. del 30 de noviembre de 2017, M.P. Luis Antonio HERNÁNDEZ BARBOSA.
 - sent. del 24 de mayo de 2017, M.P. Eugenio Fernández CARLIER.
 - sent. del 21 de febrero de 2018, M.P. Patricia SALAZAR CUELLAR
- LÓPEZ DÍAZ, Claudia: *Introducción a la imputación objetiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
 - MIR PUIG, Carlos: *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, Barcelona, Bosch, 2000.
 - MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte general*, 4ª ed., Barcelona, PPU Ediciones, 1996.
 - MORALES PRATS, Fermín y MORALES GARCÍA, Óscar: “De la malversación”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (Dir.) y Fermín MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Navarra, Aranzadi, 2007.
 - MORILLAS CUEVA, Lorenzo: “Delitos contra la Administración Pública (i)”, en: Manuel Cobo del Rosal (Coord.), *Derecho Penal español. Parte especial*, Madrid, Dykinson, 2005.
 - MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

- OLIVEROS ROSELLÓ, José: “La malversación en el Código Penal de 1995”, en José Luis González Cussac, *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- PABÓN PARRA, Pedro: *Manual de Derecho Penal*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2002.
- ROXIN, Claus: *Derecho Penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1997.
- SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto: *Autoría*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador *et al.*: *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch.

GESTIÓN DE FONDOS PÚBLICOS: ¿CUÁNDO LA MALA GESTIÓN SE VUELVE MALVERSACIÓN?

ANA LUCÍA HEREDIA MUÑOZ^(*)

I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día no nos es ajeno el rol que cumplen los ciudadanos en cuanto entes vigilantes sobre la forma en la que los funcionarios de los diversos poderes del Estado gestionan los fondos que tienen a su disposición, y es que el acceso que tenemos a este tipo de información, aunado a la rapidez de transmisión de esta por medio de los distintos medios de comunicación —incluyendo las redes sociales—, genera un gran impacto en cuanto a su difusión.

Así, el tema de nuestra disertación tiene como punto de partida un ámbito que excede lo estrictamente penal, pues es, a partir de la revisión de algunos conceptos básicos vinculados con la gestión de los fondos públicos, que se realizará un análisis sobre los problemas que pueden derivarse en escenarios donde se produce una mala gestión de estos, para posteriormente determinar cuándo dichas situaciones tienen relevancia penal y, más concretamente, cuándo pueden reputarse como un delito de malversación en el Perú. Y, finalmente, a la luz de los principios rectores del Derecho Penal, determinar si, a pesar de que normativamente se encuentra sancionado en el Código Penal el delito de malversación, su castigo tiene un impacto real en el ámbito práctico o no.

II. ASPECTOS ESENCIALES SOBRE LA GESTIÓN DE FONDOS PÚBLICOS

Existe una situación muy particular que no solo ha afectado a un país concretamente, sino que ha tenido un impacto en todo el mundo; esta es la

(*) Doctora en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Autónoma de Madrid. Máster en Derecho Público por la Universidad Complutense de Madrid y Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima). Docente en Pregrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Universidad Privada del Norte. Docente del doctorado en Derecho Penal y Política Criminal en la Universidad Privada de Tacna. Doctoranda en Derecho en la Universidad Complutense de Madrid.

pandemia de COVID-19, la cual, además de generar daños económicos, ha ocasionado estragos sociales, pues la humanidad en pleno ha observado la fragilidad de nuestra condición, todo ello reflejado en las muertes masivas que se han producido en los últimos dos años.

Sin duda, nuestro actual enemigo principal es la COVID-19, un virus que se ha llevado a millones de personas en todo el globo terráqueo. Antes de que existiera dicha pandemia ocasionada por aquel agente infeccioso, existía otro mal frente al cual luchaba la humanidad –y aún sigue luchando–; este es la corrupción, “virus” que se encuentra enquistado en las fibras más íntimas de nuestra sociedad.

En los países latinoamericanos no nos es extraño que muchos de nuestros exgobernantes se encuentren procesados penalmente por actos de corrupción, situación que debería ser la excepción, pero desafortunadamente se ha convertido en casi la regla; muchas veces, incluso, forman parte de tramas transnacionales de corrupción –un claro ejemplo es el Caso Odebrecht–.

Cuando un funcionario público tiene en su poder la gestión de los fondos del Estado, ejerce claramente una labor delicada, pues de por sí sabe que su accionar será evaluado al milímetro a efectos de verificar que el ejercicio de sus funciones se ha desenvuelto dentro de los parámetros esperados, pero ¿qué sucede si no? ¿Qué sucede si estamos frente a una mala gestión? Es este último escenario sobre el que partirá nuestro análisis, pues nos ayudará a determinar cuándo estamos frente a una mala gestión que infringe la norma administrativa y cuándo estamos frente a una infracción que lesiona la norma penal. Y es que es importante tener en claro cuáles son los parámetros establecidos entre ambos ámbitos del Derecho, máxime si tenemos en cuenta que, tanto la infracción administrativa como la penal, generan a su vez un desprestigio de las instituciones y entidades pertenecientes al sector público y, consecuentemente con ello, un debilitamiento de estas, lo que se traduce en una decepción generalizada de los miembros de nuestra sociedad.

Esa es la situación, pero frente a ello, ¿qué requiere la sociedad? Requiere el fortalecimiento de las instituciones del Estado, a efectos de que estas puedan corregir los errores en su funcionamiento y puedan impulsar los *buenos* planes de gestión que se propusieron y que nunca se ejecutaron, es decir, que trasciendan el papel y se conviertan en realidad.

¿Qué más se reclama? Se exige, pues, mayor transparencia en la organización y funcionamiento del sector público. En líneas generales, lo que la sociedad demanda es una mejora en muchos ámbitos, entre estos una mejora en la gestión de los fondos públicos.

Es indudable que el sector público cumple un rol fundamental para la promoción del bienestar social –sin que se desconozca la libertad de empresa dentro de la economía de mercado –, por lo que es importante que se brinden situaciones adecuadas para el manejo de aquel, más aún en el ámbito de la gestión de los fondos estatales, pues no tomar las previsiones debidas podría ser la causa generadora de situaciones de mal funcionamiento, que muchas veces terminan conllevando a un mal uso de los fondos públicos –que, desafortunadamente, puedan calzar con infracciones administrativas o, peor aun, con tipos penales– y ocasionando un grave daño al Estado y a todos los ciudadanos en su conjunto.

Adentrándonos a nuestro tema de estudio, debemos partir de la premisa de que los poderes públicos se suelen organizar a través de administraciones, instituciones y entidades de diversa índole para atender sus múltiples funciones; por ello, siempre se hace referencia a la existencia de un gran aparato o estructura a nivel estatal (Cubillo Rodríguez, 2019).

Esa forma de organizarse no se realiza de manera caprichosa, sino que esta se ajusta a lo que estipula cada ordenamiento jurídico, lo que lo dota de legalidad. Ahora bien, el cumplimiento del requisito antes mencionado no es suficiente, es decir, no basta con que formalmente el sector público organice sus instituciones según la forma prevista en la ley, sino que, también, es importante que dicha organización se diseñe de tal manera que dé lugar a un justificado gasto público para su mantenimiento, es decir, es necesario que esa organización sea estructurada conforme a ley y de manera eficiente con relación al gasto público.

A propósito de lo antes mencionado, es importante preguntarse si realmente la sociedad se encuentra conforme con la forma en la que se encuentra estructurado nuestro Estado: ¿realmente nuestras instituciones son eficientes? La respuesta dependerá de la realidad particular de cada uno de nuestros países y probablemente no sea ni un sí ni un no absoluto, sino –más bien– una respuesta matizada, atendiendo a destacar los puntos fuertes y débiles del funcionamiento de la organización del sector público –de cada uno de nuestros países–.

Si, como se ha señalado, se reconoce que existen situaciones particulares que afectan cada país, también se ha destacado que existen situaciones que son comunes a muchos ordenamientos jurídicos, pudiendo mencionarse los siguientes problemas como algunos de los que más se repiten en los diversos Estados. Siguiendo a Cubillo Rodríguez (2019), estos son:

- 1) **Supuestos de duplicidad y solapamiento de funciones públicas.** Esto ocurre porque, a veces, existen diversas administraciones, entidades o instituciones estatales que se dedican a prestar los mismos servicios a la ciudadanía, teniendo como criterio delimitador de competencia –usualmente– el ámbito territorial, lo que en la práctica puede generar una serie de discusiones en cuanto a la responsabilidad de cada entidad frente a hechos conflictivos.

Como ejemplo ilustrativo de lo antes mencionado podemos señalar que, hace dos años aproximadamente, en Villa El Salvador, se produjo un accidente, una deflagración de gas que ocasionó la muerte de 34 personas. ¿Qué ocurrió? Un camión cisterna de GLP chocó con un desnivel que se ubicaba en una avenida principal. Este accidente hizo que el camión se desestabilizase y se hiciese un pequeño forado en él, ocasionando que el gas saliese y, en menos de 30 segundos, se produjese una explosión, debido a que un señor, a menos de 100 metros, al encender su vehículo, generó una pequeña chispa del contacto del automóvil, que hizo estallar poco más de una calle, muriendo –producto de este hecho– 34 personas, muchas de ellas en el acto y otras en los hospitales a donde los derivaron. El punto es el siguiente: por la velocidad permitida en esa avenida, no debía tener ese desnivel; inclusive, el mantenimiento de esa pista se encontraba en muy mal estado, a pesar de ser una avenida principal.

La discusión se centró en determinar quién era la autoridad competente para el mantenimiento de esa avenida. El alcalde del distrito señalaba que él no era el responsable pues, al ser una vía principal, le correspondía el mantenimiento de esta a la Municipalidad Metropolitana de Lima, mientras que el alcalde metropolitano señalaba que era la Municipalidad Distrital de Villa El Salvador la responsable del mantenimiento de esa pista, pues, a pesar de ser una avenida principal, la obra había sido ejecutada con dinero de la Municipalidad de Villa El Salvador y el mantenimiento de esta estaba a su cargo. Finalmente, se determinó que era esta última municipalidad la responsable del mantenimiento de la vía.

Con este ejemplo, quiero ilustrar lo siguiente: que, muchas veces, distintas entidades del sector público se encargan de la realización de obras similares y dependerá incluso de cada caso concreto que podamos determinar adecuadamente cuándo es responsable una u otra institución, pues, probablemente, ambas realicen la misma función, pero, por cuestiones meramente coyunturales, una puede encargarse de la gestión y la otra no.

- 2) **Exceso de empleados públicos.** Se suele criticar mucho un supuesto exceso de funcionarios públicos en el Estado, lo que conllevaría a que este generase innecesariamente un excesivo gasto público para pagar los sueldos o retribuciones de estos, pero la pregunta que podríamos realizarnos es si ello es realmente así. De manera muy personal, tendría que afirmar una vez más que todo es relativo. Y es que existen instituciones que tienen poco personal para el desempeño eficiente de sus funciones y existen, también, otras instituciones que realmente tienen personal suficiente o inclusive en exceso y que, a pesar de ello, no cumplen con sus objetivos de manera eficiente, siendo este segundo escenario –que probablemente constituya la excepción– el que brinda esa visión distorsionada a la sociedad.

¿Cómo se pueden superar las cuestiones antes señaladas? Pues bien, el Estado, a través de sus diversas entidades, debe organizarse y desenvolver sus roles tanto con respeto a la legalidad –es decir, con sometimiento a lo previsto en las normas establecidas en su ordenamiento jurídico– como con eficiencia, es decir, buscando que, en el desempeño de sus funciones, exista un equilibrio entre el cumplimiento de los objetivos trazados y la utilización razonable de los medios personales y materiales con los que cuente para ello. Solo de esa forma se logrará cambiar la visión negativa que posee la sociedad sobre el Estado y, muy particularmente, sobre los funcionarios que laboran en él.

Al inicio hacíamos referencia a la existencia de una crisis económica mundial aguda que data de años atrás. ¿Qué ocurre cuando no existe presupuesto? Pues se realizan recortes presupuestarios, los que, desafortunadamente, a lo largo del tiempo se han ejecutado en sectores que brindan servicios esenciales para la sociedad como, por ejemplo, salud y educación. Esta precariedad, debida a la poca destinación de presupuesto, ha quedado de manifiesto con la pandemia. Hemos visto gente morir por falta de camas UCI y hemos observado, también, la forma en la que no se ha podido brindar una educación adecuada a los niños y adolescentes en etapa escolar por no contar previamente con un diseño de educación remota.

Estas carencias, que no son producto de decisiones de un solo gobierno, sino que son producto de años de decisiones de ese tipo, han calado hondo en nuestra sociedad y han generado que nos preguntemos: ¿si no existiese corrupción en la gestión de los fondos públicos, tal vez estaríamos mejor? Y es que sabemos el daño que ocasiona la corrupción, los millones de dólares que son empleados para cubrir otras cosas que no son las necesidades reales de la población. Todo ello ha generado un reclamo social y que los ciudadanos hoy en día se encuentren más vigilantes que antes.

Así, lo que se busca hoy en día, es fortalecer las instituciones del Estado, cambiar esa visión que tiene la sociedad y, para ello, se brindan constantemente capacitaciones sobre estos aspectos vinculados con la gestión de fondos públicos y la forma en la que debe realizarse esta, teniendo en cuenta criterios como la legalidad, la ética y el manejo eficaz, eficiente y transparente.

III. CRITERIOS PARA EL MANEJO ADECUADO DE LOS FONDOS PÚBLICOS

Si nos remitimos a lo estipulado en la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto –Ley N° 28411–, existen principios o criterios regulatorios para el manejo de los fondos públicos, los cuales son: equilibrio presupuestario; equilibrio macrofiscal; especialidad cuantitativa; especialidad cualitativa; universalidad y unidad; de no afectación predeterminada; integridad; información y especificidad; anualidad; eficiencia en la ejecución de los fondos públicos; centralización normativa y descentralización operativa; transparencia presupuestal; exclusividad presupuestal; principio de programación multianual; principio de legalidad, y presunción de veracidad.

Para efectos de la presente investigación, **únicamente haremos referencia a unos cuantos criterios**; estos son: la legalidad, la ética, eficacia y eficiencia, y, finalmente, la transparencia.

- 1) En cuanto al sometimiento de la gestión de los fondos públicos a la legalidad, debemos recordar que la organización del Estado y las funciones que cumplen cada una de las administraciones y entidades que lo integran se encuentran previstas en normas legales, por lo que propiamente los roles y límites que desempeñan estas se encuentran regulados, dejando con ello de lado la posibilidad de existencia de espacios en los que los funcionarios puedan actuar de manera arbitraria, sin sujetarse a norma alguna. Ello ocurre inclusive en los casos en los que se les permita cierto grado de discrecionalidad, pues, aun en dichos supuestos, su actuación debe darse de manera razonada, ya que todo acto de arbitrariedad es rechazado –aunque no se encuentre regulado positivamente, jurisprudencialmente se ha establecido que el principio de interdicción de la arbitrariedad es uno de los pilares derivados del Estado de Derecho–.

Si tenemos en cuenta la especial función a la que nos estamos refiriendo –la gestión de los fondos públicos–, al tratarse de una materia tan sensible, esta exige que el respeto a la legalidad sea un deber, pues es importante que se garantice que dicha labor se ejecute de

manera eficiente, eficaz, transparente y sin dejar espacio a actos de corrupción.

Nos hemos referido a que, en este ámbito, existen una serie de normas –de distintos rangos– que contribuyen a delimitar los contornos de esa gestión de fondos, pero es importante destacar que, para exigir su cumplimiento, deben no solo existir, sino que deben ser acertadas, es decir, deben gozar de una buena calidad técnica. Aquí la técnica legislativa cumple un rol fundamental, pues va a permitir que no exista una precipitación en la producción normativa que pueda dar lugar a leyes y reglamentos con redacciones confusas o con antinomias evidentes.

¿Qué ocurre cuando tenemos normas confusas o con mala técnica legislativa? Genera que realicemos un esfuerzo especial para poder interpretar las normas, lo que podría conllevar, a su vez, a ciertos escenarios poco predecibles, en los que dependería de la autoridad en particular determinar el sentido interpretativo que desea brindarle a la norma.

Actualmente, hoy más que antes, en diversos países se está impulsando paralelamente un intento de mejora de la técnica legislativa, a efectos de que esta contribuya a mejorar la aplicación de las leyes en sí.

- 2) Se ha mencionado que, para que se produzca una adecuada gestión de los fondos públicos, es necesario que se actúe con ética: ¿esto qué implica? Pues que los funcionarios o gestores públicos actúen con integridad moral durante el tiempo que ejerzan sus funciones, sobre todo, cuando manejen o dispongan de los fondos públicos.

Así, lo que se busca es que las personas que se encargan de gestionar los fondos del Estado actúen con honradez, no sustrayéndolos para fines personales o de terceros, cuidándolos con una consigna de austeridad, preservando su integridad, no haciendo un uso abusivo e inadecuado de ellos y consiguiendo que, a través de su uso adecuado, se pueda satisfacer o brindar servicios públicos de una calidad óptima a la sociedad.

- 3) Gestionar fondos y, más aún, fondos públicos, conlleva a que siempre se vigile que el gasto o empleo de estos se haga teniendo en cuenta parámetros de eficacia y eficiencia. Y es que una eficiente y eficaz

gestión implica que se busque conseguir los objetivos trazados con un empleo adecuado de los recursos económicos del Estado.

De esta forma, se busca conseguir el cumplimiento adecuado de los objetivos públicos al menor coste.

Es importante tener en cuenta que el objetivo que posee el Estado es atender fines sociales, por lo que la lógica del empleo de los fondos es distinta a la que podría darse cuando se gestionan personas jurídicas con fines lucrativos, que buscan únicamente maximizar sus ingresos con la menor inversión posible, mientras que el Estado, a través de sus diversos actos, busca atender fines sociales al menor coste, a pesar de que esos fines “económicamente” podrían no resultar rentables. Por ejemplo, arreglar una red sanitaria de un sector alejado de la población, probablemente, podría parecer mucha inversión para la atención de un sector reducido de la sociedad y que, por tanto, ello no merecería realizar un desembolso por parte del Estado, pero, atendiendo a los fines sociales, se encontraría justificada la realización de dicha obra y el desembolso del dinero que la ejecución de esta conllevaría.

- 4) Finalmente, el último requisito vinculado con la gestión de los fondos públicos, que es importante destacar para efectos del tratamiento de la temática abordada, es el requisito de transparencia.

En nuestro país, existe la Ley N° 27806, Ley de transparencia y acceso a la información pública, la que, según su artículo 1, “tiene por finalidad promover la transparencia de los actos del Estado y regular el derecho fundamental del acceso a la información consagrado en el numeral 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú”.

La creación de esta ley y, en general, el pedido de transparencia en la gestión pública son consecuencias del reclamo social que ha existido durante décadas, pues los ciudadanos necesitan saber cómo se están efectuando los gastos públicos. Esto ayuda no solo como disuasivo de la comisión de actos de corrupción, sino que, además, contribuye a la recuperación de la confianza de los ciudadanos en el desempeño de las entidades públicas y de los funcionarios que laboran en ellas.

Así, cualquier ciudadano puede tener acceso al manejo de la información pública –con excepción de aquellas que, por su naturaleza, no puedan ser reveladas– ya sea a través de las mesa de partes de la entidades o inclusive a través de las plataformas web de estas, acceso a la información que, en algunas ocasiones, ha permitido una celeridad en el descubrimiento del

manejo irregular de los fondos públicos y el consecuente castigo oportuno de los funcionarios vinculados con ello, además de correcciones prontas a efectos de evitar un mayor daño al erario público. Por este motivo, el acceso a la información pública brinda a todos los ciudadanos una herramienta poderosa para vigilar la forma en la que se gasta el dinero de todos los ciudadanos.

IV. ESCENARIOS CONFLICTIVOS EN EL ÁMBITO DE LA GESTIÓN DE FONDOS PÚBLICOS

Hasta este punto hemos señalado algunos criterios a tener en cuenta para una gestión adecuada de los recursos públicos. Ahora, nos enfocaremos en los escenarios conflictivos de una gestión inadecuada de los fondos públicos que, siguiendo una vez más a Cúbillo Rodríguez (2019), pueden verse reflejados en los siguientes cinco casos:

- 1) Cuando la finalidad a la que se aplican los fondos es contraria a Derecho, lo que sucede, por ejemplo, cuando se desvían los fondos públicos para satisfacer intereses propios o de terceros. Un claro ejemplo de esta situación la vemos cuando nos enfrentamos ante un delito de peculado doloso (artículo 387 CP).
- 2) Cuando la finalidad a la que se aplican los fondos es innecesaria, constituyendo dicho gasto algo vacío o innecesario debido a que su desembolso deviene en irrelevante para el ejercicio de la actividad pública encomendada a la entidad.
- 3) Cuando la finalidad a la que se aplican los fondos podría haberse conseguido utilizando los recursos humanos y materiales de la propia entidad sin necesidad de recurrir a apoyo externo, deviniendo dicho gasto en algo que pudo ser evitado.
- 4) Cuando hay finalidades prioritarias que debieron atenderse con anterioridad, pero que fueron desplazadas para cubrir necesidades que ocupaban un segundo orden. Por ejemplo, esto pasa cuando, en lugar de mejorar la red de desagüe de una escuela pública, se emplean los fondos para habilitar un área de proyección de películas, semejante a un cine.
- 5) Cuando la finalidad a la que se aplican los fondos pudo haberse conseguido con menos gasto para la entidad, lo que ocurre, por ejemplo, cuando se paga un sobreprecio por unas prestaciones o productos que podrían haberse conseguido más baratos.

Los cinco escenarios descritos plantean resumidamente supuestos-límite en los que existe una mala gestión de los fondos públicos, pero también una situación que debe destacarse: no por el mero hecho de tratarse de una mala gestión necesariamente estamos ante un delito de corrupción de funcionarios, pues puede darse el caso de que dicha mala gestión únicamente sea atribuible a una ineficiencia del funcionario encargado de la gestión y, por tanto, sancionable únicamente en el ámbito administrativo sancionador.

V. REFLEXIONES EN TORNO A LA CORRUPCIÓN

La gestión adecuada de los fondos públicos, conforme a los criterios brindados líneas arriba, genera un halo de luz sobre este acto, pero, así como existe la luz, por balance, existe también la oscuridad, y esa oscuridad en la gestión de los fondos públicos se encuentra íntimamente vinculada con la corrupción.

Los actos de corrupción no suelen ser conductas con un impacto irrelevante, sino que más bien suelen ser actos de grandes dimensiones que conllevan la participación de múltiples personas, generando costes elevados para el Estado, que al final repercuten en la sociedad. ¿De qué manera? Pues no permiten que el Estado cumpla con los fines sociales que tiene encomendado realizar, debido a que el dinero destinado para poder alcanzarlos se deriva hacia otro ámbito, generando todo ello insatisfacción en la sociedad y retraso.

Todo acto de corrupción conlleva la traición del funcionario público a los deberes que debía honrar, ya sea porque deseaba obtener beneficios personales o favorecer a terceros.

Los efectos de la corrupción son demoledores, pues provoca que los ciudadanos desconfiemos de la eficiencia de las entidades públicas y degrademos las labores realizadas por los funcionarios públicos, lo que de alguna forma genera una desazón generalizada.

No podemos negar que existe una lucha a nivel nacional y mundial contra la corrupción y que se intenta tomar algunas medidas frente a los diversos ámbitos que ella corroe, como, por ejemplo: hoy en día, en muchos países, se han creado normas para transparentar los *lobbies*, estableciendo la creación de registros de actividades de estos, a fin de posibilitar un mejor escrutinio y control de las decisiones políticas.

De igual modo, se viene promoviendo la creación de programas de cumplimiento en el ámbito de la Administración pública, a efectos de prevenir la realización de esas prácticas corruptas, situación que merece ser comentada a continuación.

VI. LA NECESIDAD DE UN PROGRAMA DE *COMPLIANCE* ESTATAL

Siguiendo a Gustavo Arocena (2018), los programas de cumplimiento normativo pueden ser definidos como aquellos documentos internos que manejan las entidades para cumplir con la normativa vigente y de esa forma prevenir y detectar infracciones legales que pueden producirse dentro de estas o como parte de las actividades en las que intervienen.

Si partimos de la premisa que los programas de *compliance* no solamente deben ser empleados como instrumentos para evitar la responsabilidad penal de las empresas, sino que además pueden ser empleados para promover una buena cultura de gobierno corporativo, es factible sostener que esos instrumentos pueden ser empleados también en el sector público, máxime si tenemos en cuenta que la gestión pública es percibida como una gran administración de carácter gerencial.

Los programas de cumplimiento empleados en el sector público nos pueden servir para promover los valores éticos que los funcionarios públicos deben poseer para ejercer su labor de manera eficiente y de forma éticamente correcta, respetando los mejores estándares de transparencia. Es por ello que no es descabellada la propuesta de emplear en el sector público programas de cumplimiento.

Si tenemos presente que, para la comisión de actos de corrupción, participan tanto sujetos particulares como funcionarios públicos, deviene en necesario crear instrumentos para prevenir la comisión de este tipo de conductas delictivas, pues la prevención no únicamente debería cargarse al sector privado, sino que también deberían, desde el ámbito público, adoptarse las medidas necesarias para prevenirla, estableciendo instrumentos para gestionar adecuadamente los factores que crean o incrementan riesgos de corrupción en sus organizaciones (Madrid Valerio y Palomino Ramírez, 2020).

Nuestro Código Penal regula una serie de conductas vinculadas a la corrupción de funcionarios. Algunas de ellas las podemos relacionar íntimamente con el ámbito de la gestión de los fondos públicos, siendo que, para efectos de la presente disertación, nos limitaremos a estudiar la malversación de fondos y su vinculación con esa mala gestión.

VII. MALVERSACIÓN DE FONDOS PÚBLICOS EN EL PERÚ

El art. 389 del CP, el que por cierto ha sido modificado hasta la fecha en seis oportunidades, regula el delito de malversación de la siguiente manera:

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 a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años, y ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días—multa.

La pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días—multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:

1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.
2. La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las diez unidades impositivas tributarias.
3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.

Realizando un breve análisis sobre esta figura delictiva, lo primero que podríamos señalar es que se ubica dentro del ámbito de los delitos contra la Administración Pública, por lo que el bien jurídico genérico sería el correcto e imparcial funcionamiento de la Administración Pública. En cuanto al bien jurídico específico, siguiendo a la Corte Suprema de Justicia, según lo expresado en el tercer considerando del Exp. 3630-2001-Ucayali, este:

[E]s preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización o empleo del 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.

¿A qué nos recuerda lo expresado por la Corte Suprema? Claramente, hace referencia a los criterios que hemos venido mencionando, es decir: legalidad, ética, eficiencia, eficacia y transparencia, todos ellos necesarios para una gestión adecuada de los fondos públicos.

En cuanto al sujeto activo de este delito, lo será el funcionario o servidor público que tenga la labor encomendada de gestionar los fondos públicos, ya sean dinero o bienes.

El sujeto pasivo de este delito es el Estado.

La conducta delictiva que se persigue con la punición del delito de malversación es el dar al dinero o bienes una aplicación definitiva diferente de aquella a los que estaban destinados.

Sobre este último aspecto, cabe destacar, tal como se hiciera mención, que la forma en la que se va a gestionar los fondos públicos siempre –o casi siempre– se realiza teniendo en cuenta algún tipo de normativa que expresamente señale cuáles son los fines o destinos de estos, por lo que, se sabe de antemano de qué forma se va a emplear el dinero asignado al funcionario o servidor público encargado de la gestión. En los casos en los que no hubiese una designación expresa de tales fines, podría hacerse referencia a la existencia de un margen de discrecionalidad otorgado a los funcionarios o servidores públicos para la gestión de esos fondos, lo que claramente generaría que la conducta desplegada no pueda subsumirse en el tipo penal estudiado.

La aplicación de los fondos públicos debe ser definitiva –es decir, no momentánea– y diferente al estipulado, y la consecuencia de ello debe generar una afectación al servicio o función encomendada.

Ese destino diferente, a pesar de ser distinto, sigue ubicado en el ámbito público, es decir, se aplican los fondos para satisfacer otras finalidades públicas, por lo que, de emplearse dichos fondos para satisfacer fines particulares, nos encontraríamos ante otro tipo penal, distinto de la malversación.

Habiendo descrito los aspectos esenciales del delito de malversación, corresponde vincular el análisis de este tipo penal con los escenarios conflictivos en el ámbito de la gestión de fondos públicos.

De los cinco escenarios descritos, claramente dos de ellos podrían vincularse con el delito que estamos estudiando, los cuales son: cuando la finalidad a la que se aplican los fondos es innecesaria y cuando hay finalidades prioritarias que debieron atenderse con anterioridad, que fueron desplazadas para satisfacer necesidades de segundo orden.

Ahora bien, llegados a este punto, cabe preguntarnos si la conducta descrita en nuestro Código Penal como delito de malversación y los dos escenarios problemáticos planteados realmente deberían ser sancionados

penalmente o si dichas conductas podrían considerarse como una ineficiencia extrema del funcionario gestor que deba ser sancionada no penalmente sino administrativamente.

Particularmente, partiendo de la premisa de que no toda mala gestión de fondos públicos debe ser considerada delictiva y atendiendo al hecho de que no porque algo sea regulado como delito realmente –sustancialmente– deba ser considerado como tal, me decanto por sostener que la malversación –y los dos supuestos conflictivos mencionados– no deberían ser sancionados penalmente, pues dichas conductas perfectamente podrían ser castigadas por el Tribunal de Servir y por la Contraloría General de la República, según lo establecido por la Ley N° 31288 y su reglamento. Ello es así principalmente si atendemos al hecho de que, con la realización de este tipo de conductas, si bien es cierto se defrauda la aplicación del fondo para los fines establecidos, se sigue empleando para satisfacer necesidades públicas.

1. El delito de malversación de fondos públicos y el principio de lesividad

Todo sistema penal enmarcado dentro de un Estado democrático de derecho tiene como uno de sus pilares el respeto del principio de lesividad. En virtud de él, el legislador tiene en cuenta que no puede prohibir u ordenar conductas si no existe de por medio un bien jurídico que proteger, mientras que, por su parte, el juzgador sabe que no podrá imponer pena alguna en los casos en donde no se haya realizado una conducta que lesione un determinado bien jurídico o, en todo caso, cuando menos, lo ponga en peligro (Moreno Hernández, 1998).

Así pues, tal como lo han sostenido Cobo del Rosal y Quintanar Díez (2004), el bien jurídico se constituye en el elemento central que se emplea para afirmar la vigencia del principio de ofensividad. Y es que no solo interesa que el sujeto haya cometido una infracción contemplada en la ley, sino que, sobre todo, deberá verificarse si ha existido un menoscabo efectivo o potencial del valor tutelado por dicha ley.

De este modo, los tipos penales solo encuentran su justificación en la medida en que protejan bienes jurídicos; en otras palabras, tal como lo ha manifestado el maestro Ferrajoli (1992), este principio sirve como condición necesaria de la justificación de las prohibiciones penales, configurándose como límite axiológico externo –con relación a los bienes considerados políticamente primarios– o interno –con referencia a bienes estimados, constitucionalmente protegidos– del Derecho Penal.

Cabe destacar que no todo bien jurídico merece protección mediante el Derecho Penal, sino que solamente lo merecerán aquellos que sean de fundamental importancia para la vida ordenada en sociedad y que no puedan protegerse mediante otro medio jurídico; es en este último aspecto en donde este principio se vincula con el de mínima intervención del Derecho Penal.

La elección de los bienes jurídicos que merecen protección penal conlleva a que únicamente se escojan aquellos cuyo mantenimiento se consideran imprescindibles para una convivencia pacífica, lo cual amerita que se imponga una sanción penal ante su lesión o puesta en peligro (Landecho Velasco y Molina Blázquez, 2004).

Como puede observarse, este principio se encuentra muy vinculado con los criterios que se deben tener en cuenta para ejecutar una adecuada política criminal, ya que en función de él se controlará la creación de nuevos delitos. Y es que el principio de lesividad es uno de los principios que, al respetarse, legitima la intervención penal del Estado (Rodríguez Sanabria, 2009).

Pues bien, habiendo analizado lo concerniente al principio de lesividad, corresponde analizar si, efectivamente, mediante la persecución del delito de malversación de fondos públicos, se respeta el referido principio. Para ello, nos remitiremos a lo esbozado en el ítem anterior: efectivamente existen bienes jurídicos que merecen protección, uno genérico que estaría vinculado al correcto e imparcial funcionamiento de la Administración Pública y uno específico vinculado con la preservación de la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos.

De esta manera, claramente puede observarse que existe un bien jurídico que debe ser protegido mediante la sanción de este tipo de conductas delictivas. Sin embargo, como se ha indicado líneas arriba, este principio no se analiza de manera aislada, sino que requiere, a su vez, del análisis conjunto de otros principios, como es el caso del principio de mínima intervención, que es el que, a la par con este, nos ayudará a dilucidar si efectivamente ese interés o bien jurídico debe ser protegido desde la esfera del ámbito del Derecho Penal o no.

2. El delito de malversación de fondos públicos y el principio de mínima intervención

Una de las primeras preguntas que debe hacerse el legislador al momento de proponer la creación de una norma penal es la siguiente: ¿el bien jurídico –objeto de protección de la norma en potencia– qué interés protege?

¿Necesariamente tiene que ser protegido a través del Derecho Penal o, por el contrario, puede recurrirse a vías no penales para alcanzar una protección eficiente?

La interrogante antes formulada es de vital importancia, ya que nos permite reflexionar sobre la necesidad o no de la intervención del Derecho Penal⁽¹⁾. Y es que, partiendo de la premisa de que el Derecho Penal tiene condición de última ratio, solo podrá invocársele cuando se hayan agotado previamente los recursos no penales, es decir, tal como sostiene Zambrano Pasquel (2009), cuando “no haya más remedio, cuando la ausencia de alternativas sancionadoras más eficaces se revele como la única respuesta posible frente a conductas reprobables que afecten a los bienes jurídicos más preciados”.

En ese sentido, el principio de intervención mínima se constituye como un límite político-criminal del *ius puniendi*, coherente con la lógica del Estado social (García Pablos de Molina, 2012), según el cual el Derecho Penal debe reducirse a lo mínimo, es decir, debe intervenir solo frente a los ataques más graves sufridos por los bienes jurídicos, con el fin de alcanzar el mayor beneficio social con el menor costo (Sánchez Francisco, 2007).

No hay que olvidar, pues, que el empleo de medios penales representa una grave injerencia en los derechos de las personas, debiendo preferentemente recurrirse a vías no penales en los casos en los que se pueden alcanzar una eficiente protección de los bienes jurídicos, pero con una menor afectación.

Sobre el uso del Derecho Penal como última ratio, es pertinente recordar que, en el décimo fundamento jurídico de la STC 17-2011-AI/TC, de fecha 3 de mayo de 2012, se señala que:

“... la sanción penal es la *ultima ratio*, lo que tiene como correlato constitucional el determinar que solo es posible recurrir a la restricción de derechos (libertad personal) cuando no sea posible lograr los mismos fines a través de medidas menos restrictivas...”.

Pensar lo contrario, es decir, admitir la idea que un Estado pueda emplear el Derecho Penal como *prima ratio*, indicaría que nos encontramos frente a un Estado arbitrario o totalitario, caracterizado por disponer de excesivas intervenciones (Gómez González, 2010), en desmedro absoluto de las libertades y derechos fundamentales, deslegitimando el funcionamiento del sistema penal

(1) Como sabemos, el Derecho penal no interviene en la regulación de todos los comportamientos del hombre, sino, más bien, solamente en aquellos casos en los que la afectación de los bienes jurídicos sea grave.

y desconociendo, por tanto, la capacidad del Estado de perseguir todo lo que ha prohibido (Náquira Riveros, 2008).

El fundamento del principio de intervención mínima se encuentra en garantizar la unidad del ordenamiento jurídico, criterio según el cual la función de protección de los bienes jurídicos debe encontrarse distribuida adecuadamente entre las ramas del Derecho, en donde el Derecho Penal asume una función (de protección de bienes jurídicos) subsidiaria frente a las demás ramas (Camacho Brindis, 2002).

El principio de intervención mínima se concreta a través de otros dos subprincipios: *principio de subsidiaridad y fragmentariedad del Derecho Penal* que garantizan el empleo racional y necesario del Derecho Penal.

De acuerdo con el *principio de subsidiaridad*, si bien el ordenamiento jurídico se encarga de proteger bienes jurídicos, esto no quiere decir que todo bien jurídico deba ser necesariamente protegido por el Derecho Penal y, es que, tal como lo ha destacado García-Pablos de Molina (2012), el Derecho Penal es solo uno de los sectores del ordenamiento que tutela bienes jurídicos que se encuentran dotados de resortes coactivos, con la diferencia de que es el que cuenta con los instrumentos más drásticos.

En efecto, el Derecho de última ratio solo tutela los bienes jurídicos más importantes o fundamentales y siempre que las otras ramas del Derecho no puedan solucionar los conflictos que se generen en torno a dichos bienes jurídicos. Así, los conflictos menos graves o leves han de resolverse a través de las otras ramas jurídicas (Sánchez Francisco, 2007).

El término subsidiariedad se deriva de la palabra subsidio, que debe ser entendida como auxilio o socorro extraordinario. En ese sentido, cuando sostenemos que algo es subsidiario debemos entender que aquello va a suplir una acción principal cuando esta no se pueda hacer (Romero Tequextle, 2012).

Sobre el carácter subsidiario, Luzón Peña (2011) sostiene que este halla su sustento en las ideas de que la pena es un mal irreversible y que, como solución imperfecta, solo debe acudir a ella en último lugar, pues existen otros medios preferentes menos gravosos.

Cuando se dice que el Derecho Penal tiene un carácter subsidiario respecto de las demás ramas del Derecho, se quiere destacar el hecho de que este deja de tener un papel principal en la protección de la sociedad, para pasar a preferir otros medios que produzcan una menor lesividad (Medina Cuenca, 2007) de los derechos individuales, siempre, claro está, que estos sean suficientes para restablecer el orden jurídico; de lo contrario, en los casos que

revistan de gravedad y esos mecanismos fracasen o sean insuficientes, deberá intervenir el Derecho Penal en su calidad de *brazo armado* del ordenamiento jurídico (Blanco Lozano, 2005).

Por ello, se sostiene que el Derecho Penal debe ser la última ratio, debiendo destacarse a su vez que el Estado debe promover una política social que favorezca la disminución de la delincuencia a fin de no recurrir como primera instancia al ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Esto tiene sentido si se parte de la concepción de que la sanción penal es el último medio de contención de lo ilícito (Náquira Riveros, 2014), que deberá emplearse en los casos en los que se lesionen gravemente los derechos de una víctima concreta, teniendo la norma penal una relevancia no solo funcional sino también simbólica (Hornle, 2012).

El Estado debe realizar controles sociales recurriendo, en primer lugar, al empleo de normas carentes de sanciones. Si estas no fueran suficientes para regular una determinada situación, se recurrirá a normas que contienen sanciones no penales, como, por ejemplo, las derivadas del derecho administrativo. Y, finalmente, si todo esto no fuera suficiente, recién se podría recurrir a mecanismos de control que contienen sanciones penales (García-Pablos De Molina, 2012).

A través de la exigencia de economía social que debe haber en un Estado Social, se busca obtener el mayor bien social con el menor costo social. A esto se le conoce como la combinación del empleo del principio de “máxima utilidad posible” –para las víctimas– y el “mínimo sufrimiento necesario” –para los delincuentes– (Milanese, 2005), la cual conduce a una fundamentación utilitarista del Derecho Penal, no tendente a la mayor prevención posible, sino al mínimo de prevención imprescindible o necesaria (Mir Puig, 2011).

A pesar de lo antes señalado, la tendencia actual de nuestro ordenamiento jurídico penal va en contra de este principio, ya que cada vez se está tendiendo más hacia una expansión del Derecho Penal, convirtiéndola en el primer recurso del que el Estado se vale con el fin de alcanzar sus objetivos.

Al respecto, Moreno Hernández (1998) nos recuerda que:

mientras el Estado haga menos uso del Derecho Penal y acuda a alternativas menos represivas, como son las medidas de prevención general y, dentro de estas las de carácter no penal, será caracterizado cada vez más como un Estado democrático de derecho (pp. 1333-1334).

Por su parte, en cuanto al *principio de fragmentariedad*, este puede observarse en el hecho de que el Derecho Penal reaccionará solo frente a los ataques más graves que sufren los bienes jurídicos (Mir Puig, 2011), considerados

esenciales (Náquira Riveros, 2008), es decir, frente a determinadas conductas que contengan un elevado grado de nocividad para la sociedad.

Por ejemplo, la violación del derecho a la posesión producida en los casos en que una persona posee precariamente un bien de nuestra propiedad no requiere de protección penal, ya que el Derecho civil y procesal civil nos brinda los mecanismos adecuados para lograr restablecer un adecuado orden jurídico; en el caso expuesto, sería el desalojo por precario. Sin embargo, en el caso de que un sujeto entre en posesión de un bien de nuestra pertenencia empleando violencia sobre nosotros para expulsarnos de nuestro bien inmueble, sí sería necesaria la intervención del Derecho Penal, debido a que la afectación es de una magnitud grave.

La observancia de este aspecto obliga a que el Derecho Penal se adecue a la realidad social, despenalizando las conductas que en la actualidad no se consideran merecedoras de represión penal y sancionando las nuevas formas de criminalidad (Luzón Peña, 2011). Consecuentemente, el alcance del ámbito jurídico-penal no debe guiarse por un criterio minimalista *per se*, sino, más bien, debe atender preferentemente un criterio de necesidad de protección penal (Polaino Navarrete, 2008).

Así, este carácter del principio de intervención mínima lleva a aceptar la idea de exclusión de la reacción penal ante injerencias mínimas en el bien jurídico protegido penalmente; por ejemplo, en los casos en los que la acción realizada podría ser subsumida en un tipo penal, pero que, al ser materialmente insignificante, no requeriría del ejercicio del *ius puniendi* (Calderón Cerezo y Choclán Montalvo, 2001).

El aspecto fragmentario del Derecho Penal es importante porque nos permite controlar la inflación punitiva, ya que este nos restringe a conminar a la sociedad siempre que exista una estricta necesidad, debiendo tener como objetivo la reducción de la coerción a lo mínimo indispensable (Camacho Brindis, 2002).

Analizando el delito de malversación de fondos públicos bajo el prisma del principio de fragmentariedad, puede sostenerse que, a pesar de que el delito antes señalado protege un bien jurídico, la protección que se le brinda en el ámbito penal resulta ser desproporcionada, pues aquel puede ser protegido eficientemente mediante el ámbito del Derecho administrativo sancionador, siendo impertinente la regulación en el ámbito penal.

A la situación antes descrita le aunamos el hecho de que, tal como lo ha acreditado la Defensoría del Pueblo de Perú a través de un estudio realizado

durante el año 2017, el delito de malversación de fondos cuenta con escasos procesos llevados a cabo, tan es así que, en ese mismo año, el delito en mención solo obtuvo una sentencia condenatoria de pena privativa de libertad efectiva. En consecuencia, se puede apreciar que corresponde a un delito de procesos exiguos, donde las penas aplicadas resultan –en su mayoría– benignas. Entonces, cabe cuestionarse si la tipificación penal de este delito es realmente necesaria, inclusive a nivel de política criminal.

VIII. CONCLUSIONES

- La gestión de fondos públicos siempre será un acto vigilado al milímetro por parte de la opinión pública –medios de comunicación– y ciudadanos en general, pues por la diversa normativa dictada en aras de salvaguardar la transparencia de la gestión de los fondos públicos realizada por parte de los funcionarios designados, se permite el acceso a informes y expedientes administrativos que pueden ser revisados y cuestionados por cualquier miembro de la sociedad.
- En los supuestos de mala gestión de los fondos públicos podemos estar ante una mala gestión derivada de una infracción administrativa o ante la comisión de un delito, inclusive pueden darse supuestos en los que pueda efectuarse una doble persecución –tanto en sede administrativa como en la penal– siempre y cuando no se violente el principio de *non bis in idem*.
- En los casos de mala gestión de los fondos públicos vinculados con hechos delictivos que podrían ser calificados como actos de corrupción, debe realizarse un análisis adecuado, a efectos de evaluar si realmente estamos frente a este tipo de actos o si nos encontramos ante meras infracciones administrativas. Inclusive, debe tenerse la capacidad crítica de poder valorar si, a pesar de que el hecho calza dentro de la redacción de tipo penal estipulado, se condice con el respeto a los principios básicos del Derecho Penal, como el principio de mínima intervención y el de lesividad.
- Perú, dentro de la gama de delitos de corrupción de funcionarios que posee, considera como uno de ellos al delito de malversación de fondos públicos, el cual, a pesar de estar regulado expresamente en el Código Penal, no merece encontrarse recogido en dicho cuerpo legal, pues las sanciones administrativas son suficientes para la protección eficiente del bien jurídico. Inclusive, atendiendo a la incidencia de la comisión de estos hechos delictivos, se tiene que son pocos los

procesos que se instauran por ese delito, lo que ratifica la innecesariedad de persecución de la malversación en el campo penal.

- La opinión pública –sobre todo al pretender congraciarse con ella, como lo intentan hacer algunos legisladores– no debe ser un factor determinante cuando se evalúa la tipificación como delitos de ciertas conductas, ya que –en la mayoría de ocasiones– tal criterio responde a consideraciones subjetivas e inexactas. Lo que necesitamos son normas realmente razonadas, que sean eficientes y que gocen de una buena calidad; solo ello permitirá un impacto positivo en la sociedad. Ciertamente, debe producirse una lucha en contra de la corrupción, pero no una persecución encarnizada de los funcionarios públicos en sede penal, cuando en el ámbito del Derecho administrativo sancionador se pueden obtener iguales resultados siendo una vía menos gravosa, como ocurre en el caso del delito de malversación de fondos públicos.

IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AROCENA, G.: “¿De qué hablamos cuando hablamos de *criminal compliance*?” en COCA VILA, URIBE MANRÍQUEZ, ATAHUAMAN PAUCAR, REYNA ALFARO (dirs.), *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas: perspectivas comparadas: EEUU, España, Italia, México, Argentina, Colombia, Perú y Ecuador*. México D.F. (Ed. Flores), 2017.
- BLANCO LOZANO, C.: *Tratado de Derecho Penal español*. Tomo I. vol. I, Barcelona (Ed. Bosch). 2005.
- CALDERÓN CERREZO, A. CHOCLÁN MONTALVO, J.: *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, 2ª edición, Barcelona (Ed. Bosch), 2001.
- CAMACHO BRINDIS, M.: *Criterios de criminalización y descriminalización*. Madrid (Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid), 2002.
- COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, *Instituciones de Derecho Penal español. Parte general*, Madrid (CESEJ), 2004.
- CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *Aspectos jurídicos del despilfarro en la gestión de fondos públicos*. Madrid (Dykinson), 2019.

- FERRAJOLI, “Derecho Penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales”, en *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 4, núm. 5, 1992.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*. Tomo II, 5ª edición, Madrid (Ed. Universitaria Ramón Areces), 2012.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, O.: “El Derecho Penal en un Estado Democrático y de Derecho”, en *Revista Perspectiva* (en línea), núm. 24, 2010. Disponible en Internet: <http://www.revistaperspectiva.com/archivos/revista/No%2024/080-083%20PERS%20OK.pdf>. Fecha de Consulta: el 16 de junio de 2021
- HORNLE, T.: “Subsidiariedad como principio limitador. Autoprotección”, en ROBLES PLANAS, R; SILVA SÁNCHEZ, J. (dirs.), *Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona (Ed. Atelier), 2012.
- LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ: *Derecho Penal español. Parte general*, 7ª ed., Madrid (Tecnos), 2004.
- LUZÓN PEÑA, J.: *Compendio de Derecho Penal. Parte general*. 21ª edición, Madrid (Ed. Dykinson), 2011.
- MADRID VALERIO, C./PALOMINO RAMÍREZ, W.: “Oportunidades de corrupción y pandemia: el *compliance* gubernamental como un protector eficaz al interior de las organizaciones públicas”, en *Desde el Sur*, núm. 12, 2020.
- MEDINA CUENCA, A.: «Los principios limitativos del *ius puniendi* y las alternativas a las penas privativas de libertad», en: *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla AC*, núm. 19, 2007.
- MILANESE, P.: “El moderno Derecho Penal y la quiebra del principio de intervención mínima” (en línea). Disponible en Internet: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_33.pdf. Fecha de Consulta: 7 de octubre del 2021
- MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general*. 9ª edición, Barcelona (Ed. REPERTOR.), 2011.

- MORENO HERNÁNDEZ, M.: “Principios rectores en el Derecho Penal mexicano”, en: SOBERANES FERNÁNDEZ J. (dir.): *Liber ad honorem Sergio García Ramírez*. Tomo II., México D.F. (Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM), 1998.
- NÁQUIRA RIVEROS, J. [Et. Al.]: “Principios y penas en el Derecho Penal chileno”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), núm. 10, 2008. Disponible en Internet: [http:// http:// criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf](http://http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf). Fecha de Consulta: el 14 de setiembre de 2021.
- POLAINO NAVARRETE, M.: *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, 6ª edición, Barcelona (Ed. Bosch), 2008.
- RODRÍGUEZ SANABRIA: “Los objetos de protección penal: entre el sistema económico y el desarrollo humano”, *Estudios en Derecho y Gobierno*, núm. 1, 2009.
- ROMERO TEQUEXTLE, G.: *Importancia del bien jurídico penal en la construcción de tipos penales*. México D.F. (Ed. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco), 2012.
- SÁNCHEZ FRANCISCO, J.: “El principio de intervención mínima en el Estado mexicano”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 23, 2007.
- ZAMBRANO PASQUEL, A.: *Estudio introductorio a las Reformas al Código de Procedimiento Penal*. Quito (Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones), 2009.

LOS DELITOS DE COHECHO: ¿TODO VALE EN LA PERSECUCIÓN PENAL?*

RONALD HENRY VÍLCHEZ CHINCHAYÁN(**)

I. INTRODUCCIÓN

Los delitos de cohecho⁽¹⁾ son, junto con los de peculado y colusión, los tipos penales contra la Administración pública más reconocidos por la sociedad y de mayor aplicación en la práctica judicial. Pese a eso, no están libres de problemas en su entendimiento y aplicación. Concentrando la atención ahora en el cohecho, esto se puede explicar, en parte, por las altas expectativas que se ponen sobre estos tipos penales. Los problemas en la técnica legislativa, la interpretación y las dificultades probatorias terminan por hundir, sin embargo, su puesta en marcha y con ello frustran la ansiada (aunque utópica) erradicación o eliminación de la corrupción.

En lo que sigue, profundizaremos en la configuración típica de los delitos de cohecho, pasando por los distintos tipos penales, sus características y elementos, hasta analizar la intervención delictiva y la aplicación de las consecuencias jurídicas.

Antes presentaré algunas cuestiones previas:

1. *Bilateralidad*: Una de las características que debe resaltarse en el análisis de este delito es que tanto el autor como el particular sacan provecho de la acción. Si bien esto parecería acercarse a lo que sucede en el delito de colusión (por eso, sostenemos que a este delito se le

(*) Este texto es una versión ligeramente modificada para este trabajo que dirige el doctor MARTÍNEZ HUAMÁN. La versión original se puede ubicar en VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Delitos contra la Administración pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*, Lima, Editores del Centro, 2021.

(**) Profesor ordinario asociado de la Universidad de Piura (Perú). Doctor en Derecho y magíster por la Universidad de Navarra (España). Correo electrónico: ronald.vilchez@udep.edu.pe. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9468-6669>.

(1) Según advierten RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, *Delitos contra la función pública*, 2.^a ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 318, no hay acuerdo en la raíz etimológica de esta palabra. Para algunos, sostiene, proviene de la voz latina *conficere* que tenía el sentido de sobornar o corromper a un funcionario público. Sin embargo, para otros, proviene del vocablo latino *coactare* que significa 'forzar', 'obligar'.

considera un cohecho específico), la diferencia se encuentra en el contexto en el que tiene lugar la conducta. También la existencia de esta bilateralidad en el delito de cohecho permite distinguirlo del delito de concusión o del cobro indebido donde el sujeto activo obliga o hace pagar, un bien o dinero, respectivamente, al particular.

Ahora bien, lo dicho hasta aquí sobre la bilateralidad podría funcionar o entenderse sin mucha dificultad, de los verbos ‘aceptar’ o ‘recibir’, sin embargo, podría generar dudas en el caso de que el funcionario público “solicite” la dádiva o beneficio. Por eso, no faltan opiniones que defienden, en general, la naturaleza unilateral de este delito⁽²⁾; y otros reconocen una doble configuración⁽³⁾. En nuestra opinión, es posible distinguir, por un lado, la bilateralidad respecto a los verbos ‘aceptar’ y ‘recibir’, en tanto existe una negociación ilícita entre las partes. Respecto al verbo ‘solicitar’, por otro lado, es el sujeto activo, esto es, el funcionario público, quien realiza la solicitud al particular (quien puede aceptarla o rechazarla⁽⁴⁾) aprovechándose de su posición para ingresar algún beneficio económico o de cualquier otra índole. En este escenario sí que se puede afirmar unilateralidad⁽⁵⁾ por parte del funcionario público. Una además que no es como la que se presenta —como ya señalamos— en los delitos de abuso, en tanto aquí no hay violencia, ni amenaza (si la hubiera, se cambiaría la base de la tipificación).

2. *¿Intervención necesaria?* Los delitos de cohechos son tipos plurisubjetivos o también conocidos como de participación necesaria. Específicamente, son delitos de encuentro donde tanto el sujeto activo como el interviniente son castigados penalmente. Este interviniente no es víctima, sino que se ve favorecido con la realización de la conducta típica.

(2) Cfr. RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, *Delitos contra la función pública*, pp. 327-328; PEÑA CABRERA FREYRE, *Crimen organizado. Aspectos generales. Tópicos de la parte general y parte especial*, Lima, Gaceta Jurídica, 2020, p. 304.

(3) Cfr. RIQUELME PORTILLA, *El cohecho parlamentario*, Pamplona, Aranzadi, 2019, p. 85.

(4) Si pasa esto último, será sancionado solo el que la formuló.

(5) Coincido en este punto con RIQUELME PORTILLA, *El cohecho parlamentario*, p. 85. En sentido contrario, está la posición de ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, 2.ª ed., Lima, Palestra Editores, 2003, p. 357, quien señala que aún bajo la modalidad del cohecho pasivo bajo el supuesto de “solicitar” no se rompería con la consideración de bilateralidad en tanto el funcionario ofrece la venta de una función pública que el particular puede aceptar o rechazar. En mi opinión, lo que se ofrezca no cambia la naturaleza de la pretensión, esto es, no supone una conversión de bilateral a unilateral.

3. *Sobre la denuncia del particular*: Se echa en falta, en el sistema penal peruano, un supuesto que permita eximir de responsabilidad penal al particular que acceda a la solicitud de dádiva o ventaja que le realiza el funcionario público siempre y cuando denuncie inmediatamente ante las autoridades correspondientes⁽⁶⁾ (o como se regula en el art. 426 del Código Penal español, dentro de los dos meses de ocurridos los hechos). Podría pensarse que esta excusa absolutoria sería una ventaja injusta frente a lo que le sucede al funcionario público, no obstante, se trata de una medida que tiende a allanar el camino para la denuncia y eventual sanción penal contra ese funcionario público que se aprovecha de su condición.
4. *¿En verdad no importa la insignificancia de la conducta para el cohecho?* Ya nos habíamos referido sobre la irrelevancia de la insignificancia para sancionar los delitos de cohecho en el momento de hacer un contraste con las soluciones que brinda la Corte Suprema para los casos de peculado⁽⁷⁾. No obstante, ahora es el momento de presentar un matiz para entender y distinguir los supuestos expuestos en aquel momento y lo que se presentará a continuación.

Por lo general, se pregunta qué es lo que pasa con aquellos casos de insignificancia (en sentido económico) de esos bienes que el particular le ofrece al funcionario público *dentro de los usos habituales* (como pueden ser los regalos de cortesía: muestras gratis de un producto, algún alimento a fin de año, etc.). Si se observa con cuidado la solución gira en torno no a la insignificancia del valor del bien, sino a la irrelevancia del contexto que impide activar la puesta en marcha del Derecho Penal⁽⁸⁾. Dicho de otro modo, aquellas prácticas se validan o, mejor, carecen de relevancia penal no por el escaso valor del bien o del perjuicio causado, sino por la situación concreta en la que se produce la entrega del regalo, esto es, atendiendo a lo socialmente adecuado o, podría también decirse, a que la conducta simplemente no es típica al no crear un riesgo prohibido⁽⁹⁾. Por eso, puede entenderse

(6) Como ya se dijo, el supuesto que sí se contempla para que la conducta del particular no sea sancionada penalmente es que el funcionario público le solicite una dádiva o ventaja económica o de cualquier otra índole, y aquel se niegue o la rechace.

(7) Cfr. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Delitos contra la Administración pública*, p. 322 y ss.

(8) Esto contrasta con lo visto en el delito de peculado. Aun en los supuestos que se presentan en R. N. N° 3763-2011-Huancavelica, f. j. 9; R. N. N° 1336-2012-Apurímac, f. j. 4; A. V. N° 09-2015-1, ff. jj. 3.1.2 y 3.4.2.

(9) Interesante es la precisión que hace DONNA, *Derecho Penal. Parte especial*, T. III, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2001, p. 218, al señalar que “[l]a doctrina italiana ha sostenido que el vale de la utilidad que constituye el precio de la baratería no tiene importancia. Vale la pena citar a Carrara

por qué no existen denuncias por cohecho a los profesores de colegios estatales que reciben a fin de año, de parte de los padres de los alumnos, algún regalo o productos que han cosechado o criado. En cambio, **sí se conocen denuncias e incluso sentencias cuando producto de la detención policial el efectivo policial ha solicitado diez soles⁽¹⁰⁾ o se le han ofrecido veinte soles⁽¹¹⁾.**

Debe insistirse sobre las razones para tal distinción entre el peculado y el cohecho. En el peculado, como se vio, no se trata de castigar al funcionario público que condiciona o se aprovecha de su posición, sino que incumple unas competencias específicas que posee: administrar, custodiar o percibir los bienes públicos. En cambio, en el cohecho, se castiga a ese funcionario que saca provecho, en este caso incluso obteniendo un beneficio económico, de su ubicación dentro del sistema público. O, mejor aún, se castiga al funcionario público por desobedecer y crear una apariencia de legalidad en tanto emplea el sistema estatal para crear unas “normas” o un contexto a su favor.

II. BIEN JURÍDICO

En cuanto a este primer elemento, por un lado, se encuentran las tesis que consideran que la afectación se produce sobre (la confianza del) correcto funcionamiento de la Administración pública o, específicamente, la regularidad e imparcialidad⁽¹²⁾ en la correcta Administración de Justicia⁽¹³⁾. Por otro, también

(citado por el Instituto de Capacitación y Desarrollo, *Corrupción de funcionarios en el NCPP*, Tomo I, Aspectos generales, Lima, Icade, s/f): “La justicia se ofende *etiam uno nummo* (con un simple céntimo). Pero no hay que ir demasiado lejos, y quizás tenían razón los prácticos al distinguir entre *numus* et *munusculum* (entre regalo y regalillo). Ninguno pensará que ofrecer a un funcionario público un cigarro, un sorbo de rapé, un pocillo de café o la pequeña propina acostumbrada, sea corrupción. Si uno quiere cree[r] que existen costumbres *contra legem* (lo cual es discutible), puede sostener legítimamente que en estos casos falta la voluntad de corromper” [r.t.].

(10) Cfr. portal web de Capital, 10 de abril de 2018, Disponible en: <<https://capital.pe/actualidad/chimbote-condenan-a-seis-anos-de-carcel-a-policia-que-recibio-10-soles-de-coima-noticia-1115664>>.

(11) Cfr. portal web del diario *La República*, edición sur, 20 de octubre de 2020, Disponible en: <<https://larepublica.pe/sociedad/2020/10/20/arequipa-sentencian-a-carcel-suspendida-a-chofer-que-intento-cominear-a-policia-con-20-soles-lrstd/?ref=lr>>.

(12) Cfr. Ape. N° 5-2017-Huánuco, f. j. 7.1. En la doctrina, también se plantean estos bienes jurídicos. Cfr., por ejemplo, MONTÓYA VIVANCO, *Manual sobre delitos contra la Administración pública*, Lima, IDEHPUCP, 2015, p. 97; por ejemplo, MIRANDA ABURTO, “Kenjivideos”: deslindes dogmáticos y jurisprudenciales en torno a los delitos de cohecho genérico y tráfico de influencias, *Actualidad Penal*, núm. 47, 2018, p. 23. En el sistema penal español este es, según MIR PUIG, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2000, pp. 226-227, el bien jurídico protegido, pero en cuanto a la modalidad del cohecho pasivo impropio, aunque también se aclara en tanto “se pretende evitar la codicia del funcionario, que aprovechándose de su cargo se enriquece injustamente mediante un cobro indebido, que puede ser preludio de futuras ilegalidades venales” (p. 227).

(13) Cfr. R. N. N° 1406-2007-Callao, f. j. 5.

se agrega la afectación al ciudadano que accede a la Administración pública. Hay quienes presentan una combinación de estas alternativas señalando que en verdad lo que se protege son los servicios que brindan las Administraciones públicas a los ciudadanos⁽¹⁴⁾ (la imparcialidad⁽¹⁵⁾ y la no comercialidad de los actos de la Administración⁽¹⁶⁾). Aunque también existe un sector que propone entender que lo realmente tutelado es el *carácter público* de la función pública⁽¹⁷⁾. En mi opinión, dentro de los delitos de cohecho se puede afirmar que se trata de castigar el aprovechamiento del cargo que realizan estos funcionarios públicos al incumplir sus competencias institucionales.

III. CONDUCTA TÍPICA

Conviene, previamente, comenzar con aquellos elementos comunes que se encuentran en las variantes de los cohechos. Así, se encuentran los siguientes:

1. Donativo: se refiere a un obsequio o regalo con un valor económico⁽¹⁸⁾. Pueden ser tanto bienes muebles como inmuebles.
2. Promesa: es el ofrecimiento para la obtención futura (de forma mediata o inmediata) de algún tipo de donativo o ventaja. Dentro de las características exigidas para la promesa es que tiene que ser seria⁽¹⁹⁾, ser posible (material y jurídicamente), directa o indirecta⁽²⁰⁾. No es un requisito que tal promesa se cumpla.
3. Cualquier otra ventaja o beneficio: por medio de esta el legislador da cuenta de una fórmula *numerus apertus* que permite una diversidad de formas y así cerrar los vacíos de punibilidad que podrían dejar solo los dos supuestos anteriores. En consecuencia, se pueden incluir no

(14) Cfr. DE PABLO SERRANO, “La conexión causal en el delito de cohecho pasivo impropio. El caso de los ‘cursos de Garzón en la Universidad de Nueva York’”, en PUENTE ABA (dir.)/SOUTO GARCÍA (coord.), *Corrupción y fraudes a consumidores: perspectivas y casos actuales*, Granada, Editorial Comares, 2016, p. 128.

(15) Cfr. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, *Los delitos contra la Administración pública. Teoría general*, Galicia, Universidad de Santiago de Compostela, 2003, pp. 398-399.

(16) Cfr. REYNA ALFARO, “El objeto de tutela penal en el delito de cohecho”, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 23, 2011, p. 121. Para MONTOTO VIVANCO, *Manual sobre delitos contra la Administración pública*, p. 99, se trata del bien jurídico específico para el delito de cohecho pasivo impropio.

(17) Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, p. 370. Aunque este autor también reconoce que lo ideal sería entender que, aunque el bien jurídico es el correcto funcionamiento de la Administración pública, el objeto de tutela concreto sería distinto (cfr. pp. 370-371).

(18) Cfr. Ape. N° 10-2017-Puno, f. j. 16.

(19) Ídem.

(20) Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, p. 381.

solo bienes con contenido patrimonial⁽²¹⁾, sino también, por ejemplo, un reconocimiento u honor, o un favor sexual⁽²²⁾.

Una cuestión adicional a estas tres formas sería preguntarse si es necesario o no que aquella dádiva o ventaja tenga una entidad suficiente⁽²³⁾. Esta es una cuestión muy interesante, en tanto se encuentran posiciones doctrinales que entienden que, si se trata de una conducta insignificante (por su valor), no tendría relevancia penal⁽²⁴⁾. Hay otras posiciones según las cuales no interesa si tiene o no poca relevancia, en tanto lo que interesa es que el funcionario público incumpla su deber⁽²⁵⁾. Esta última es la posición que aquí venimos sosteniendo.

Dejando de lado las cuestiones referidas a los elementos comunes, cabe señalar que en el cohecho se pueden distinguir varias clases. En lo que sigue haremos la clasificación atendiendo al sujeto activo y al incumplimiento o no de sus obligaciones. Por eso, desarrollaré, en primer lugar, los delitos de cohecho pasivo y activo⁽²⁶⁾. Una vez que terminemos con los dos tipos centrales, mencionaremos algunas particularidades que el legislador peruano ha creído conveniente diferenciar entre las clasificaciones de propio o impropio⁽²⁷⁾, entre otras.

A continuación, se puede advertir esa necesidad de luchar contra la corrupción que ha llevado al legislador a crear nuevos tipos penales y duplicar o triplicar otros que hacen de esta parte un tanto difícil —cuando no, confusa— de entender. Sin contar con los defectos en la técnica legislativa, en mi opinión,

(21) Cfr. *ibídem*, pp. 383-384.

(22) Como sucede, por ejemplo, en la Ape. N° 2-2020-La Libertad, f. h. 1.2.

(23) Sostiene DONNA, *Derecho Penal, Parte especial*, Tomo III, p. 218, respecto a la dádiva, que, “si bien no debe guardar necesariamente una relación de proporcionalidad con el acto esperado, debe ser idónea para motivar al funcionario a realizar el acto. De modo que, logrado ese fin, el valor, cualquiera que sea, es irrelevante a efectos de la tipicidad. Lo realmente importante es que el dinero o la dádiva sean el precio del contrato entre las partes. En este sentido, un pequeño regalo puede servir como dádiva, si el autor lo hace habida cuenta del convenio hecho con la parte”.

(24) Cfr. MIR PUIG, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, p. 239.

(25) Cfr. también, en este sentido, RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, *Delitos contra la función pública*, p. 336.

(26) Clasificaciones que, debido a las modificaciones que han sufrido estos delitos, también podrían considerarse, como lo hacen RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, *Delitos contra la función pública*, pp. 322-323, desnaturalizadas. Así también opina RIQUELME PORTILLA, *El cohecho parlamentario*, pp. 77-79. No obstante, no se renuncia a su uso debido a ese reconocimiento doctrinal y jurisprudencial que tienen en el sistema penal peruano.

(27) Esta forma de clasificar los delitos de cohecho en propio e impropio es singular y ha ido variando según las legislaciones. Así, RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, *Delitos contra la función pública*, pp. 324-325, sostienen que, por ejemplo, en Chile la distinción está en el carácter “funcionario o de delito ministerial del acto que se quiere obtener”. En España, por el contrario, se trata del carácter justo o no del acto objeto del delito.

sería posible concentrar únicamente la presentación atendiendo a dos figuras clave: el cohecho pasivo y activo. A partir de aquí, podría, a su vez, distinguirse solo entre modalidades propias e impropias. La distinción de aquellos supuestos “agravados” en función del sujeto activo podrían haberse incorporado en uno o dos artículos según se puede observar en la siguiente gráfica:

COHECHO PASIVO SEGÚN EL CÓDIGO PENAL PERUANO		
Modalidad/criterio	Propio	Impropio
Básica	Art. 393.I Art. 393.II Art. 393.III	Art. 394.I Art. 394.II
Específica	Art. 393-A Art. 395.I Art. 395.II Art. 395-A.I Art. 395-A.II Art. 395-A.III Art. 396	Art. 395-B.I Art. 395-B.II

COHECHO ACTIVO SEGÚN EL CÓDIGO PENAL PERUANO		
Modalidad/criterio	Propio	Impropio
Básica	Art. 397.I	Art. 397.II
Específica	Art. 397-A Art. 398.I Art. 398.II Art. 398.III Art. 398-A.I	Art. 397-A Art. 398-A.II

1. Cohecho pasivo

1.1. Propio (art. 393)

Según la Corte Suprema, el delito de cohecho pasivo propio es un delito de participación necesaria y de mera actividad. Con el solo acuerdo de voluntades entre el funcionario público⁽²⁸⁾ y el particular se configura el tipo penal, no siendo necesario el cumplimiento de la promesa o del acto indebido del funcionario⁽²⁹⁾. Pero sí que deben existir algunos de los objetos corruptores tales como el donativo, la promesa o cualquier otra ventaja o beneficio.

(28) Aunque nada se dice en el tipo penal si quien recibe la ventaja no es un funcionario público, sino un tercero por encargo de él, no habría, en nuestra opinión, ningún problema para entender que se trata de un supuesto de complicidad siempre y cuando se dé por encargo del funcionario.

(29) Para el caso del pago o entrega de bienes, se considera como necesaria para la consumación. Así, cfr. R. N. N° 1406-2007-Callao, f. j. 5. Cfr. también el R. N. N° 4082-2006-Lima, f. j. 5, donde se afirma que para la configuración del delito de cohecho propio se requiere “no solo una entrega concreta de dinero a un funcionario público, sino que el dinero se vincule causalmente con una solicitud o aceptación indebida para realizar un acto funcional ilegal –infracción de deberes funcionales–, en consecuencia, debe probarse que el agente solicitó o aceptó dinero y que la dádiva perseguía un acto funcional indebido”.

De esta forma, se puede afirmar que la esencia de estos tipos penales de cohecho pasivo propio supone dos elementos: la existencia de un acuerdo entre el funcionario público y un particular; y la venta de su función pública violando, así, sus deberes a través de un acto cualquiera⁽³⁰⁾ ⁽³¹⁾ contrario al ordenamiento jurídico⁽³²⁾.

Aquí se pueden distinguir tres supuestos:

a. Primer párrafo:

- Acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones.
- Acepta a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones.

El núcleo de la conducta en la primera parte (a) es aceptar o recibir. Según entiende la Corte Suprema, la aceptación⁽³³⁾ (que no necesita de ninguna formalidad) que brinda el funcionario público se realiza por iniciativa del *extra-neus*⁽³⁴⁾. Precisa la doctrina también que ese beneficio que acepta el funcionario público debe ser realizable⁽³⁵⁾ y supone una entrega futura. Se afirma, por eso, que se trata de un delito, respecto a este primer verbo, de mera actividad⁽³⁶⁾.

(30) Esto le permite afirmar, por ejemplo, a ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, p. 387, que esta infracción puede suponer o no la realización de un delito.

(31) Pero, en opinión de MARTÍNEZ HUAMÁN, “Cohecho pasivo propio: análisis del art. 393° del CP”, en: *La corrupción: criminología, Derecho Penal - Parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal*, Lima, Editores del Centro, 2020, p. 556, la actuación del funcionario público se encuentra enmarcada dentro de sus funciones. Por eso, rechaza la calificación como un delito de cohecho pasivo propio para aquel caso en el que se le ha pagado a un trabajador de limpieza para que queme o destruya determinados expedientes o carpetas fiscales, en tanto no se encuentra dentro de sus funciones resguardar esos expedientes o carpetas. En nuestra opinión, pensamos que el supuesto sí puede considerarse como uno de cohecho pasivo propio, el precepto legal peruano no utiliza el “en ejercicio de su cargo” aludiendo así a unas competencias concretas. El art. 393 CP solo se refiere a la violación de sus obligaciones como funcionario público, e iniciar un incendio o quemar documentos (a cambio de un dinero) ya lo es, aunque él no tenga el deber de custodiarlos.

(32) Cfr. MARTÍNEZ HUAMÁN, “Cohecho pasivo propio: análisis del art. 393° del CP”, p. 556.

(33) Cfr. Ape. N° 1-2005 y R. N. N° 1091-2004-Lima, f. j. 4.

(34) Cfr. R. N. N° 1091-2004-Lima.

(35) Cfr. MARTÍNEZ HUAMÁN, “Cohecho pasivo propio: análisis del art. 393° del CP”, p. 556.

(36) Así lo sostiene, por ejemplo, SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración Pública*, 5.ª ed., Lima, Editora Jurídica Grijley, 2019, p. 559. Los tribunales niegan la posibilidad de la configuración de la tentativa. Así, por ejemplo, cfr. R. N. N° 1406-2007-Callao, f. j. 4, donde se afirma que la tentativa no es posible al encontrarse frente a un delito de mera actividad y que, como mucho, todo lo anterior en estos casos sería entendido como acto preparatorio, pero impune. Por su parte, aunque dentro del sistema penal español, RIQUELME PORTILLA, *El cohecho parlamentario*, p. 89 señala que las “negociaciones-conversaciones entre el corruptor y el corrupto son una tentativa desde el punto de vista de la estructura del delito, pero no es tan claro que pueda sancionarse como tal”. Nos parece, en

Por otro lado, el recibir supone hacer efectiva la admisión del beneficio⁽³⁷⁾ que le ha ofrecido el particular⁽³⁸⁾. Por eso, aquí la doctrina sí considera posible la configuración de la tentativa⁽³⁹⁾.

En esta parte también se puede distinguir una particularidad adicional: el funcionario público acepta o recibe el beneficio para realizar u omitir un acto ilícito futuro. Esto es lo que se conoce también como un supuesto de cohecho propio *antecedente*.

En el segundo apartado (b), también se considera el verbo ‘acceptar’, pero aquí la conducta ya se ha perfeccionado, aunque luego lo prometido no se haga realidad. A diferencia del supuesto recogido en el literal a, aquí el funcionario acepta la ventaja por haber faltado a sus obligaciones, esto es, ya las incumplió. Esto se denomina cohecho propio *consecuente*.

b. Segundo párrafo⁽⁴⁰⁾:

- Solicita, *directa o indirectamente*, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto en violación de sus obligaciones.
- Solicita, *directa o indirectamente*, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio como consecuencia de haber faltado a sus obligaciones.

Aquí la esencia se encuentra en solicitar qué puede entenderse como sinónimo de procurar o gestionar algo⁽⁴¹⁾ sin que concurra violencia ni amenaza⁽⁴²⁾. Para la Corte Suprema se trata de un delito de simple actividad que se consuma

este sentido, que es perfectamente posible dar paso a la configuración de la tentativa aun en un delito de mera actividad. De esta opinión, es también SÁNCHEZ-OSTIZ, *A vueltas con la parte especial (Estudios de Derecho Penal)*, Barcelona, Editorial Atelier, 2020, pp. 106-107.

(37) El no encontrarle el dinero al sujeto activo no ha sido impedimento para que la Sala Penal pueda establecer la responsabilidad penal sobre la base de otros medios de prueba. Cfr. Ape. N° 9-2016-Del Santa, f. j. 9.

(38) Por eso, para la doctrina este supuesto es uno de codelincuencia (cfr. ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, p. 374.) entre el funcionario y ese otro (que responderá por cohecho activo).

(39) Cfr. MARTÍNEZ HUAMÁN, “Cohecho pasivo propio: análisis del art. 393° del CP”, p. 582.

(40) Aquí el tipo penal se configura con la mera solicitud.

(41) Cfr. R. N. N° 457-2018-Puno, ff. jj. 15-19

(42) Esto sería lo propio, más bien, de los delitos de concusión o exacciones ilegales.

con la ejecución del acto de solicitar, sin importar la complacencia (concurso de voluntades) o negativa del destinatario de la solicitud⁽⁴³⁾.

c. Tercer párrafo:

El funcionario público condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de entrega de donativo o ventaja.

El condicionar su conducta puede significar que con la entrega del beneficio el funcionario realizará un acto a favor del tercero, en caso contrario, realizará uno que lo perjudicará. Este tercer supuesto rompe con el esquema de los delitos de oportunidad en tanto aquí, si bien la conducta del funcionario público tiene que ver con aprovecharse de su posición, va más allá interviniendo, a través de la coacción, sobre el particular. De este modo incide sobre la voluntad del sujeto pasivo acercándose de lleno al esquema propuesto en los delitos de abuso.

Con este supuesto, cabe hacerse la pregunta: ¿este es un caso que debe tratarse como un cohecho o como una concusión o es un concurso de delitos? La cuestión es interesante en tanto a fin de cuentas existe una incidencia en la voluntad del sujeto pasivo. En mi opinión, este sería un supuesto que habría que diferenciar —a modo de dar una interpretación sistemática que permita la aplicación de ambos preceptos legales— atendiendo a la clase de beneficio en juego. Así, si el funcionario público obliga al particular a dar o prometer solo un beneficio económico, entonces esto configurará el delito de concusión. Si, por el contrario, el funcionario obliga (condiciona) al particular para que le dé o prometa un beneficio no económico, entonces se habrá configurado el delito de cohecho pasivo que ahora se comenta.

Más allá de estas diferencias, en los tres subtipos del cohecho pasivo propio se debe precisar que no hace falta que el beneficio se dé sobre el funcionario público, pues podría también —en tanto la redacción no lo excluye— darse a favor de terceros (personas naturales o jurídicas)⁽⁴⁴⁾. Por otro lado, también se puede afirmar que es posible solo una configuración dolosa en primer grado⁽⁴⁵⁾.

(43) Cfr. Cas. N° 1400-2017-Sullana, f. j. 22. Cfr., en este sentido, ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, p. 374.

(44) Que podrían responder, sobre la base del art. 25.III, como cómplices.

(45) De esta opinión, cfr. ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, pp. 393-394. Por su parte, MARTÍNEZ HUAMÁN, “Cohecho pasivo propio: análisis del art. 393° del CP”, p. 578, da cabida a cualquier clase de dolo.

Dentro de esta modalidad de cohecho pasivo propio, el legislador peruano ha diferenciado entre cohecho pasivo específico (art. 395)⁽⁴⁶⁾; cohecho pasivo referido a la función policial (art. 395-A); cohecho pasivo referido a los auxiliares jurisdiccionales (art. 396)⁽⁴⁷⁾; cohecho o soborno internacional pasivo (art. 393-A)⁽⁴⁸⁾.

1.2. Impropio (art. 394)

Esta modalidad normalmente ha sido objeto de crítica porque parece no llevar consigo a una lesión del bien jurídico protegido⁽⁴⁹⁾. Sin embargo, no han sido pocos los casos en los que este tipo penal ha sido aplicado. Por eso, resulta útil examinar los dos supuestos recogidos en este precepto legal. Aunque, vale la pena señalar, debido a que muchos de los elementos típicos que se recogen aquí ya han sido abordados en el cohecho pasivo propio, en este apartado del cohecho impropio solo nos concentraremos en el carácter indebido de la conducta y su temporalidad.

a. Primer párrafo:

- Aceptar o recibir donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación.
- Aceptar o recibir donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido como consecuencia de un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación.

b. Segundo párrafo:

(46) Es un delito de mera actividad (en este sentido, cfr. Ape. N° 5-2017-Huánuco, f. j. 7.4, y Ape. N° 10-2017-Puno, f. j. 19) que tiene como perjudicado al Estado (según el Exp. N° 19-2019 del Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria, considerando 4, el “ofendido es el Estado”). En este precepto el legislador ha restringido aún más el círculo de autores. Tanto por su condición como por el contexto concreto en que tiene lugar la conducta (las causas a aquellos sometidos a su conocimiento o competencias propias). Esto ha supuesto que se le clasifique como un delito especial propio y de infracción de deber (cfr. Ape. N° 5-2017-Huánuco, f. j. 7.1).

(47) Para la Corte Suprema los elementos para su configuración son los siguientes: a) la calidad concreta del sujeto activo; b) solicitar un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio; y c) con el fin de decidir o influir en un asunto de su conocimiento o competencia (cfr. R. N. N° 4582-2007-Piura, f. j. 5).

(48) Cfr., para su definición, el art. 2.c) CNUCC. Dentro de la configuración se hace referencia a un funcionario público de una organización internacional pública y un contexto concreto: en la realización de actividades económicas internacionales.

(49) Cfr. DE PABLO SERRANO, “La conexión causal en el delito de cohecho pasivo impropio. El caso de los ‘cursos de Garzón en la Universidad de Nueva York’”, p. 125.

- Solicita, *directa o indirectamente*, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación.
- Solicita, *directa o indirectamente*, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida como consecuencia de realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación.

A manera de introducción debemos señalar que para un sector de la doctrina se presenta como un problema en este artículo, debido a que no se ha previsto expresamente una modalidad omisiva, como sí se ha hecho para el caso del cohecho pasivo propio⁽⁵⁰⁾. No obstante, en mi opinión, esta no es una crítica válida en tanto es indiferente si se realiza por acción u omisión, en tanto lo que interesa es atender a las competencias del sujeto.

En cuanto al análisis concreto del tipo, puedo señalar que, en líneas generales, comparte casi lo mismo que se ha dicho ya respecto al cohecho propio. La particularidad del cohecho impropio se encuentra más bien en la exigencia de “realizar un acto propio de su cargo o empleo sin faltar a su obligación”⁽⁵¹⁾. Esto quiere decir que la contraprestación, por la que cobra el funcionario público, en verdad no es ilícita o, dicho de otro modo, aquello que realiza o promete el funcionario público es conforme a lo establecido normativamente, pero cobra por ello⁽⁵²⁾. La relevancia jurídico-penal de esta conducta entonces recae en el cobro que él hace por una prestación que debe ser gratuita y constituir una obligación del funcionario⁽⁵³⁾.

Debe hacerse hincapié en que la actuación del sujeto activo debe realizarse en el marco de su actuación pública. Esto permite, por ejemplo, afirmar la atipicidad de la conducta si es que el funcionario realiza actividades privadas dentro de su horario de trabajo⁽⁵⁴⁾.

(50) Así, por ejemplo, SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración pública*, p. 602. Este autor agrega que esto es así, “debido a que necesariamente es un comportamiento que [se subsume en el artículo 393 del cohecho pasivo propio] importa violación de obligaciones funcionales normales”.

(51) Cfr. ABOSO, *Responsabilidad penal de la empresa y corrupción pública. Estudio sobre la responsabilidad penal de la empresa en la participación de delitos de corrupción nacional y transnacional*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de f, 2018, pp. 50-51, que se refiere al delito regulado en el Código Penal argentino, pero que también puede afirmarse del nuestro.

(52) Cfr. MARTÍNEZ HUAMÁN, “Cohecho pasivo propio: análisis del art. 393° del CP”, p. 556.

(53) Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, pp. 406-407.

(54) Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, p. 408.

Y si resulta, dentro del cohecho pasivo impropio, que le pagó al funcionario en agradecimiento por haber realizado su labor, este podría ser también un escenario para considerar⁽⁵⁵⁾. Aunque hay que anotar que, según Olaizola Nogales, no tendría la suficiente entidad para lesionar el bien jurídico protegido que, en su opinión, es el correcto funcionamiento de la Administración en la prestación de los servicios a los ciudadanos⁽⁵⁶⁾. Con esto se propondría que, siendo la conducta reprochable, no alcanza aún la entidad para ser sancionada por el Derecho Penal, sino más bien por el Derecho Administrativo sancionador⁽⁵⁷⁾. Esta salida se presenta en el caso español porque el tiempo penal está redactado “en consideración a su cargo o función”. En Perú es distinto, pero aún así podría llegar a considerar esa misma solución, pero no, como se ha señalado ya en la introducción de este delito, por una cuestión de insignificancia del monto, sino más bien por el contexto permitido o socialmente aceptado que puede tener este comportamiento concreto.

Dentro de esa modalidad, se puede encontrar el tipo penal de cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial (art. 395-B). Particularmente[,] pienso que aquí nuevamente se hace uso más bien de la fuerza simbólica del Derecho Penal, pues bien pudo haberse mantenido la sanción –sin ningún problema– sobre la base del supuesto de cohecho pasivo impropio básico.

2. Cohecho activo (art. 397)

Este tipo penal da muestra de la particular forma de entender la responsabilidad penal de aquellos que no están vinculados con una institución. Aquí se concreta el desarrollo de la teoría de la ruptura del título de imputación en tanto supone la previsión de unos tipos penales que permiten sancionar a los particulares que intervinieron en un delito de infracción de deber. Concretamente, se sanciona al particular que ofrece, da o promete a un funcionario público una dádiva, ventaja o beneficio para que realice u omita un acto propio de su cargo violando (cohecho activo propio) o no (cohecho activo impropio) a sus obligaciones.

(55) Sostiene GÓMEZ RIVERO, “Derecho Penal y corrupción: acerca de los límites de lo injusto y lo permitido”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXVII, Valencia, 2017, p. 32, que “[s]uele ser común afirmar que el tipo delictivo en comentario sanciona la creación de una suerte de clima que propicia el riesgo de atraer hacia el oferente la simpatía de la autoridad o funcionario y, con ello, de que en un futuro hipotético aquel pudiera llegar a recibir un trato de favor, clima que parece colmarse con la admisión del ofrecimiento en cuestión”.

(56) Cfr. OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 107-111.

(57) De una opinión distinta es DE PABLO SERRANO, “La conexión causal en el delito de cohecho pasivo impropio. El caso de los ‘cursos de Garzón en la Universidad de Nueva York’”, p. 146.

El legislador ha previsto como supuestos de cohecho activo propios los siguientes: al cohecho activo transnacional (art. 397-A), cohecho activo específico (art. 398); cohecho activo en el ámbito de función fiscal (art. 398-A.I). Y como supuestos de cohecho activo improprios los siguientes: cohecho activo transnacional (art. 397-A) y al cohecho activo en el ámbito de función fiscal (art. 398-A.II).

IV. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

El sujeto activo, en el caso de los cohechos pasivos, son funcionarios públicos. Por el contrario, para los cohechos activos, el sujeto activo es un particular o, mejor, sin un deber positivo especial. Vale aclarar que, evidentemente, podría encontrarse el supuesto en el que un funcionario entregue una coima a otro, y surge la pregunta si esto también es cohecho o no. Aquí se puede señalar lo siguiente:

1. Estamos habituados a encontrarnos (y explicar) con el supuesto de, por ejemplo, un ciudadano, chofer de taxi, que paga al policía para que este no le imponga una multa por una infracción vial. En tal caso, se le considerará como autor del delito de cohecho pasivo propio.
2. También será típico si un conductor, jefe de la oficina de Registros Públicos, paga a un policía de tránsito para que no le imponga una multa por pasarse un semáforo en rojo. En ese caso, el primero no está actuando como funcionario público, sino como un particular o un no obligado institucionalmente al ofrecer esa coima y, por eso, también se le considerará autor de un delito de cohecho, aunque activo.
3. Ahora bien, ¿qué sucede cuando un funcionario público solicita indirectamente la coima? Este escenario interesa por dos razones: a) plantea la pregunta de quién es ese que colabora con el autor del delito; b) también genera dudas sobre la configuración típica: ¿se trata de un supuesto de cohecho o de tráfico de influencias? O, si se prefiere, ¿es un caso de concurso de delitos o un concurso de normas? Aquí me ocuparé de la primera, dejando la otra cuestión para ser abordada en el análisis del delito de tráfico de influencias.

Tal como se vio en el delito de negociación, la referencia a lo indirectamente abre la puerta para incluir no solo a un particular, sino también a un funcionario público⁽⁵⁸⁾. El título de imputación para los particulares, según

(58) Cfr. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Delitos contra la Administración pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*, p. 285 y ss.

la práctica usual de nuestros tribunales, será considerarlo como cómplice. El título de imputación para los funcionarios públicos requiere hacer una precisión previa. Si el segundo funcionario interviene para ayudar a concretar ese interés indebido del primer funcionario público (el que interviene en razón de su cargo), decía en el análisis del delito de negociación incompatible, habrá que ver si ese segundo funcionario tiene una actuación en los hechos en razón de su cargo. Si la respuesta es afirmativa, entonces debía responder no a título de partícipe, sino de autor. En el delito de cohecho puede generar dudas la falta de ese contexto institucional específico. Sin embargo, en mi opinión, la solución pasa por considerar que ese segundo interviniente, aunque sea funcionario público, debe responder a título de partícipe⁽⁵⁹⁾.

V. BALANCE

Luego de analizar los delitos de cohecho, me parece que hay aún mucho material que puede ser objeto de discusión y que puede servir para una reinterpretación penal. Por lo pronto, aquí he puesto las bases para interpretar este delito como uno de los que denomino delitos de oportunidad⁽⁶⁰⁾. A partir de ahí, pueden realizarse ciertos ajustes sobre los elementos –por ejemplo, la insignificancia de la conducta, la diferencia con el delito de concusión, la bilateralidad o no de la conducta– para que los fines de persecución penal no se vean limitados debido a la ilegitimidad de las bases utilizadas ni que la intervención penal sea desmesurada.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, 2.ª ed., Lima, Palestra Editores, 2003.
- ABOSO, *Responsabilidad penal de la empresa y corrupción pública. Estudio sobre la responsabilidad penal de la empresa en la participación de delitos de corrupción nacional y transnacional*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de f, 2018.
- DE PABLO SERRANO, La conexión causal en el delito de cohecho pasivo impropio. El caso de los “cursos de Garzón en la Universidad de Nueva York”, en: PUENTE ABA (dir.)/SOUTO GARCÍA

(59) Cfr., en este sentido, MONTOYA VIVANCO, *Manual sobre delitos contra la Administración pública*, pp. 102-103.

(60) Vid. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Delitos contra la Administración pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*, p. 191 y ss.

(coord.), *Corrupción y fraudes a consumidores: perspectivas y casos actuales*, Granada, Editorial Comares, 2016.

- DONNA, *Derecho Penal. Parte especial*, Tomo III, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2001.
- GÓMEZ RIVERO, “Derecho Penal y corrupción: acerca de los límites de lo injusto y lo permitido”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXVII, Valencia, 2017, pp. 249-306.
- INSTITUTO DE CAPACITACIÓN y DESARROLLO, *Corrupción de funcionarios en el NCPP*, Tomo I, Aspectos generales, Lima, Icade, s/f.
- MARTÍNEZ HUAMÁN, “Cohecho pasivo propio: análisis del art. 393º del CP”, en: *La corrupción: criminología, Derecho Penal - Parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal*, Lima, Editores del Centro, 2020, pp. 445-511.
- MIR PUIG, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2000.
- MIRANDA ABURTO, “Kenjivideos”: deslindes dogmáticos y jurisprudenciales en torno a los delitos de cohecho genérico y tráfico de influencias”, *Actualidad Penal*, núm. 47, 2018.
- MONTROYA VIVANCO, *Manual sobre delitos contra la Administración pública*, Lima, IDEHPUCP, 2015.
- OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- PEÑA CABRERA FREYRE, *Crimen organizado. Aspectos generales. Tópicos de la parte general y parte especial*, Lima, Gaceta Jurídica, 2020.
- REYNA ALFARO, El objeto de tutela penal en el delito de cohecho, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 23, 2011.
- RIQUELME PORTILLA, *El cohecho parlamentario*, Pamplona, Aranzadi, 2019.
- RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, *Delitos contra la función pública*, 2.^a ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

- SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración pública*, 5.^a ed., Lima, Editora Jurídica Grijley, 2019.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, *A vueltas con la parte especial (Estudios de Derecho Penal)*, Barcelona, Editorial Atelier, 2020.
- VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, *Los delitos contra la Administración pública. Teoría general*, Galicia, Universidad de Santiago de Compostela, 2003.
- VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Delitos contra la Administración pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*, Lima, Editores del Centro, 2021.

SOBRE LOS ACTOS CONTRARIOS A LOS DEBERES DEL CARGO Y PROPIOS DEL CARGO COMO ELEMENTO DIFERENCIADOR DE LOS DELITOS DE COHECHO ANTECEDENTE

CRISTINA GARCÍA ARROYO^(*)

I. CUESTIONES PREVIAS

Es innegable que la corrupción no es algo nuevo y que existe en nuestros países y en nuestros Sistemas desde siempre. Se podría decir que la corrupción es algo inherente al hombre; pero, desde luego, los alarmantes casos, que en muchos países se han ido produciendo en los últimos tiempos, han hecho que el debate sobre su regulación, prevención y castigo esté más vivo que nunca. En España, casos como la trama Gürtel, el caso Nóos, los EREs en Andalucía, el caso Malaya, la operación Karlos, la operación púnica, el caso Mercasevilla o las tarjetas *black*, entre muchos otros, han hecho que la sociedad tome aún mayor conciencia de lo preocupante y peligroso que son para la Administración Pública los casos de corrupción. Es por ello que la corrupción —podría decirse que— pone en jaque todo el sistema de valores de una sociedad y un Estado, y eso produce una consecuencia importante: crea un grave deterioro de la imagen del Estado, directamente interconectada con la confianza que la sociedad deposita en el correcto funcionamiento del sistema social. Si esta confianza desaparece, en tanto que se está transmitiendo una imagen que resulta contraria a los principios básicos que determinan la actuación del Estado y la Administración Pública, difícilmente podremos sostener que el sistema funcione correctamente, con la grave consecuencia que esto tiene para la sociedad y el propio Estado⁽¹⁾.

Una de las principales características del fenómeno de la corrupción es que parece ser endémica y aunque se conozcan algunos pocos casos, se

(*) Profesora de la Universidad de Sevilla (España). Doctora en Derecho por la Universidad de Sevilla (España).

(1) SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco*, traducido por Rosa del Olmo, Ediciones de la Biblioteca de la Universidad Central de Venezuela, Caracas 1969, pp. 169 y ss.; SÁNCHEZ BERNAL, “Delincuencia de los poderosos y cohecho. Modificaciones previstas en el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal de 2013”, en: *El proyecto de reforma del Código Penal de 2013, a debate*, Pérez Cepeda (dir.), Ratio Legis, Salamanca 2014, p. 177.

puede transmitir una imagen completamente disfuncional de la Administración Pública que hace que la confianza de la sociedad en el Sistema se deteriore y se traslade una imagen deficiente del mismo, porque se asume por toda la sociedad que los casos que se conocen son meras “puntas del iceberg”⁽²⁾, de manera que la cifra negra de supuestos de corrupción es todavía importante, en tanto que muchos casos no son denunciados o llegan incluso a ser ocultados. Y es esto unido al convencimiento, que tiene toda la sociedad española, de que para que el sistema funcione, necesita ser engrasado, lo que determina que los supuestos de corrupción de baja escala se realicen con mucha frecuencia; y, lo que es más grave, se internalice por la propia sociedad como algo adecuado y necesario. De hecho, solo se produce una alarma social cuando surge algún escándalo de corrupción que acaban convirtiéndose en macrocausas⁽³⁾, y sobre ellas se hacen eco a diario todos los medios de comunicación⁽⁴⁾. Pero es innegable que, además de este fenómeno, existen igualmente otros fenómenos de corrupción que pasan más desapercibidos, como la corrupción de baja intensidad, la corrupción del día a día, que es aceptada como algo adecuado, o al menos habitual, por la propia sociedad que la asume, —como decíamos— como una condición de funcionamiento sin manifestar ningún tipo de reproche hacia la misma, de forma que la mayor parte de los supuestos estarían ocultos del conocimiento público y de la posibilidad de reacción

(2) MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, 22ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2019, pp. 911 y ss.

(3) SANZ MULAS, “Criminalidad de los poderosos e impunidad, la evidente falta de voluntad política en la lucha contra la corrupción”, en: *Blanqueo de capitales y corrupción: interacciones para su erradicación desde el derecho internacional y los sistemas nacionales*, Pastor Palomar/Jiménez García/ Ropero Carrasco (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, Navarra 2017, pp. 197 y ss.

(4) Aunque la corrupción existe en muchos aspectos sociales, es sin duda la corrupción política la más extendida y la que ocupa diariamente importantes espacios en los medios de comunicación. Vid. a este respecto todos los casos de corrupción en partidos políticos que existen en España, “caso Pallerols”, donde se imputa a UDC un supuesto delito de financiación ilegal de partidos políticos por desviación de subvenciones europeas para cursos de formación; “caso operación Campeón”, Auto del TS de 2 septiembre 2013. JUR 2013\307405, donde se investigaba a dos diputados, uno del PP y otro de BNG y al ministro de Fomento, José Blanco, tras las declaraciones hechas por un empresario farmacéutico, al afirmar que se reunió con el ministro en una gasolinera lucense, previo pago de 200,000 euros al primo de Blanco con el fin de que este acelerara gestiones a su favor en el Ministerio de Hacienda y de Sanidad; “Caso Gürtel”, SAN Nº 20/2018, donde se imputa al PP la financiación irregular de varias campañas electorales por empresarios, a cambio de negocios corruptos en el caso de que el partido llegase a gobernar, caso que llevó a perder la confianza de la Cámara al Gobierno de España, presidida por Mariano Rajoy en 2018, después de que la Audiencia Nacional sentenciara que el Partido Popular se había beneficiado (a título lucrativo, según reza la sentencia) del esquema de sobornos ilegales para futuros contratos. Los tribunales confirmaban así, en primera instancia, la existencia de una estructura de contabilidad y financiación ilegal que condujo a su vez a una pieza separada que llevó a otro escándalo de corrupción en el PP como resultó ser el “Caso Bárcenas”. Auto de 14 marzo del Juzgado Central de Instrucción, ARP 2018\17, donde se investiga la posible contabilidad “B” dentro del Partido Popular desde sus inicios; “Caso ERE de Andalucía”, donde se investiga al PSOE y a los sindicatos de CC.OO. y U.G.T., por delitos de malversación pública para financiarse ilegalmente; “Caso Majestic”, STS Nº 613/2018 de 29 noviembre. RJ 2018\5562, donde se condena al alcalde de Casares de IU por corrupción urbanística, entre otros muchos casos.

del sistema y de sus instituciones. Teniendo claro que todos los supuestos de corrupción, a mayor o menor escala, pueden suponer graves riesgos para el sistema y la confianza de la sociedad en el mismo, vamos a tratar dentro de este fenómeno de corrupción una de sus principales manifestaciones, como son aquellos casos en los que la actuación del funcionario es “comprada” o “recompensada” por el particular que necesita algún tipo de resolución del mismo. Se trata de aquellos supuestos en los que se plantea la existencia de un negocio corrupto entre particular y funcionario público, que en el ordenamiento jurídico español se recogen en los artículos 419 y 420 CP, y comúnmente son denominados como “delitos de cohecho antecedente”⁽⁵⁾.

Pero lo cierto es que no se puede, ni se debe, enfocar ningún estudio sobre corrupción, sin otorgar al menos un concepto válido de lo que debe entenderse por tal, para así analizar, de una manera unívoca, los tipos penales que la componen. De este modo, aunque muchos han sido los conceptos dados⁽⁶⁾, en nuestra opinión, podemos señalar que, en sentido estricto, la corrupción sería la infracción de un deber posicional; es decir, aquel que se deriva del desempeño de una determinada función, a cambio de la obtención de un beneficio de cualquier tipo al cual no se tiene derecho. Desde esta base, consideramos que, para la presencia de corrupción pública, debe existir una relación bilateral sinalagmática traducida en un contrato ilícito que exige la concurrencia de una prestación para recibir una contraprestación, a cambio de una ventaja indebida, por lo que deben concurrir siempre dos sujetos⁽⁷⁾. Pero teniendo en cuenta esta concepción de corrupción, que es útil para todos los delitos de cohecho, a efectos de los delitos de cohecho antecedente, es importante señalar que su esencia es individualizable en el libre convenio al que pretenden llegar funcionario y particular⁽⁸⁾; cuyo objeto es la venta a cambio de un precio de las facultades jurídicas o de facto que tiene el funcionario en razón del cargo que ostenta, por lo que se llega a producir un tráfico ilícito de la fun-

-
- (5) Ampliamente vid. GARCÍA ARROYO, *Los delitos de cohecho antecedente*, Aranzadi, Navarra 2021, *passim*.
- (6) KINDHÄUSER, “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía, y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán”, traducido por García Caveró, *Política Criminal*, N° 3, 2007, A1, p. 2; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “Corrupción y delitos contra la Administración Pública. Insuficiencias y límites del Derecho Penal en la lucha contra la corrupción: el ejemplo español”, *Revista de Derecho* N° 7, 2004, pp. 148 y ss.; PÉREZ FERRER, “Algunas reflexiones sobre el fenómeno de la corrupción y su extensión al ámbito punitivo”, en: *Urbanismo y corrupción política (una visión penal, civil y administrativa)*, Morillas Cueva (dir.), Dykinson, Madrid 2013, p. 136; RODRÍGUEZ COLLAO, “Delimitación del concepto penal de corrupción”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXV (2004), p. 340.
- (7) NIETO MARTÍN, en: *Nociones fundamentales de Derecho Penal, Parte especial*, vol. II, Tecnos, 2019, p. 479.
- (8) OLIVER, “Aproximación al delito de cohecho”, *REJ- Revista de Estudios de la Justicia*, N° 5, año 2004, p. 87.

ción pública, de manera que la actuación del funcionario público se coloca al servicio de intereses particulares que pueden colisionar con los intereses públicos⁽⁹⁾. Esta es la razón por la cual no puede permitirse que una persona, abusando de las facultades que ostenta, se sirva de ello para “mercadear” con el servicio público, a fin de sacar una ventaja, dado que ello tiene consecuencias tanto en la Institución afectada como respecto del propio Sistema, y el perjudicado final será el ciudadano que no puede acceder a la prestación de un servicio público al cual tiene derecho, porque se encuentra con que un funcionario lo instrumentaliza a su favor, aunque no solamente es un daño individual, sino que además perjudica al resto de la sociedad y a la imagen que esta aporta al mundo.

Y esto es algo completamente indiscutible en los delitos de cohecho, antecedente de los artículos 419 y 420 del Código Penal español, en tanto que vienen compuestos esencialmente por la existencia de una relación bilateral sinálgmática entre dos sujetos (corruptor y corrupto/ funcionario y particular), por lo que no solo se puede hablar de funcionario o autoridad como sujeto responsable de una lacra social, como es la corrupción, sino que también el particular que compra un acto es una pieza clave de la corrupción, porque si accede a este juego sucio, bien por propia iniciativa, bien aceptando la petición de otro sin ponerlo en conocimiento de la autoridad competente, comportamiento que propicia que las actuaciones corruptas no cesen y se entre en un círculo de criminalidad en la que, difícilmente, se puede salir, porque lo que se consigue más rápido y fácil conlleva menos problemas, y, por ello, a veces se puede hasta justificar ciertas conductas.

Pero, aunque el tema merezca un mayor detenimiento y estudio, obviamente por lógicas razones de espacio, no podremos analizar todos los elementos esenciales de los delitos de cohecho antecedente, por lo que en estas líneas trataremos de analizar esta relación de corrupción, solo desde el punto de vista del funcionario público, como principal garante del correcto funcionamiento de la Administración Pública, como bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública en general, y en el delito de cohecho en particular. Con base en el artículo 103 CE, consideramos que el interés tutelado en los delitos de cohecho debe identificarse con el correcto funcionamiento de la Administración Pública, tanto desde una perspectiva interna y externa. Ello permitirá proteger las condiciones básicas para el funcionamiento del sistema social y participación del individuo en el mismo. Es decir, intervenir penalmente para evitar el mal funcionamiento interno de la Administración

(9) GREEN, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría de los delitos de cuello blanco*, traducción de Agustina Sanllehi, Amorós Bas y Ortiz de Urbina Gimeno, Marcial Pons Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo 2013, p. 258.

Pública. Esto, sobre todo, tiene sentido cuando esa disfunción tenga trascendencia externa, es decir, cuando afecte a los administrados. Pero lo que no admite discusión alguna es que las conductas recogidas en los artículos 419 y 420 CP atentan claramente contra dicho bien jurídico, y ponen en grave riesgo la propia Administración Pública como institución y la confianza de la sociedad en ella, por lo que no es baladí el estudio de estos tipos penales, puesto que suponen los casos más graves dentro de todos los delitos de cohecho que se recogen en el ordenamiento jurídico español⁽¹⁰⁾.

II. COHECHO PASIVO PROPIO DEL ARTÍCULO 419 CP

Como hemos podido poner de manifiesto, atendiendo al concepto de corrupción que podemos establecer como válido, podemos afirmar que el funcionario público debe actuar alterando su deber posicional, motivado por una ventaja ilícita, pero desde luego en el cohecho pasivo propio del artículo 419 CP, y también del 420 CP, sí pueden predicarse la concurrencia de los elementos de la corrupción. Por lo que nos encontraríamos en situaciones de corrupción de los funcionarios públicos que podemos diferenciar en tres fases, atendiendo a sus verbos típicos, pero que están en una misma línea de progresión respecto de la afección del bien jurídico: solicitar sería la conducta que más alejada estaría del mismo, el punto intermedio vendría dado por la aceptación del negocio corrupto y la fase final quedaría postergada al momento de la recepción efectiva de la dádiva. De manera que el funcionario siempre que recibe con anterioridad, ha solicitado o, bien, ha aceptado la ventaja por parte del particular.

Los verbos típicos son comunes para ambas modalidades típicas, objetos del presente estudio, así como muchos otros elementos que no podremos tratar aquí, pero lo que sí vamos a tratar de analizar es precisamente la diferencia entre los delitos de cohecho pasivo antecedente, de los artículos 419 y 420 CP español.

La diferencia, por tanto, entre las distintas figuras delictivas de cohecho pasivo propio radica en la naturaleza del acto administrativo que el funcionario realizará; acto administrativo que, por su parte, debe encontrarse bajo su ámbito competencial genérico. Si el acto es contrario a los deberes del cargo,

(10) No sucede lo mismo con otros tipos penales de dudosa legitimidad, bajo nuestro punto de vista, como los delitos de cohecho subsiguiente y el cohecho pasivo impropio. Sobre esto, vid. GARCÍA ARROYO, *El delito de cohecho subsiguiente*, Tirant lo Blanch, Valencia 2020; GARCÍA ARROYO, “La dudosa legitimación jurídico penal del delito de cohecho impropio o en consideración al cargo”, *Revista General de Derecho Penal*, www.iustel.com, N° 35, 2021.

estaremos en un cohecho del artículo 419 CP; mientras que si el acto es propio de los deberes del cargo, estaremos en un cohecho del artículo 420 CP⁽¹¹⁾.

Así, comenzaremos el análisis siguiendo la estructura utilizada en el Código Penal, por la delimitación del elemento diferencial contenido en la conducta típica regulada en el art. 419 CP, esto es la delimitación de lo que debe entenderse por “acto contrario a los deberes de su cargo”.

1. Acto contrario a los deberes del cargo

En el delito de cohecho pasivo el funcionario que solicita o recibe una dádiva, favor o retribución o acepte un ofrecimiento o promesa, tiene que hacerlo como contraprestación a una acción u omisión determinada que correspondan a un acto propio o contrario a los deberes del cargo de dicho funcionario, según estemos ante la modalidad prevista en el art. 419 o la del 420 CP. Así las cosas, no cualquier acto que el funcionario se comprometa a realizar va a dar lugar a la posible comisión de un delito de cohecho, sino que solamente podremos hablar de dicho delito cuando el funcionario se comprometa a realizar un acto que esté relacionado con su cargo, por lo cual, resulta de extrema necesidad delimitar que actos tienen capacidad para integrar la posible comisión de un delito de cohecho.

Es por ello que, en nuestra opinión, son varios los aspectos que se deben analizar a la hora de determinar el acto al cual se refieren cada una de las modalidades típicas del cohecho pasivo propio: el concepto de acto del cargo, el de acto contrario a los deberes del cargo, y los supuestos específicos de actos contrarios como la omisión y el retraso injustificado.

1.1. Acto del cargo

La doctrina coincide, de manera general, en considerar que el acto del cargo al que se refiere los arts. 419 y 420 CP debe ser un concepto aplicable al Derecho Penal, de manera que no debe asimilarse al acto administrativo estrictamente dicho, porque será más amplio y diferente que este último⁽¹²⁾. De este modo, se empleará un concepto parcialmente desvinculado de la con-

(11) El CP español diferencia los distintos tipos de cohecho por la modalidad del acto, materia de la que nos vamos a encargar, y también por el momento de entrega de la ventaja. Puesto que si no hay ningún acto a realizar por parte del funcionario público, podríamos encontrarnos en un cohecho pasivo impropio del artículo 422 CP y si la ventaja por el acto realizado es otorgada con posterioridad al mismo, nos encontraríamos con un cohecho subsiguiente del artículo 421 CP.

(12) NAVARRO CARDOSO, “Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa”, *RECPC*, 18-25 (2016), p. 20; COMES RAGA, “El acto del cargo en el delito de cohecho pasivo propio antecedente”, *Revista General del Derecho Penal*, N° 22, 2014, pp. 14 y 15.

cepción de acto administrativo, entendiendo este último como una declaración de voluntad, juicio o deseo emanada de la Administración Pública en cumplimiento de la potestad administrativa y distinta de la reglamentaria⁽¹³⁾; de este modo, el acto administrativo se relaciona con la posibilidad, o no, de recurrir esa declaración emanada de la Administración ante los propios órganos contenciosos administrativos mediante recurso administrativo o impugnación⁽¹⁴⁾. En definitiva, como señala COMES RAGA⁽¹⁵⁾, esta definición deja fuera del concepto de acto administrativo a aquellos que proceden de “los Reglamentos, de las actuaciones no jurídicas (materiales), los actos producidos por los propios administrados, aun siendo propios del Derecho Administrativo y los actos dictados por la Administración no sometidos al Derecho Administrativo”. Así, quedarían al margen de este concepto, aquellos actos que conlleven una responsabilidad política o una sujeción al Derecho privado, que, sin embargo, sí se derivan claramente de actuaciones de los funcionarios. Es por ello que, afirma Valeije Álvarez,⁽¹⁶⁾ no todos los actos emanados de un funcionario son actos administrativos; lo que, en consecuencia, determina que podrían existir actos que, sin tener la estricta consideración de actos administrativos, sí se configurarían, en cambio, como actos propios del cargo susceptibles de responder a los elementos típicos del delito de cohecho; así, por ejemplo, algunos actos discrecionales que entrarán dentro del ámbito político podrán ser objetos de ser catalogados como actos contrarios al deber del cargo para el Derecho Penal. En este punto, lo relevante en relación con el concepto de acto del cargo a efectos del delito de cohecho, no sería si el acto puede o no impugnarse ante una Administración Pública, sino determinar, a fin de otorgar mayor seguridad jurídica, cuando un funcionario realiza los actos que le corresponden, conforme, o no, a su deber o función. Y, desde este planteamiento, los actos ejercidos en el ejercicio del cargo o función de un funcionario público no solamente engloban aquellos procedentes de la actividad administrativa en sentido estricto, sino también de la actividad judicial o de la legislativa.

- (13) GARCÍA DE ENTERRIA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Thomson, Madrid 2017, p. 550. En este mismo sentido, GARCÍA-TREVIANO FOS, *Los actos administrativos*, Madrid 1991, pp. 96 y 97, define el acto administrativo como “una declaración unilateral de conocimiento, juicio o voluntad, emanada de una entidad administrativa actuando en su faceta de Derecho público, bien tendente a constatar hechos, emitir opiniones, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas entre los administrados o con la Administración, bien con simples efectos dentro de la propia esfera administrativa”.
- (14) GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I. Parte general*, 13ª ed., Tecnos, Madrid 2002, pp. 537 y ss.; GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Parte general*, 2ª ed., Civitas, Navarra 2012, pp. 212 y ss.
- (15) COMES RAGA, “El acto del cargo en el delito de cohecho pasivo propio antecedente”, ob. cit., pp. 14 y 15.
- (16) VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Edersa, Madrid 1995, p. 192.

Se trata, por tanto, en este punto, de otorgar un concepto que sea aplicable al acto del cargo al que se refieren los arts. 419 y 420 CP, constituyendo el punto de partida para esta definición considerar como tal a aquel que se deriva del comportamiento del funcionario público en el ejercicio de sus funciones; es decir, serían aquellos que están relacionados con el cargo del funcionario⁽¹⁷⁾. En esta línea, Córdoba Roda definía el acto relativo al cargo del funcionario como “aquel acto llevado a cabo en el desempeño, conforme o contrariamente a Derecho, de las funciones públicas”⁽¹⁸⁾, de manera que el acto relativo al cargo abarcaría todas aquellas actuaciones materiales o formales que sean susceptibles de producir efectos jurídicos y expresión del ejercicio de las funciones de su cargo.

La primera consecuencia que se derivaría de este planteamiento y que ya fue apuntada por Groizard era la necesaria relación entre las competencias del funcionario y el acto realizado; ya que, si ese acto no estuviera relacionado con las atribuciones que las leyes confieren al funcionario, es decir, si es impropio de sus competencias, automáticamente quedaría vetada la posibilidad de aplicación del delito de cohecho, al carecer el funcionario de la condición especial⁽¹⁹⁾. Así, señala Muñoz Conde⁽²⁰⁾ que en aquellos supuestos en los que el funcionario no tenga competencias o atribuciones sobre el acto en concreto, como podría ser el caso de los actos de naturaleza privada, no podríamos hablar de delito de cohecho, sino que estaríamos ante una estafa o un tráfico de influencias⁽²¹⁾; o bien, será participe del delito de cohecho si lo que hace es intervenir como intermediario con el funcionario que, efectivamente, es competente para la realización del acto en el ejercicio del cargo. Por ejemplo, piénsese en el caso de que un profesor universitario de un departamento en concreto solicita una dádiva a un particular para aprobar una asignatura de otro departamento diferente, dado que ese acto en concreto no recae en

(17) OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, p. 270; COMES RAGA, “El acto del cargo en el delito de cohecho pasivo propio antecedente”, ob. cit., p. 15.

(18) CÓRDOBA RODA, “El cohecho de funcionarios públicos”, en: *Estudios Jurídicos en honor al profesor Octavio Pérez Vitoria*, Córdoba Roda/Mir Puig/Quintero Olivares, Tomo I, Bosch, Barcelona 1983, p. 178.

(19) GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, Tomo IV, 2ª ed., Hermanos Esteban, Salamanca 1912, pp. 270 y ss.

(20) MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, ob. cit., p. 916; ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Delitos contra la Administración Pública”, en: *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, 4ª ed., Silva Sánchez (dir.), Atelier, Barcelona, p. 367.

(21) NAVARRO CARDOSO, “Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa”, ob. cit., p. 21; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “El delito de tráfico de influencias”, en: *Delitos contra la Administración Pública*, ASÚA BATARRITA (coord.), Instituto vasco de Administración Pública, Bilbao 1997, p. 163; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, “Sobre el cohecho por «actos propios del cargo» y sus relaciones con el delito de exacciones ilegales”, *Cuadernos de Política Criminal*, N° 116, 2015, p. 131; COMES RAGA, “El acto del cargo en el delito de cohecho pasivo propio antecedente”, ob. cit., p. 16.

el ámbito de sus competencias, quedaría excluida la posibilidad de considerar que se trata de un delito de cohecho, si bien el hecho se podría configurar como una estafa, como tráfico de influencias si vendiera unas relaciones concretas con el funcionario competente, o bien participe del delito de cohecho que pudiera realizar el funcionario con competencia en la materia.

El problema se sitúa entonces en determinar el alcance concreto de la competencia o funciones del funcionario respecto del acto del ejercicio de su cargo, o, dicho de otro modo, es preciso determinar si las competencias o funciones tienen que ser las específicamente adjudicadas al cargo concreto que ocupa, o bien pueden ser genéricas de la propia función pública.

El concepto de acto relativo al ejercicio del cargo del funcionario “*Diensthandlung*” ha sido abordado ampliamente por la doctrina alemana, que sostiene, de manera generalizada, la exigencia de una relación funcional que incumba al ámbito de las actividades que le son objetivamente propias al funcionario, pero que no resultaría necesario que el acto en concreto se sitúe dentro de las competencias que le hayan sido asignadas al funcionario en particular, abarcando tanto los actos decisorios como la mera actividad preparatoria⁽²²⁾ (esto es, los actos de mero trámite). Así, entienden que acto oficial será el que se realiza dentro del ámbito de actividades del funcionario, en el sentido de que se corresponde con su capacidad oficial, pero sin restringirlos, en exclusiva, a aquellos actos que se desarrollen dentro de las competencias o actividades específicas que le hayan correspondido en virtud del reparto interno de funciones y tareas que se haya realizado. En consecuencia, no formarían parte de este concepto de acto oficial aquellos que estén fuera del ámbito de funciones genéricas del funcionario, así como tampoco las que realiza en su esfera privada o particular, aunque se sirva de los conocimientos que pudiera tener por su condición de funcionario. En definitiva, para la doctrina alemana, lo importante es que exista una relación funcional entre el funcionario y el acto, siendo indiferente el momento, tiempo o lugar en el que este se realice.

Este debate se plantea igualmente en la doctrina española que, según indica Navarro Cardoso⁽²³⁾, por un “concepto funcional que pretende abarcar todos los actos que el sujeto activo pueda desarrollar en el ejercicio de su cargo o

(22) SCHÖNKE/SCHRÖDER (Eser, Perron, Sternberg-Lieben, Eisele), StGB, 30ª auflage, München C.H. Beck, 2019, pp. 3222 y ss.; STEIN Y DEITER en DEITERS/ HOYER/ JÄGER/ ROGALL/ SCHALL/ SINN/ STEIN/ WOLTER/ WOLTERS/ ZÖLLER (des von Rudolphi, Horn, Samson, Werkes), SK-StGB Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band VI §§303-358 StGB, StGB, 9. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln 2016, pp. 890 y ss.

(23) NAVARRO CARDOSO, “Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa”, ob. cit., p. 20.

de sus funciones, tomado aquel y tomadas estas, en el sentido genérico, no restringidas a las específicas de su puesto de trabajo”. Se trataría, por tanto, de competencias funcionales derivadas de la propia condición de funcionario y del cargo que ocupa, abarcando las competencias genéricas del funcionario; es decir, todo aquel acto que se vincula o desarrolla por el ejercicio de su función, aunque no sea de los específicamente adjudicados en el reparto de funciones dentro de la Administración.

En apoyo de este planteamiento, señala Valeije Álvarez⁽²⁴⁾ que, para determinar el ámbito competencial de un funcionario, es preciso atender no solo a “los principios generales que rigen en materia de organización administrativa (por lo que siempre cabe la posibilidad que funcionarios de órganos diversos tengan las mismas competencias), sino también a específicas disposiciones estatutarias, a los criterios de delegación y a otros procedimientos relacionados con los criterios de división del trabajo del ente de que se trate”, y, por ello, considera que la posibilidad de ejecutar un acto del cargo no se deriva de la competencia, “sino única y exclusivamente a los poderes fácticos derivados de la «relación funcional inmediata» del agente con el cargo al que se encuentra adscrito. Esto es, el funcionario realiza el acto en virtud de las facilidades u oportunidades que se derivan de la situación subjetiva de la que es titular”⁽²⁵⁾. En definitiva, partiendo de la postura expuesta de que lo esencial para la determinación de que estamos ante un acto del cargo es la relación funcional entre el acto y el funcionario, entendemos como afirman Morales Prats y Rodríguez Puerta,⁽²⁶⁾ que el “acto del cargo” se trataría de un acto para el cual el “empleado público es genéricamente competente. Deberá tratarse de un comportamiento (no solo resoluciones) comprendido entre sus competencias, cuanto menos, de hecho”.

En nuestra opinión, la determinación de si estamos o no ante un acto del cargo del concreto funcionario pasa por establecer la existencia de una relación funcional entre aquel y el concreto acto, siendo suficiente para ello que se constate una competencia genérica del funcionario. Son varias las razones que nos llevan a abogar por este planteamiento. En primer lugar, desde la perspectiva del bien jurídico que consideramos, se protege con estos tipos penales, esto es, el correcto funcionamiento de la Administración Pública, resulta

(24) VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario*, ob. cit., p. 201.

(25) VALEIJE ÁLVAREZ, *ibidem*; CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (doctrina y jurisprudencia)*, Barcelona 1999, p. 207, quien sostiene que el acto debe tener relación con el cargo, no siendo preciso que figure expresamente entre los asignados por Ley o Reglamento al funcionario.

(26) MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la Parte especial de Derecho Penal*, 10ª ed., Quintero Olivares (dir.), Morales Prats (coord.), 2016, ob. cit., p. 1728.

evidente en nuestra opinión que no sería necesario para que el bien jurídico resulte afectado que el acto que se realice sea un acto propio del funcionario que le haya correspondido específicamente hacer en virtud del reparto interno de tareas⁽²⁷⁾, sino que el ejercicio de cualquier competencia genérica dentro de la función pública que se le atribuya al funcionario podría ser adecuada para perturbar ese correcto funcionamiento de la Administración Pública. A este respecto, sostiene Olaizola Nogales⁽²⁸⁾ que la finalidad que se persigue con la tipificación del delito de cohecho, radica en tratar de evitar la confusión entre los intereses públicos y los privados del funcionario, lo que se podrá verificar atendiendo a si en la ejecución del mencionado acto “el sujeto se comporta como funcionario o como particular; es decir, si al realizarlo está ejercitando la función pública”.

Sostener un planteamiento diverso, atendiendo solo a las concretas funciones o tareas específicas que tenga asignadas el funcionario en cada momento, conllevaría un elevado grado de inseguridad jurídica e inestabilidad, por cuanto lo habitual es que los funcionarios puedan variar sus competencias específicas coyunturalmente, atendiendo a las necesidades de la Administración en cada momento y a la forma de gestión o de reparto de funciones que tenga cada una de ellas. Por el contrario, lo que permanecerá inamovible, al margen de las concretas tareas que en cada momento se le puedan atribuir, es el hecho de que el funcionario actúe ejerciendo función pública, esto es, existiendo una relación funcional entre el acto y el funcionario, y, en consecuencia, estaríamos ante un acto del cargo, o bien actúe como un particular, lo que quedaría completamente al margen de esta configuración. Ello da pie a una nueva matización que fundamenta el planteamiento que sostenemos respecto de que el acto del cargo vaya referido a las competencias genéricas del funcionario, y es el hecho de que en ningún Estado Democrático de Derecho la Administración Pública va a establecer, dentro de un reparto específico de competencias, que se le otorgue a un funcionario, dentro del ejercicio de sus funciones, la posibilidad de realizar actos contrarios al ejercicio de sus deberes,⁽²⁹⁾ como establece el artículo 419 CP, sino que a lo que se refiere la expresión “actos contrarios a los deberes de su cargo” es a la posibilidad funcional que tiene el

(27) RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Aranzadi, Pamplona 1999, p. 206, afirma que lo fundamental no estriba en que el funcionario infrinja la reglamentación sobre la atribución de competencias, sino que “tenga la posibilidad de facto de llevar a cabo el acto al que se compromete a cambio de una dádiva”.

(28) OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, ob. cit., p. 273.

(29) Ya señalaba VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario*, ob. cit., p. 201, que “la ley nunca confiere competencia para la realización de actos injustos o ilícitos”.

funcionario de cometer ese acto contrario, ilícito o injusto mediante el ejercicio de su cargo o función⁽³⁰⁾.

Así, por ejemplo, piénsese en un funcionario de una determinada consejería o ministerio, cuyas funciones genéricas pasan por emitir dictámenes jurídicos, otorgar subvenciones, comprobar el buen uso de las mismas, etc., y que lleva a cabo el ejercicio de su trabajo de lo que, por orden de llegada, se le va asignando, o, bien, cuando por la propia gestión de la Administración requiere que, con urgencia, se realice una actividad que no es la habitual en el desarrollo de sus funciones, pero tiene competencia funcional para ello. En este caso concreto, existirían importantes dificultades a la hora de determinar exactamente cuáles serían las competencias específicas que le son asignadas a ese funcionario, en tanto que estas se van modificando, bien por no estar claramente determinadas o bien a consecuencia de especiales necesidades del servicio; por ello, lo más adecuado sería atender a las competencias generales que se derivan del ejercicio de su cargo concreto, dado que son fácilmente demostrables, siempre que el acto realizado esté dentro del ámbito de lo que le corresponde al funcionario realizar por el ejercicio su función pública.

Sobre esta base, señala Rodríguez Puerta⁽³¹⁾ que en la expresión “actos realizados en el ejercicio de su cargo” debe incluirse tanto aquellos para los que el funcionario es objetiva, territorial y materialmente competente, como aquellos respecto de los que, sin tener una competencia específica, no resultan totalmente ajenos a la órbita de sus competencias (genéricas en este caso), de manera que *de facto* puede llevarlo a cabo, bien porque se lo permite su posición en la Administración, o bien porque la competencia le corresponde al concreto órgano o entidad administrativa en la que presta sus servicios.

En resumen, en nuestra opinión, el acto del cargo al que hacen referencia los tipos penales del delito de cohecho sería aquel que establece una relación funcional entre el acto y el funcionario que lo ejecuta, en virtud del ejercicio de las competencias genéricas que, en razón de su cargo, le vienen atribuidas. A estos efectos pueden incluirse tanto los actos reglados como los discrecionales⁽³²⁾, aunque será necesario realizar diversas matizaciones respecto de ellos, así como los actos resolutivos y decisorios y los actos de mero trámite⁽³³⁾.

(30) OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, ob. cit., p. 274; RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho*, ob. cit., p. 207; VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción*, ob. cit., p. 201.

(31) RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho*, ob. cit., p. 206.

(32) SÁNCHEZ TOMÁS, “Cohecho”, *Tratado de Derecho Penal español. Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Álvarez García (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p. 403.

(33) SÁNCHEZ TOMÁS, “Cohecho”, *Tratado de Derecho Penal, Parte especial*, vol. III, ob. cit., p. 403;

1.2. Acto contrario a los deberes inherentes a su cargo

Como señalamos, uno de los aspectos que era necesario delimitar, en relación con el tipo penal del delito de cohecho pasivo propio del art. 419 CP, es precisamente su configuración como “acto contrario a los deberes inherentes a su cargo” que exige explícitamente el precepto⁽³⁴⁾.

Al margen del contenido concreto que ese acto contrario pueda tener, esto es, se trate de una acción o de una omisión, constituya un acto injusto, sea discrecional o reglado, resolutivo o de mero trámite, tema al que haremos referencia con posterioridad, lo cierto es que resulta preciso determinar qué debe entenderse por “contrario” a efectos del art. 419 CP.

Como hemos adelantado en nota al pie, la reforma del CP operada por la LO 5/2010 hace desaparecer la referencia al “acto injusto” y su diferenciación con aquellos que consistan en la realización de un acto delictivo, para emplear una expresión más genérica como es la de acto contrario a los deberes del cargo. Con anterioridad a esta reforma, la expresa regulación independiente de los actos constitutivos de delito, hacía necesario que se delimitara cuál sería el contenido de los recogidos en el art. 420 ACP denominados “acto injusto”. Son, por tanto, dos las cuestiones a las cuales es necesario hacer referencia respecto a la identificación de lo que deba considerarse acto contrario a los deberes del cargo: en primer lugar, la eliminación de la diferente penalidad, respecto a los supuestos en los que el acto constituyera delito de aquellos en los que el acto fuera “simplemente” injusto, y, en segundo lugar, la determinación de lo que debe entenderse tras la reforma de la LO 5/2010 por “acto contrario a los deberes del cargo”.

Respecto de la primera de las cuestiones, esto es, la supresión de la distinción del acto del cargo, que fuera delito respecto de aquel otro que, siendo injusto, sin embargo, no constituía un comportamiento típico, permitía equiparar la regulación del delito de cohecho en España con la contenida en el Código Penal alemán o el italiano. Así, la regulación alemana distingue entre el “*Vorteilsannahme*” en el §§331 StGB, que se corresponde al cohecho que castiga al funcionario que exija, reciba o acepte la promesa de una ventaja por un acto propio de su cargo, por lo que se corresponde a nuestro actual 420

(34) A este respecto, es preciso señalar que, antes de la LO 5/2010 que modificó sustancialmente los delitos de cohecho, el anterior artículo que recogía el cohecho pasivo, art. 420 ACP, hacía referencia a un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo, mientras que el actual 419 CP se refiere a actos contrarios a los deberes del cargo. En nuestra opinión, la redacción del actual art. 419 CP contiene un concepto más amplio que el regulado en el art. 420 ACP.

CP; y el “*Bestechlichkeit*” recogido en el §§332 StGB⁽³⁵⁾, que se corresponde al artículo 419 CP, ya que castiga al funcionario público que exija, reciba o acepte la promesa de una ventaja por un acto de su cargo que lesione su deber. No existe, por tanto, en la regulación alemana la referencia a la realización por el funcionario de un acto delictivo, como existía en el Código Penal español con anterioridad a la reforma de 2010, de manera que aquellos actos realizados por los funcionarios públicos, que implicarán la realización de un comportamiento típico, estarían incluidos dentro de los actos que lesionan el deber. Similar solución aporta la legislación italiana, donde se diferencia entre la “*corruzione per un atto di ufficio*” recogida en el art. 318 del Código Penal italiano que castiga al funcionario que, por realizar un acto de su cargo u oficio, recibe o acepta la promesa de dinero u otra utilidad no debida, por lo que se equipara al artículo 420 del CP; mientras que el artículo 319 CPI recoge la “*corruzione per un atto contrario ai doveri d’ufficio*”, que sanciona al funcionario que recibe o acepta la promesa de dinero u otra utilidad por un acto contrario al deber de su oficio por lo que se equipara a nuestro 419 CP. Esta misma regulación ha sido la utilizada por el legislador español tras la reforma de 2010, donde la diferencia penológica entre ambos tipos de cohecho pasivo propio radica en el mayor desvalor que conlleva la realización de un acto ilícito o contrario a los deberes que uno lícito y acorde con esos deberes, aunque ambos se encuentren motivados por la existencia de la contraprestación que entrega el particular.

Esta eliminación de la distinción entre acto injusto y acto constitutivo de delito ha sido acogida favorablemente por un importante sector doctrinal, al entender que la concurrencia de un mayor desvalor en la realización, por parte del funcionario de un acto constitutivo de delito, vendría amparada por la aplicación del correspondiente concurso de delitos entre el cohecho y el tipo penal concretamente cometido por el funcionario, y ello porque, como adecuadamente señalan Morales Prats y Rodríguez Puerta,⁽³⁶⁾ “debe recordarse que, desde la perspectiva del bien jurídico tutelado, el delito se agota con el intento de acuerdo o con su obtención, siendo irrelevante que con posterioridad se dé cumplimiento a lo acordado (...). La ulterior ejecución del acto injusto únicamente debería merecer una consideración separada si, a su vez,

(35) STEIN Y DEITER en DEITERS/ HOYER/ JÄGER/ ROGALL/ SCHALL/ SINN/ STEIN/ WOLTER/ WOLTERS/ ZÖLLER (des von Rudolphi, Horn, Samson, Werkes), *SK-StGB Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band VI §§303-358 StGB, ob. cit., pp. 941 y ss.

(36) MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, “Del cohecho”, en: *Comentarios al Código Penal español*, Tomo II, Quintero Olivares (dir.), Morales Prats (coord.), 7ª ed., Aranzadi, 2016., pp. 1719 y 1720.

aquel revistiese un carácter delictivo (concurso de delitos); o, de ser meramente injusto, a los efectos de su declaración de nulo en términos administrativos”⁽³⁷⁾.

Sin embargo, en contra de la supresión de esta diferencia entre ambos supuestos se pronuncia Olaizola Nogales,⁽³⁸⁾ al considerar que cuando el funcionario público se compromete a realizar un acto constitutivo de delito contrariando las normas penales, se puede sostener que concurre un mayor desvalor que cuando lo que contraría es otro tipo de normas, afirmando que “en mi opinión, no tiene por qué valorarse de la misma manera la conducta del sujeto que pone en peligro un bien jurídico que la que poner en peligro un bien jurídico penal”. Así, en su opinión, la ponderación de penas que se realiza en el propio texto legal, distinguiendo si se trata de un acto contrario o un acto propio del cargo, entendiéndose que, a pesar de existir en ambos supuestos la dádiva como contrapartida del acto del funcionario y que en ambos casos se lesiona el bien jurídico, se deriva de la existencia de un diferente desvalor si el comportamiento realizado constituye una decisión o un acto que infrinja la normativa vigente que, cuando se trata de un acto justo o propio de su cargo, en tanto que el funcionario no cambia el contenido de una decisión sino la forma de tramitarla en los actos reglados, o el aseguramiento de la decisión en los actos no reglados, pero siempre respetando los márgenes legales⁽³⁹⁾. Esta misma argumentación permite sostener, desde su punto de vista, la necesidad de valorar de manera diferente la realización de un acto contrario a los deberes del cargo que implique la vulneración de una norma penal, en tanto que ello implica la afección de un bien jurídico penal, y consecuentemente acarrearía un mayor desvalor que la potencial afección de otros bienes jurídicos.

Por el contrario, la doctrina mayoritaria⁽⁴⁰⁾, acertadamente en nuestra opinión, ha sostenido un planteamiento contrario, considerando un acierto

(37) De acuerdo con la eliminación de esta diferenciación, NAVARRO CARDOSO, “Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa”, ob. cit., p. 22; SÁNCHEZ TOMÁS, “Cohecho”, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, vol. III, ob. cit., pp. 402 y 403. En igual sentido se manifestaba el Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2008, donde se indicaba que esta nueva regulación era adecuada y que el mayor desvalor que implicara la conducta delictiva se castigaría aplicando el correspondiente concurso de delitos.

(38) En contra de la supresión de esta diferencia entre ambos supuestos, se pronuncia OLAIZOLA NOGALES, “La regulación del delito de cohecho tras la LO 5/2010”, en *Derecho Penal para un estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, Maqueda Abreu/Martín Lorenzo/Ventura Püschel, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid 2016, pp. 741 y 742, si bien es cierto que comprende que esta nueva regulación es más sencilla y evita problemas de catalogación entre acto ilícito y delito, además de adecuarse de mejor forma a los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

(39) OLAIZOLA NOGALES, “La regulación del delito de cohecho tras la LO 5/2010”, ob. cit., p. 742.

(40) BACIGALUPO ZAPATER, “Sobre la reforma de los delitos de los funcionarios”, en *Documentación Jurídica* 37/40 1983, vol. 1, pp. 1100 y ss.; RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho...*, ob. cit., pp. 141 y ss.; la misma en: *Comentarios a la reforma penal de 2010*, ob. cit., p. 468; SÁNCHEZ-VERA

la eliminación de esta distinción entre acto contrario (o injusto) y acto delictivo, dado que todos ellos representan un injusto similar, ya que la prestación realizada por el funcionario constituye en todos los supuestos la ejecución de un acto contrario a sus deberes (delictivo o no), entendiendo, por consiguiente que los supuestos de actos delictivos realizados por el funcionario público quedan subsumidos dentro del concepto de acto contrario a los deberes del cargo⁽⁴¹⁾, que, como indicaremos, es más amplio que el concepto de acto injusto de la anterior regulación.

En nuestra opinión, el exceso de desvalor que acarrearía la realización de un acto que contravenga las normas penales y afecte a un bien jurídico penal, que constituye el fundamento de la argumentación de Olaizola Nogales para defender la pervivencia de la distinta penalidad en los dos supuestos, vendría cubierto por la aplicación del correspondiente concurso de delitos. Así, la afectación del bien jurídico protegido por el delito de cohecho se perfecciona con la existencia del acuerdo o contrato entre funcionario y particular o, según los casos, con el intento del mismo (en las conductas de ofrecer o solicitar) sin que, en modo alguno, sea necesaria la realización del acto administrativo concreto objeto de la relación prestacional entre ambos. De este modo, la mera realización del comportamiento descrito en el tipo conllevaría la perfección del correspondiente delito de cohecho, cuya penalidad variará si el comportamiento del funcionario que se deriva de esa relación implica una contravención de sus deberes o de las normas o no. La valoración del contenido concreto del acto cuando efectivamente este se ejecute, que no constituye un elemento esencial para la perfección del delito de cohecho, deberá hacerse de manera separada, y si, en el caso de actos contrarios a los deberes del cargo, suponen una actuación contraria a la normativa no penal, ello determinaría la nulidad del acto en concreto (y la correspondiente sanción disciplinaria, si corresponde), mientras que si el comportamiento implica una vulneración de la norma penal y, consecuentemente, la realización de un hecho típico, ese nuevo desvalor distinto de la existencia o propuesta del acuerdo o pacto

GÓMEZ-TRELLES, "Delitos de funcionarios, aproximación a su parte general", *Revista Canaria de Ciencias penales* 3, 1999, p. 15; DE LA MATA BARRANCO, *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*, Comares, Granada 2004, p. 113; CASTRO CUENCA, "Delitos contra la Administración Pública y lucha contra la corrupción en la reforma al Código Penal español", *La reforma penal de 2010*, Zúñiga/Gorjón/Fernández (coord.), Ratio Legis, Salamanca 2011, p. 181.

(41) RODRÍGUEZ PUERTA, "Modificaciones en materia de cohecho", en: *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Álvarez García/González Cussac (dir.), Valencia 2010, p. 468; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, ob. cit., p. 1728; MIR PUIG, "El delito de cohecho en la reforma del Código Penal", *La Ley*, N° 7603, 2011, p. 5; NAVARRO CARDOSO, "Cohecho pasivo subsecuente o por recompensa", ob. cit., p. 23; SÁNCHEZ TOMÁS, "Cohecho", *Tratado de Derecho Penal, Parte especial*, vol. III, ob. cit., p. 403.

corrupto, implicará su sanción en virtud de la concreta figura delictiva que se haya verificado⁽⁴²⁾.

De este modo, la relación sinalagmática entre el particular y el funcionario en la que se entregaría una dádiva o ventaja a cambio de la realización de un acto del funcionario, consistente en la realización de un hecho delictivo, se solventaría mediante la aplicación del correspondiente concurso de delitos entre el art. 419 CP y la concreta figura delictiva que implicara el acto realizado. Así, como crítica a esa diferenciación penológica, afirmaba Bacigalupo Zapater que la mera disposición del autor a cometer un delito no debe incrementar el injusto del cohecho ni dar lugar a un injusto independiente dentro de un Derecho Penal del hecho, afirmando que esa distinción correspondería más a un Derecho Penal de autor⁽⁴³⁾. Pero, es que además este planteamiento es el que, en nuestra opinión, avala la propia regulación del Código Penal, en tanto que el art. 419 *in fine* establece que se sancionará la conducta descrita en el mismo “sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito”⁽⁴⁴⁾; un planteamiento diverso determinaría, en nuestra opinión, una vulneración del *ne bis in idem*, si junto con una diferente penalidad derivada de la diferenciación entre acto injusto y acto delictivo que se contenía en la regulación anterior a 2010, se castigaba en concurso de delitos la concreta infracción cometida mediante el acto del funcionario⁽⁴⁵⁾, debiendo en ese caso optar por un concurso de leyes⁽⁴⁶⁾. Así, De La Mata Barranco, en relación con la anterior regulación, sostenía que nos encontrábamos ante un concurso de leyes y negaba la posibilidad de apreciar de manera automática el concurso de delitos, debiendo atenderse a cada caso concreto, dado que resultaría necesario valorar la posibilidad de que el desvalor que surja con la ejecución del acto delictivo no quede abarcado por la pena del delito de cohecho, ya agra-

(42) ASUA BATARRITA, “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria”, *Delitos contra la Administración Pública*, Asúa Batarrita (coord.), Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, p. 41 quien considera que el delito de cohecho se configura como tipo “mutilado en dos actos”, lo que implica que se perfeccionará con el pacto de soborno, sin que sea necesaria la realización del acto administrativo (de carácter delictivo o no) por parte del funcionario, y en el caso que se ejecute efectivamente este acto y consista en la comisión de un delito, se tipificará de manera autónoma dando lugar a un concurso, dado que se trata de un hecho posterior y distinto al cohecho.

(43) BACIGALUPO ZAPATER, “Sobre la reforma de los delitos de los funcionarios”, ob. cit., p. 1100.

(44) En la redacción anterior a la LO 5/2010, el artículo 419 CPA recogía de forma similar una cláusula que establecía “sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa”.

(45) DE LA MATA BARRANCO, *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*, ob. cit., p. 241; RAMOS TAPIA, *El delito de prevaricación judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, p. 137.

(46) DE LA MATA BARRANCO, *La respuesta penal a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*, ob. cit., p. 241.

vada en la anterior regulación por una penalidad más elevada si se trata de un delito⁽⁴⁷⁾. Este planteamiento es, en parte, compartido por Olaizola Nogales⁽⁴⁸⁾, considerando que la cláusula final del artículo 419 CP no tiene por qué llevar a una aplicación automática del concurso de delitos entre el cohecho y el posible delito que se pueda cometer debiendo analizarse cada supuesto en concreto, dado que en algunos casos deberá acudir al concurso de delitos para abarcar todo el desvalor del hecho cometido, mientras que en otros supuestos sería suficiente con acudir al concurso de leyes, y así señala que “se puede afirmar que el diferente desvalor que puede observarse entre el compromiso para la comisión de un acto injusto y el compromiso para la ejecución de un delito, por parte del funcionario, no siempre se verá recogido a través de la concurrencia delictiva en el segundo caso, bien porque el delito no llegue a ejecutarse, o bien porque, a pesar de ello, sea más adecuado apreciar un concurso de leyes. Considero, entonces, que, con esta nueva regulación, el juez deberá tener en cuenta este distinto desvalor en la individualización de la pena”. En nuestra opinión, las críticas que se podrían realizar a este planteamiento son, en primer lugar que el desvalor del injusto del delito de cohecho se perfecciona con la existencia o propuesta de acuerdo o pacto corrupto sin que sea necesaria la realización de ningún acto posterior por el funcionario público (delictivo o no), y, en consecuencia, la penalidad inherente al delito de cohecho debe abarcar el desvalor que le es propio; es decir, en el caso del art. 419 CP, la existencia de una relación sinalagmática (o la propuesta de la misma) encaminada a la realización de un acto contrario a sus deberes a cambio de una contraprestación; la realización ulterior de la prestación requerida (el acto contrario) implicará un desvalor independiente que, caso de verificarse y constituir un hecho típico, se deberá sancionar de manera separada, y de no realizarse quedaría al margen de la intervención penal, dado que es preciso que se inicie la ejecución para poder hablar de la existencia de un hecho típico.

En definitiva, en nuestra opinión, en aras del respeto al principio *ne bis in idem*, calificado por el Tribunal Constitucional como “derecho fundamental” derivado del principio de legalidad del art. 25.1 CE⁽⁴⁹⁾, así como de la armonización con los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, consideramos acertada la eliminación de la distinción entre acto delictivo y acto injusto, y la

(47) DE LA MATA BARRANCO, *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*, ob. cit., pp. 229 y 230; en similar sentido, JAREÑO LEAL, *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, Iustel, Madrid 2011, p. 73, al alegar que puede ocurrir el concurso de leyes entre el delito de cohecho y la prevaricación porque son dos delitos que pretenden proteger un mismo bien jurídico por lo que se trata de valorarlo como una progresión delictiva.

(48) OLAIZOLA NOGALES, “La regulación del delito de cohecho tras la LO 5/2010”, ob. cit., p. 743.

(49) STC 154/1990.

opción por una fórmula más genérica como la de “acto contrario a los deberes del cargo” que abarcaría tanto los supuestos de actos delictivos, como los de actos injustos y otros supuestos distintos.

Ello nos lleva directamente a la segunda de las cuestiones que habíamos planteado, esto es la delimitación de lo que debe entenderse por “acto contrario a los deberes del cargo” tras la reforma efectuada por la LO 5/2010, de 22 de junio. En este punto, señala Olaizola Nogales⁽⁵⁰⁾ que la expresión “acto injusto” de la regulación anterior a la reforma y el “acto contrario” de la actual regulación deben entenderse como sinónimos. Compartiendo parcialmente este planteamiento, consideramos que en realidad el acto injusto es una clase de acto contrario pero que, en modo alguno, pueden identificarse ambos. Por el contrario, la fórmula otorgada por la LO 5/2010 implica una ampliación respecto de la contenida en la anterior regulación, de manera que acto contrario será tanto el acto delictivo, como el acto injusto, como cualquier otro del cual se pueda predicar una contradicción respecto de las normas establecidas al efecto⁽⁵¹⁾.

De este modo, señala Sánchez Tomás⁽⁵²⁾ que, dado que el principal deber de todo funcionario es el respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico, cualquier quebrantamiento de esta obligación de actuación conforme al mismo, ya sea ilícita penal, administrativa o civilmente, debe considerarse actuación contraria a los deberes del cargo. En este mismo sentido se manifiestan Morales Prats y Rodríguez Puerta⁽⁵³⁾ considerando que, dado que entre los deberes del cargo se encuentra el deber de respetar la legalidad y el resto de obligaciones determinadas normativamente, un comportamiento contrario a las mismas determinaría la concurrencia del acto contrario exigido por el art. 419 CP. Y también Pozuelo Pérez⁽⁵⁴⁾ considera que se tratan de aquellos casos en los que exista una contradicción material relevante con el ordenamiento jurídico, sin que sea suficiente una mera irregularidad formal o administrativa⁽⁵⁵⁾. Aún más

(50) OLAIZOLA NOGALES, “La regulación del delito de cohecho tras la LO 5/2010”, ob. cit., p. 744.

(51) NAVARRO CARDOSO, “Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa”, ob. cit., p. 22; SÁNCHEZ TOMÁS, “Cohecho”, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, vol. III, ob. cit., p. 403; RAMOS RUBIO, “Del delito de cohecho: mano «más» dura «todavía» contra la corrupción nacional e internacional (arts. 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 439 y 445)”, en: *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Quintero Olivares (dir.), Aranzadi, Pamplona 2010, p. 346.

(52) SÁNCHEZ TOMÁS, “Cohecho”, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, vol. III, ob. cit., p. 403.

(53) MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, ob. cit., p. 1729.

(54) POZUELO PÉREZ, “Los delitos contra la Administración Pública”, en *Estudios sobre las reformas del Código Penal*, Díaz-Maroto Villarejo (dir.), Civitas, Madrid, 2011, p. 588.

(55) En la misma línea, VIZUETA FERNÁNDEZ, “Delitos contra la Administración Pública II”, en: *Derecho Penal. Parte especial*, Romero Casabona/Sola Reche/Boldova Pasamar (coords.), Comares, 2016,

amplio resultaría el planteamiento sostenido por Ortiz De Urbina Gimeno,⁽⁵⁶⁾ quien sostiene que la configuración de un acto como contrario a los deberes del cargo no debe entenderse como vulneración de una norma concreta, sino que resultaría suficiente con la “infracción de principios constitucionales”.

Por el contrario, otro sector doctrinal, representado esencialmente por Olaizola Nogales⁽⁵⁷⁾ sostiene que debe mantenerse un concepto más restringido, dado que no considera que deba entenderse como acto contrario, o acto injusto dado que sostiene que son sinónimos, “todo acto que lesionara los deberes más genéricos como el deber de lealtad, de fidelidad, de secreto, de corrección, etc., porque esta idea suponía una ampliación del concepto de acto injusto al poderse considerar que cualquier aceptación de una dádiva para realizar un acto por parte del funcionario podría suponer un quebranto del deber de fidelidad”, y ello implicaría que no se pudiera distinguir entre el cohecho del art. 419 y el del 420 CP. Por su parte, la jurisprudencia consideraba que acto injusto, en relación con la anterior regulación, sería el contrario al debido, y se requería una contradicción que no fuera meramente formal, sino material y relevante para con el ordenamiento jurídico⁽⁵⁸⁾.

En relación con la nueva formulación que se contiene en el art. 419 CP tras la reforma del 2010, consideramos que es necesario realizar varias matizaciones, partiendo de considerar que de manera genérica debe entenderse por acto contrario aquellos que sean ilegales, esto es, que impliquen el quebrantamiento del ordenamiento jurídico, y también, de las concretas obligaciones respecto de ese funcionario determinadas normativamente; es decir, si el deber de todo funcionario es, entre otros, respetar la ley y actuar conforme a la legalidad que le afecta, toda actuación que suponga una contravención de esa obligación determinaría la existencia de un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo. Ello conlleva varias consecuencias:

- En primer lugar, dentro de estos actos ilícitos o ilegales que implican la contravención del ordenamiento jurídico, no solo están incluidos los actos administrativos o civiles como actos injustos, sino también aquellos que son constitutivos de delito por cuanto igualmente suponen una infracción, en este caso típica, del ordenamiento jurídico penal.

p. 702 considera que el acto debe ser constitutivo, al menos, de un ilícito administrativo; NAVARRO CARDOSO, “Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa”, ob. cit., p. 22.

(56) ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, ob. cit., p. 337.

(57) OLAIZOLA NOGALES, “La regulación del delito de cohecho tras la LO 5/2010”, ob. cit., p. 744.

(58) SSTs de 10 de junio de 2005, 6 de noviembre de 2002; SAP León de 30 de noviembre; SAP Madrid de 21 de febrero.

- En segundo lugar, para identificar claramente la naturaleza y contenido de los deberes que deben quebrantarse, es preciso analizar de manera independiente los actos discrecionales y los actos reglados, por cuanto la delimitación de las concretas obligaciones será diferente en cada uno de ellos.
- En tercer lugar, la realización de ese concreto acto contrario no implica que necesariamente deba tratarse de una acción, sino que se incluyen los supuestos de abstención y de retraso.

De este modo, podemos afirmar que no existe ningún tipo de inconveniente en considerar que los actos claramente ilegales; es decir, aquellos que, de manera directa, infringen la ley, ya sea penal, civil o administrativa, serían actos contrarios a los deberes inherentes al cargo del funcionario por cuanto el cumplimiento de la ley es un deber no solo genérico, sino también específico de todos los funcionarios. Es decir, fácilmente se podría afirmar esta cualidad respecto de aquellos actos con un contenido delictivo, y en relación con los actos reglados cuando el comportamiento del funcionario infringe la normativa al respecto; mayores problemas plantean, sin embargo, aquellos supuestos que se han dado en denominar actos injustos de manera amplia, y, sobre todo, en relación con los actos discrecionales, donde la capacidad de decisión del funcionario es mayor. En esta línea, afirma Sánchez Tomás⁽⁵⁹⁾ que la expresión “contrario a los deberes inherentes” “parece que, más allá de abarcar cualquier tipo de acto contrario al ordenamiento, incluyendo la desviación de poder, pretende ser trascendente y alcanzar también a actuaciones que, aun siendo conformes a derecho, resulten contrarias a deberes deontológicos no normalizados”. En nuestra opinión, una interpretación excesivamente amplia de lo que debe considerarse por acto contrario a los deberes del cargo podría llevar aparejada la confusión entre el acto contrario y el acto propio pero que se realice quebrantando algún deber genérico, como el de corrección o lealtad, por ejemplo al no seguir la tramitación de los expedientes por estricto orden de entrada en su departamento, beneficiando de este modo a un ciudadano que a cambio de una dádiva vería acelerada la resolución de su expediente.

Esta nueva redacción típica que contiene el art. 419 CP, determina que el eje central del comportamiento radica en una actuación contraria a los deberes del cargo, y a fin de determinar esta contrariedad o, dicho de otro modo, la injusticia del acto realizado, se ha recurrido por la doctrina a diversas soluciones. La primera de ellas, como señala COMES RAGA⁽⁶⁰⁾, se deriva de un

(59) SÁNCHEZ TOMÁS, “Cohecho”, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, vol. III, ob. cit., p. 403.

(60) COMES RAGA, “El acto del cargo en el delito de cohecho propio antecedente”, ob. cit., pp. 24 y ss.

planteamiento esencialmente formal de manera que un acto sería injusto o contrario por el simple hecho de que “un funcionario haya evidenciado su tendencia venal, con independencia del acto que realice”. Con ello se estaría tomando en consideración un planteamiento puramente subjetivista que centraría su existencia en la actuación contraria a los deberes genéricos de fidelidad, corrección e imparcialidad que se derivan de la propia condición de funcionario. En nuestra opinión, este planteamiento que adolece de excesivo formalismo, entendiendo como acto contrario las actuaciones que contravengan meros deberes deontológicos que pueden no estar siquiera positivizados, conllevaría una inmediata confusión entre las actuaciones contrarias, típicas del art. 419 CP, con los actos propios motivados por la existencia de una dádiva del art. 420 CP que conllevan un comportamiento poco ético o deontológico, pero que no suponen la vulneración de ningún deber del cargo ni la contradicción con la ley⁽⁶¹⁾. Es decir, la configuración como “acto contrario” y su injusticia no dependen de que el funcionario actúe motivado por una dádiva o ventaja, sino de que realice su actuación contraviniendo los deberes que le son propios.

Es por ello que, considera Comes Raga⁽⁶²⁾, la forma de poder distinguir los actos que configuran las distintas modalidades de cohecho previstas en el art. 419 y 420 CP, radica en el quebrantamiento o no de esos deberes del cargo. De este modo, la vulneración de los *deberes de carácter específico propios de su cargo o función* determinaría la realización de un delito de cohecho pasivo propio del art. 419 CP, mientras que el simple incumplimiento de deberes genéricos derivados de la propia condición de funcionario, como el deber de corrección, imparcialidad o fidelidad, configurarían, en principio, el injusto típico del cohecho pasivo impropio regulado en el art. 420 CP. No podemos admitir que se amplíe la noción del acto contrario como aquel que lesione los deberes genéricos del funcionario, sino solamente los que le son propios al cargo, ya que habrá deberes como el de fidelidad, de secreto, etc., que están intrínsecamente ligados a la función pública que siempre se lesionarán y sería de todo punto imposible diferenciar entre los cohechos pasivos propios del 419 o del 420 CP⁽⁶³⁾. Es preciso que la injusticia o contravención

(61) SÁNCHEZ TOMÁS, “Cohecho”, *Tratado de Derecho Penal español. Parte especial*, vol. III, ob. cit., p. 403; COMEZ RAGA, “El acto del cargo en el delito de cohecho pasivo propio antecedente”, ob. cit., pp. 25 y 26 que pone como ejemplo que con este planteamiento no se resolvería de manera adecuada el caso de un oficial de la Administración de Justicia que, mediando dádiva, conceda un mayor plazo al justiciable para que aporte ulteriores documentos sin alterar los plazos legalmente establecidos y perjudicar las expectativas del resto de justiciables.

(62) COMES RAGA, “El acto del cargo en el delito de cohecho propio antecedente”, ob. cit., pp. 26 y 27.

(63) OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, ob. cit., p. 285. Aunque hay doctrina que afirma que cualquier quebrantamiento del deber genérico del funcionario supondrá la realización de un acto injusto a efectos del delito de cohecho, algo que no podemos compartir, porque nos parece entender de manera

del deber esté determinada, es decir que se infrinja una norma jurídica concreta en la realización del acto.

Desde este planteamiento, los deberes específicos del cargo constituyen el núcleo esencial del injusto típico del art. 419 CP, de manera que la actuación del funcionario público con contravención de las normas del ordenamiento jurídico que los regulan, ya sean estas administrativas, penales o civiles, supondrán la concurrencia de un “acto contrario a los deberes inherentes a su cargo”⁽⁶⁴⁾.

Así, la contrariedad del acto debe entenderse como la infracción de la legalidad, entendiendo que ello se refiere a todas las ramas del ordenamiento jurídico, como del resto de obligaciones y deberes determinados normativamente, así como de los deberes específicos que en virtud de su cargo o función el funcionario tenga atribuidos. Indican Morales Prats y Rodríguez Puerta⁽⁶⁵⁾ que, para determinar si existe o no un acto contrario, será “suficiente con someterlo a un juicio de contraste con la legislación que se ocupa del sector

muy amplía el concepto de acto injusto también nos retrotraemos a todas las críticas que le hicimos al quebrantamiento del deber como bien jurídico. Aunque una amplia concepción del bien jurídico abarcará una amplia concepción de noción jurídica de acto injusto. Cfr. MARTÍNEZ PÉREZ, “Lo objetivo y subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios. (A propósito de la STS en el caso Barreiro)”, en *ADP* 1991, pp. 388 y 389. Crítica con esta postura del deber de confianza genérico se muestra también VALEIJE ÁLVAREZ, también en *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario*, ob. cit., pp. 212 y 213. También esta crítica al deber de confianza se le puede hacer a una tercera teoría para determinar la noción de injusticia que aparece en Alemania, en gran medida por la aportación de RUDOLPHI, denominada “teoría intermedia o de los deberes”, que mezcla las teorías subjetivas y objetivas. Partiendo de que existen leyes multivocas o la cuestión de la discrecionalidad, el autor afirma que la solución pasa por valorar también los estímulos, móviles o intereses tenidos en cuenta por el funcionario a la hora de dictar la resolución y si ellos son ajenos al Derecho, habrá injusticia; por lo tanto, aquellos funcionan como elementos subjetivos del injusto; pero además afirma que debe existir un examen de los medios y métodos científico-jurídicos utilizados por el sujeto activo. Entiende que habrá prevaricación (como tipo esencial del que parte la noción de acto injusto) cuando se desprecie, teniendo en cuenta el análisis de estos dos elementos, la solución más ajustada a Derecho. En: *Zum Wesen der Rechtsbeugung*, *ZStW* 1970, pp. 610 y ss.; y es aplicable la crítica, porque esta formulación crea una dicotomía objetivo-subjetiva que lleva a la teoría de los deberes, porque se prevaricaría siempre que se infringiera el deber que obliga al funcionario a decidir en interés de la verdad y en la búsqueda del Derecho. Aunque en el Derecho Penal alemán, esta teoría cobra sentido, porque el §332 StGB solamente es aplicable este tipo de cohecho para actos discrecionales cuando se pueda demostrar que el funcionario se ha dejado influir por la ventaja al tomar la decisión discrecional, y para ello utilizar la propuesta del citado autor es esencial, porque habrá que atender a la posible decisión injusta, valorándose los estímulos ajenos del funcionario diferentes a la objetividad. Existe una cuarta teoría en el Derecho Penal alemán que es la llamada teoría mixta en la que, junto a una objetiva injusticia en el comportamiento del funcionario, se precisa como elemento típico no escrito una tendencia subjetiva de contradecir el derecho. Estas no las analizaremos en profundidad, porque entendemos que no solucionan la problemática que se nos plantea en el caso y que tampoco podrían ser del todo punto aplicable en el Derecho Penal español por la redacción de los tipos penales y por el estricto cumplimiento del principio de legalidad, por lo que ninguna de ellas supuso la suficiente importancia para que la doctrina penal española se hiciera mayor eco de ellas más que su simple mención.

(64) OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, ob. cit., p. 284.

(65) MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, ob. cit., pp. 1729 y 1730.

de actividad, en particular, con aquellas normas administrativas que guardan relación directa con el acto ejecutado”, entendiendo que esta contradicción del acto, realizado por el funcionario, con el derecho o con los deberes inherentes a su cargo o función no debe centrarse en aspectos meramente formales, sino que resulta preciso demostrar que se trata de actuaciones materiales y relevantes para el ordenamiento jurídico, como serían las resoluciones de actos que presentan una contradicción entre su contenido y el ordenamiento jurídico, las que omiten requisitos y formalidades de carácter esencial o, incluso, aquellos que siendo accidentales o accesorias, sin embargo, han determinado una variación respecto de la decisión sobre el fondo del asunto⁽⁶⁶⁾.

En definitiva, la contrariedad a las disposiciones del ordenamiento jurídico y a los deberes inherentes a su concreto cargo o función determinan, como ya señalamos, el eje central de la aplicación del art. 419 CP, pero esta concreción de la contrariedad del acto que hemos expuesto desempeñará un importante papel según se trate de un acto reglado que de un acto discrecional.

En el caso de los *actos reglados*, esto es, aquellos que vienen específicamente determinados por una normativa que no permite margen de apreciación al funcionario, de manera que se trata de un supuesto de hecho expresamente regulado que conlleva una consecuencia y procedimiento determinados sin que exista margen alguno de libertad de decisión o de estimación⁽⁶⁷⁾; partiendo de esta concepción no resulta excesivamente complicada la identificación de que la actuación del funcionario público constituye un acto contrario, por cuanto será suficiente con comprobar que se ha producido el incumplimiento de las normas que rigen los mismos, esto es, de requisitos y exigencias materiales y relevantes para su conformación⁽⁶⁸⁾. Sin embargo, también hay que tener en consideración que, como señalábamos, resulta necesario que los requisitos o elementos que se incumplan en los actos reglados deben tener una relevancia suficiente como para desvirtuar el sentido del acto realizado, de manera que la

(66) MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, ob. cit., p. 1730; VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario*, ob. cit., pp. 215 a 217.

(67) COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas, Navarra 2018, pp. 370 y ss.; BARRERO RODRÍGUEZ, *Lecciones de Derecho Administrativo. Parte general*, volumen I, 4ª ed., Barrero Rodríguez/López Menudo/Escribano Collado, Tecnos, Madrid 2017, pp. 173 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA/RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, 18ª ed., Civitas, Navarra 2017, pp. 499 y ss.

(68) SÁNCHEZ TOMÁS, “Cohecho”, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, Tomo III, ob. cit., p. 403; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, ob. cit., p. 1730; OLAIZOLA NOGALES, “La regulación del delito de cohecho tras la LO 5/2010”, ob. cit., p. 744; NAVARRO CARDOSO, “Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa”, ob. cit., p. 22; VALEIJE ÁLVAREZ, *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, ob. cit., p. 1163.

interpretación del cumplimiento de estos requisitos también deberá ser objeto de valoración a la hora de determinar la contrariedad o no del acto realizado⁽⁶⁹⁾.

Mayores problemas se plantean, sin embargo, en relación con los *actos discrecionales*, esto es, aquellos en los cuales el ordenamiento jurídico y normativa aplicable permite un margen de decisión al funcionario vinculado con la posible satisfacción de otros intereses⁽⁷⁰⁾. En relación con estos actos, el deber básico del funcionario radica, como veremos, en actuar de manera no arbitraria, sin que se pueda confundir discrecionalidad, esto es capacidad de decisión sin sujeción absoluta a una norma concreta, con arbitrariedad, es decir resolución que carece de fundamento alguno⁽⁷¹⁾.

Señala Fernández Rodríguez⁽⁷²⁾ que el concepto de discrecionalidad debería conectarse con el principio constitucional de interdicción de los poderes públicos, dado que no puede compararse y afirmar que son similares una resolución que nazca por la mera voluntad o capricho de los administradores que una que cuente con mayor o menor respaldo de un fundamento o motivación que la sostenga. Ello implica que las decisiones discrecionales también estén sometidas a legalidad vigente, y, por ello, deben ser motivadas, y tiene que existir una necesidad de justificación objetiva, o, lo que es lo mismo, se debe justificar y probar que su existencia es necesaria para alcanzar un bien público y que está dentro de un ejercicio conforme a la legalidad.

A diferencia de lo que ocurre en el Derecho Penal alemán, donde el §332 StGB establece el castigo dentro del cohecho pasivo propio del acto discrecional, en nuestro Código Penal no se hace referencia al mismo, y ello determina la necesidad de analizar qué ocurre cuando un funcionario realiza un

(69) Así señala SÁNCHEZ TOMÁS, “Cohecho”, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, Tomo III, ob. cit., p. 404 que puede resultar relevante contrastar la actuación concreta del funcionario en relación con el acto reglado con otros precedentes, a fin de comprobar cuál era la pauta de actuación de la autoridad o funcionario, por cuanto puede existir y ser, conforme a derecho, cambios de parecer siempre que haya una justificación razonable para ello y que no resulte contraria a otra ya consagrada jurisprudencialmente. De este modo, hace mención de la STS de 2 de abril de 2009 que consideró que no era un acto ilícito la propuesta a un inspector de hacienda de que formulase un acto incluyendo determinadas bases imponibles negativas vivas de otros ejercicios para, así, concluir en una cuota a satisfacer inferior a la que derivaba de la propuesta inicial del funcionario, argumentando que no podría concluirse que la rebaja pretendida por los acusados no tuviera respaldo normativo.

(70) COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, ob. cit., pp. 377 y ss.; BARRERO RODRÍGUEZ, *Lecciones de Derecho Administrativo. Parte general. Volumen I*, ob. cit., pp. 173 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA/ RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, ob. cit., pp. 499 y 510 y ss.

(71) OLAIZOLA NOGALES, “La regulación del delito de cohecho tras la LO 5/2010”, ob. cit., p. 744; SÁNCHEZ TOMÁS, “Cohecho”, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, Tomo III, ob. cit., p. 403.

(72) Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, Madrid 1991, pp. 18 y ss.- 105 y ss.; el mismo, *De la arbitrariedad de la administración*, Civitas, Navarra 2008, pp. 99 y ss.

acto discrecional, es decir, en aquellos casos en los que, como hemos indicado, el funcionario pudiera tener, para la resolución de algún acto, capacidad de decidir entre dos o más alternativas de actuación, siendo correctas todas.

En relación con la delimitación de este concepto, la doctrina alemana, utilizando la teoría de la motivación de RUDOLPHI⁽⁷³⁾, considera el acto discrecional como injusto o contrario cuando la motivación del funcionario se derive de estímulos ajenos a la objetividad⁽⁷⁴⁾. En contra de este planteamiento, afirma, acertadamente RODRÍGUEZ RAMOS⁽⁷⁵⁾, que si la oferta o entrega de la dádiva o promesa (que constituiría la motivación de la actuación del funcionario) ya la tomamos en cuenta para catalogar la conducta como delito de cohecho, no se puede volver a tomar en consideración esta misma dádiva o promesa como el estímulo externo ajeno a la objetividad que determine la contrariedad o injusticia del acto discrecional⁽⁷⁶⁾. Sí podría calificarse el hecho como cohecho pasivo propio del 420 CP, por cuanto el acto discrecional y la motivación del mismo se deriva de la concurrencia de una dádiva o ventaja, pero en modo alguno constituiría el tipo de injusto del artículo 419 CP si el único criterio para determinar la contrariedad o injusticia del acto discrecional radica en la existencia de una dádiva o ventaja que configura la motivación del funcionario, por cuanto ello implicaría una vulneración del principio *ne bis in idem*.

Como ya hemos señalado, el concepto de discrecionalidad debía conectarse con el principio constitucional de interdicción de los poderes públicos, lo que conlleva que una resolución, del tipo que sea, debe necesariamente contar con el respaldo de un fundamento y motivación conforme a ley que lo sostenga; en consecuencia, tanto las decisiones correspondientes a actos reglados, como aquellas que son discrecionales están igualmente sometidas a la legalidad, deben ser motivadas y debe existir una necesidad de justificación objetiva, es decir, se debe demostrar la necesidad de la misma para alcanzar un bien público y además, justificar que su realización está conforme a la legalidad vigente⁽⁷⁷⁾; todas aquellas resoluciones de actos discrecionales

(73) Cfr. RUDOLPHI, *Zum Wesen der Rechtsbeugung*, ob. cit., pp. 613 y ss.

(74) En similar sentido Cfr. BAUMANN, *Zur Problematik der Bestechungstatbestände*, Recht und Wirtschaft, Heidelberg 1961, pp. 26 y ss.

(75) RODRÍGUEZ RAMOS, "Transfuguismo retribuido y cohecho", en: AP 22, 1994, pp. 442 y ss.

(76) En este mismo sentido, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, ob. cit., p. 1730 afirman que la sola motivación de lucro, que pudo llevar al funcionario a adoptar la decisión, no resulta suficiente para calificar el acto de contrario a los deberes o injusto, porque ello conduciría a anular las diferencias entre la modalidad de cohecho de los artículos 419 y 420, cuando el acto objeto de la transacción fuera discrecional.

(77) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, Madrid 1991, pp. 18 y ss.- 105 y ss. Para RODRÍGUEZ PUERTA, el criterio para valorar la injusticia en los actos discrecionales debe

que carezcan de esta motivación, fundamento y justificación serán arbitrarias, que no discrecionales.

Partiendo de este planteamiento, el paso siguiente es determinar en qué supuestos podría considerarse que un acto discrecional se convierte en arbitrario, y, en consecuencia, contrario a los deberes inherentes al cargo. A este respecto, señala Olaizola Nogales que, en relación con los actos discrecionales tanto en la regulación actual como en la anterior, será preciso analizar si, en el caso concreto, el funcionario que adopta una decisión o realiza un acto se ha desviado de la finalidad pública que lleva aparejada el mismo, de manera que en aquellos casos en los que resulte evidente que el funcionario “no se inspire en intereses generales o no persiga en el caso concreto el objetivo particular en virtud del cual tiene atribuido el poder en cuestión, o no respete los preceptos que impone la lógica o la imparcialidad, estará violando las reglas que disciplinan el ejercicio del poder discrecional y el acto será contrario a los deberes inherentes al de su cargo”⁽⁷⁸⁾; sobre esta base, considera que esta idea se puede mantener no solamente en las decisiones emanadas de la Administración Pública sino también en las que provienen del poder judicial o del ámbito político⁽⁷⁹⁾, siendo realmente lo relevante que la actuación sea indebida.

En relación con la interpretación de los actos discrecionales como “actos contrarios”, Morales Prats y Rodríguez Puerta⁽⁸⁰⁾ consideran que, para comprobar su adecuación al ordenamiento jurídico, será preciso recurrir a las técnicas de control de la actividad discrecional propias de la disciplina administrativa. A este respecto, señalaba Rodríguez Puerta⁽⁸¹⁾ que los criterios para identificar la injusticia o contrariedad de un acto discrecional se deben basar en el control de los hechos determinantes y en la posible contradicción del

ser únicamente los criterios objetivos a través de las técnicas de control de Derecho Administrativo, en: *El delito de cohecho*, ob. cit., p. 227.

(78) Cfr. OLAIZOLA NOGALES, “La regulación del delito de cohecho tras la LO 5/2010”, en: *Derecho Penal para un Estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, ob. cit., p. 744.

(79) Al contrario que OLAIZOLA NOGALES, que parece sostener que esta acepción se podía sostener también en relación con la regulación anterior a la reforma del 2010, sin embargo, RODRÍGUEZ PUERTA afirma que el cambio en el texto penal permite incluir como “acto contrario a los deberes inherentes al cargo”, también los actos de naturaleza política, ya que con la expresión “acto contrario a los deberes inherentes al cargo” quedan incluidas las decisiones de naturaleza política, en concreto haciendo referencia a los supuestos de “transfuguismo político retribuido”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, ob. cit., p. 468; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Urbanismo y corrupción política (una visión civil, penal y administrativa)*, Morillas Cuevas/ Suárez López, Dykinson, Madrid 2013, p. 553; SÁNCHEZ TOMÁS, “Cohecho”, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, tomo III, pp. 404 y 405; NAVARRO CARDOSO, “Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa”, ob. cit., pp. 22 y 23.

(80) MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, ob. cit., p. 1730.

(81) RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho*, ob. cit., pp. 226 y 227.

acto con los principios generales del derecho, de manera que “la comprobación de la adecuación del acto al fin determinado por el ordenamiento jurídico únicamente podrá realizarse analizando los datos objetivos presenten en la concreta resolución, comprobando la forma en que esta se adoptó, su adecuación al procedimiento legalmente establecido y la corrección de la motivación que debe necesariamente constar en esta clase de resoluciones”. Es decir, este planteamiento permitirá limitar los supuestos de arbitrariedad o desviación de poder a aquellos casos en los que la naturaleza de acto injusto o contrario se deriva de datos y elementos objetivos, y no de criterios absolutamente subjetivos o de la propia solicitud o aceptación de la ventaja o dádiva⁽⁸²⁾. Por ello, sostiene Pagliaro⁽⁸³⁾ que lo relevante no es que la dádiva o ventaja determine en el funcionario una concreta motivación de realización del acto, sino que el acto concreto para el cual se acepta el soborno, sea distinto de como hubiera sido sin que hubiera concurrido la contraprestación.

Es evidente que la contrariedad del acto, respecto de los deberes concretos del cargo, quedaría claramente determinada cuando la resolución o decisión discrecional aparece como irracional, inmotivada, contraria a la sana crítica o a las máximas de la experiencia, y, de igual modo, en los casos de desviación de poder, donde cuando el funcionario dispone de la facultad de elección entre varias posibilidades conformes a Derecho, opta por aquella que resulta contraria a los intereses generales y de la colectividad⁽⁸⁴⁾, por perseguirse una finalidad distinta a la prevista en la norma.

En definitiva, consideramos que, en los casos de actos discrecionales, aunque el funcionario público pueda elegir entre varias alternativas, siempre habrá de hacerlo conforme a las reglas del poder discrecional otorgado por la institución, es decir, sin que la decisión tomada suponga un abuso de poder o un desvío o uso torcido del mismo teniendo en cuenta la finalidad pública que debe regir el acto; en el caso contrario, actuando sin motivación del interés general y conforme a su capricho sin fundamentar su actuación, sería arbitraria. Por ello, resultará necesario determinar, en cada caso concreto, la valoración específica que permita identificar si la resolución adoptada por el funcionario responde a las reglas legítimas de los actos discrecionales o bien

(82) COMES RAGA, “El acto del cargo en el delito de cohecho pasivo propio antecedente”, ob. cit., p. 38, quien sostiene que debe reconocerse que un funcionario podría perseguir un objetivo puramente económico con la percepción de la dádiva y dictar una resolución objetivamente conforme a derecho. Como ya hemos indicado, ello podría suponer la concurrencia de un delito de cohecho pasivo impropio del art. 420 CP, pero no un injusto del 419 CP.

(83) PAGLIARO, “Corruzione per il compimento di atto discrezionale”, en: *Il Diritto penale fra norma e società, Scritti 1956-2008*, vol. IV, Milán 2008, pp. 53 y ss.

(84) RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho*, ob. cit., pp. 228 y 229.

se desvía de las mismas; como indica Sánchez Tomás⁽⁸⁵⁾, si el acto discrecional se ha apartado de las pautas de actuación fundadas en el interés general y precedentes, es preciso concluir que nos encontramos ante un acto contrario a los deberes inherentes del cargo.

En resumen, respecto de los actos discrecionales, consideramos que el funcionario que no actúe inspirado en los intereses generales o no persiga en el caso específico el objetivo particular concreto en virtud del cual le viene atribuido el poder de discrecionalidad, o no respete la imparcialidad lógica, estará vulnerando las reglas que disciplinan el ejercicio del poder discrecional y por tanto esa decisión discrecional se tornará injusta como “acto contrario a los deberes del cargo” y, en consecuencia, encuadrable dentro del artículo 419 CP. Por el contrario, cuando el funcionario se rija por los principios esenciales al poder discrecional que le ha sido otorgado y actúe velando por el fin e intereses públicos, el acto no será injusto o contrario, pero si lo tomase motivado por una contraprestación o dádiva estaríamos ante un supuesto del artículo 420 CP.

Este planteamiento que hemos expuesto, en relación con los actos discrecionales y la posibilidad de su configuración como acto contrario a derecho, permite dar solución a los problemas que, con anterioridad a la Reforma de 2010, se planteaban en relación con los casos del denominado *transfuguismo político retribuido*, es decir, aquellos casos en los que la decisión tomada por el funcionario o la autoridad pública tiene naturaleza política y el sentido de la misma viene motivado por la existencia de una contraprestación consistente en una ventaja o dádiva. Así, señalan Rodríguez Puerta y Morales Prats que serían, por ejemplo, aquellos casos en los que se realiza un acto de naturaleza política como votar a favor o en contra de una moción de censura, o de una modificación de un plan urbanístico, o cambiar de partido político, o abstenerse o votar en contra del partido político en el que están inscritos en la elección del presidente de una comunidad autónoma, provocando con ello que resulte elegido alguien del partido político contrario. El problema radicaba, antes de la Reforma de 2010, en si este tipo de comportamientos podrían o no ser configurados como acto injusto y, en consecuencia, aplicar el correspondiente delito de cohecho, dado que tal como afirmaban los autores mencionados “la actividad comprometida por el funcionario se convertía en injusta precisamente por estar causalmente conectada a la obtención de una ventaja”⁽⁸⁶⁾, de manera que si esa misma actividad (votar en contra de la

(85) SÁNCHEZ TOMÁS, “Cohecho”, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, Tomo III, p. 404.

(86) MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, ob. cit., p. 1728.

disciplina del voto del partido político, por no compartirla) se realizaba sin mediar la correspondiente contraprestación, no podría calificarse ni de injusta ni de contraria a derecho.

En esta misma línea, tras la reforma realizada por la LO 5/2010, de 22 de junio que elimina la referencia al “acto injusto”, utilizando la fórmula “contrario a los derechos inherentes a su cargo”, consideran Morales Prats y Rodríguez Puerta⁽⁸⁷⁾ que el problema quedaría solucionado, por cuanto los comportamientos analizados sí serían constitutivos claramente de un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo, por cuanto la decisión tomada se ha desviado del fin que la legitima a consecuencia de la existencia de una contraprestación, constituyendo en consecuencia un acto político arbitrario y contrario a los deberes de su cargo que podría incluirse en el art. 419 CP como modalidad más grave de cohecho⁽⁸⁸⁾.

No comparte, sin embargo, esta posición Sánchez Tomás,⁽⁸⁹⁾ por cuanto considera que los casos de incumplimiento de deberes deónticos y no normativos y aun aceptando la existencia de un mandato representativo como derecho subjetivo del representante político “resulta complejo que la mera ruptura de la disciplina de voto impuesta desde el grupo político, por más que pudiera ser contraria a la normativa que disciplina la adscripción de ese representante a su grupo político, pueda afirmarse, en sí misma y con independencia de su carácter remunerado, como contraria a los deberes del cargo”, y, por ello, considera que no podrían incluirse dentro de la figura prevista en el art. 419 CP, sino que constituirían supuestos de acto propio del cargo y sería aplicable todo lo más la modalidad prevista en el art. 420 CP⁽⁹⁰⁾.

(87) MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, ob. cit., pp. 1728 y 1729, quienes afirmaban la dificultad de esta calificación respecto de la regulación anterior al entender que en la actividad política el margen de actuación discrecional es mucho más amplio que en el resto de los empleados de la Administración Pública, y entienden que cuando se trata de un acto de naturaleza política, sea cual sea el acto adoptado (y su sentido), no podría ser calificado de injusto, dado que “si la decisión ha venido motivada por intereses privados (por ejemplo, porque se ha recibido una cantidad de dinero), el funcionario habrá actuado movido por fines ajenos o contrarios a los que legalmente justifican sus atribuciones- representar los intereses del partido político en nombre de quien actúan y de los electores a los que representa-, pero la resolución no perderá por tal circunstancia su objetiva sujeción a la legalidad”.

(88) En el mismo sentido, NAVARRO CARDOSO, “Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa”, ob. cit., p. 23.

(89) SÁNCHEZ TOMÁS, “Cohecho”, *Tratado de Derecho Penal, Parte especial*, Tomo III, ob. cit., pp. 404 y 405.

(90) También VIZUETA FERNÁNDEZ parece sostener este planteamiento al afirmar que sería un supuesto de cohecho del art. 420 CP el caso en que un concejal acepta la promesa de entrega de una cantidad de dinero a cambio de votar como alcalde a un candidato distinto al de su partido político, cfr. *Derecho Penal, Parte especial*, ob. cit., p. 704.

No obstante, la jurisprudencia en diversas resoluciones ha entendido que estamos ante conductas constitutivas de actos injustos y contrarios a los deberes inherentes a su cargo a las que sería aplicable el art. 419 CP, en tanto que supondrían una vulneración del principio de responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en tanto que los representantes políticos han aceptado unos deberes y compromisos con respecto de sus electores y partidos que no deben mutarse por motivos espurios y divergentes con los fines de interés social y generales pactados⁽⁹¹⁾.

Así, en realidad, con anterioridad a la reforma operada en 2010, la referencia que realizaba al Código Penal al acto injusto permitía encuadrar sin dificultades en los mismos, los casos de “transfuguismo político”. Sin embargo, tras la desaparición de ese concepto tras la reforma de 2010, será necesario determinar en cada caso si nos encontramos ante actos “contrarios a los deberes del cargo” del art. 419 CP, en tanto que con el mismo se contraviene alguna normativa o lo deberes que le son imputables al funcionario; mientras que, si solamente se puede demostrar que el acto va en contra de las reglas éticas o morales de regulación del sistema político que se trate, nos situaremos en un delito de cohecho pero del 420 CP.

2. Comportamientos omisivos: retrasar o no realizar

Con anterioridad a la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, los comportamientos omisivos por parte del funcionario o autoridad pública venían regulados diferenciándose en virtud del acto concreto que se omitiera; así, si el comportamiento del funcionario consistía en la realización de una omisión constitutiva de delito, se sancionaría conforme al art. 419 ACP; mientras que, si la “abstención”, omisión o no realización se refería a un acto de su cargo, sería de aplicación el tipo privilegiado contenido en el art. 421 ACP⁽⁹²⁾; de este modo, si bien los comportamientos omisivos eran equiparados a los activos en relación con las conductas más graves de cohecho, es decir, aquellas que conllevarán la realización de una acción u omisión constitutiva de

(91) Así, por ejemplo, la STS de 19 de diciembre de 2000, en relación con un soborno para que un concejal no votase en la sesión de constitución del Ayuntamiento al Candidato apoyado por su Grupo Político; la STS de 12 de diciembre de 2007, respecto del caso en que se ofreció dinero a un Concejal para que se abstuviera en una moción de censura a fin de evitar que esta saliera aprobada; la STS de 19 de mayo de 2011, referente al intento de soborno de un concejal para que votara a favor de la instalación de un campo de golf; STS de 19 de mayo de 2011, donde se condena por cohecho a un concejal por cambiar su voto en la aprobación de un proyecto urbanístico; STS de 4 de marzo de 2016, donde un concejal se abstiene en una votación para facilitar la aprobación de un plan urbanístico; STS de 7 de febrero de 2014, donde se soborna a un concejal para que vote de determinada forma en un pleno.

(92) Respecto de la regulación anterior a la reforma de 2010, vid. OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, ob. cit., pp. 293 y ss.; VALEJJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario público*, ob. cit., pp. 222 y ss.

delito; sin embargo, en el caso de un acto injusto, los comportamientos omisivos quedaban relegados a la aplicación del tipo privilegiado previsto en el art. 421 ACP⁽⁹³⁾. En consecuencia, la modalidad típica prevista en el art. 420 ACP, que sancionaba al funcionario que realizara un acto injusto, solo preveía una modalidad de comisión activa⁽⁹⁴⁾. Efectivamente, tal como señalaba Olai-zola Nogales⁽⁹⁵⁾, la regulación concreta del art. 420 ACP que hacía referencia a quien “ejecutare un acto”, impedía la posibilidad de admitir la inclusión de los comportamientos omisivos, de abstención o no realización del acto que debería realizar, y junto a ello, se establecía expresamente un tipo privilegiado cuando el funcionario “se abstuviera o dejara de realizar” un acto que debería hacer. Ello implicaba que, si de manera automática se consideraba que la omisión o no realización del acto propio del cargo constituía un supuesto de acto injusto sancionable en virtud del art. 420 ACP, dejaría vacío de contenido el art. 421 ACP⁽⁹⁶⁾.

En relación con esta regulación, la doctrina fue muy crítica por cuanto consideraba que tanto las conductas activas consistentes en la ejecución de un acto injusto como los comportamientos omisivos, que radican en la abstención o no realización del acto propio que se debe realizar, y con base en ello configuran un acto injusto del funcionario público, atentan de igual manera contra el correcto funcionamiento de la Administración Pública, por cuanto este se verá igualmente perturbado cuando la prestación a realizar a cambio de la dádiva o ventaja sea la realización de un acto contrario a los deberes de su cargo, como la omisión del que hubiera debido realizar⁽⁹⁷⁾. Es por ello

(93) Establecía el art. 421 ACP, previo a la modificación realizada por la LO 5/2010, que “cuando la dádiva solicitada, recibida o prometida tenga por objeto que la autoridad o funcionario público se abstenga de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo, las penas serán de multa del tanto al duplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años”.

(94) Así, indicaba el artículo 420 ACP que “la autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicite o reciba, por sí o por persona interpuesta, dádiva o promesa por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito, y lo ejecute, incurrirá en la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a nueve años, y de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años, si no llegara a ejecutarlo. En ambos casos se impondrá, además, la multa del tanto al triplo del valor de la dádiva”

(95) OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, ob. cit., p. 297.

(96) Obviamente, aplicando el tenor literal del art. 420 ACP que se refiere en exclusiva a la ejecución de un acto injusto, si entendemos que debe interpretarse de manera independiente la injusticia del acto y el comportamiento del funcionario, carecería de sentido que se afirmara que la omisión de un acto injusto debería ser típica; por el contrario, la discusión doctrinal radicaba en si la omisión del acto propio del cargo configuraba *per se*, como creemos, el acto injusto exigido por el art. 420 ACP, y en consecuencia este debería aplicarse, pero ello, como se ha señalado, dejaría vacío de contenido el tipo privilegiado previsto en el art. 421 ACP.

(97) OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, ob. cit., p. 298; la misma, “La regulación del delito de cohecho tras la LO 5/2010”, ob. cit., p. 745; COMES RAGA, “El acto del cargo en el delito de cohecho

que, como sostuvo Olaizola Nogales⁽⁹⁸⁾, debieran haberse equiparado ambos comportamientos, el activo y el omisivo, sin que ello hubiera sido óbice para restringir “los supuestos de omisión a aquellos casos en los que el funcionario tiene una competencia específica sobre ellos”; de este modo, además, se estaría equiparando la regulación de nuestro ordenamiento jurídico con la de nuestro entorno, como el ordenamiento italiano y el alemán que contienen previsiones expresas de tipificación de los comportamientos omisivos⁽⁹⁹⁾. En este punto, se consideraban equiparables el retraso en la realización de un acto y la abstención del mismo⁽¹⁰⁰⁾.

Ante esta situación, la reforma operada por la LO 5/2010, acertadamente en nuestra opinión, eliminó esta problemática, y adecuando nuestra legislación a la de los países de nuestro entorno, sanciona en el artículo 419 CP el compromiso del funcionario que consista en la realización de actos contrarios a los deberes inherentes al cargo, su no realización o al retraso de los mismos sancionándolos con idénticas penas. Esta opción legislativa ha sido bien recibida por la doctrina que considera que la equiparación de los comportamientos activos y omisivos, realizada por el legislador del 2010, resulta muy acertada, dado que debe valorarse de la misma forma, y, consecuentemente castigarse de la misma manera la conducta del funcionario que quebranta sus deberes por acción mediante la emisión de un acto o una resolución ilegal por resultar contraria a los deberes de su cargo, como quien los incumple por omisión, es decir, no realizando algún acto debido o absteniéndose de llevarlo a cabo, o bien retrasándolo de manera indebida⁽¹⁰¹⁾. En esta misma línea se pronunciaba el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de 2008, en el cual se afirmaba que, para corregir la incongruencia valorativa referida a las omisiones delictivas, manteniendo, no obstante, la estructura sistemática de los tipos de cohecho y establecer, en consecuencia,

pasivo propio antecedente”, ob. cit., p. 31; RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho...*, ob. cit., pp. 236 y ss.

(98) OLAIZOLA NOGALES, *EL delito de cohecho*, ob. cit., p. 298; en el mismo sentido, RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho*, ob. cit., pp. 236 y ss.

(99) En Italia, el art. 319 CPI que regula el cohecho pasivo recoge al lado de las conductas activas las conductas omisivas. Por su parte, el StGB recoge la omisión en el §§335. Ambos textos penales equiparán la ejecución de un acto con su omisión, aunque el texto italiano lo hace como ahora lo hace nuestro texto penal solamente en el cohecho del 419, mientras que el texto alemán lo extiende a todos los delitos de cohecho.

(100) OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, ob. cit., p. 296; RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho...*, ob. cit., p. 236; VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario*, ob. cit., p. 217.

(101) MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios al Código Penal español*, Tomo II, ob. cit., p. 1371; COMES RAGA, “El acto del cargo en el delito de cohecho pasivo propio antecedente”, ob. cit., p. 31; OLAIZOLA NOGALES, “La regulación del delito de cohecho tras la LO 5/2010”, ob. cit., p. 745; SÁNCHEZ TOMÁS, “Cohecho”, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, Tomo III, pp. 406 y 407.

una regulación correcta, era necesario trasladar al art. 419 CP las conductas consistentes en no realizar o retrasar injustificadamente un acto que debiera realizar el funcionario, con ello se conseguiría que las conductas omisivas consistentes en no realizar o retrasar injustificadamente un acto fueran consideradas en todo caso contrarias a los deberes del cargo, algo que el informe consideraba que era indiscutible y, a la vez, que la naturaleza delictiva o no de tales omisiones permitiera la imposición de una mayor o menor pena por la vía del concurso de delitos⁽¹⁰²⁾.

De este modo, en la actual regulación del delito de cohecho, junto con la tradicional e indiscutida conducta activa de realización de un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo, se incluyen otras dos modalidades de comportamientos: la *no realización* del acto que debería realizar y el *retraso injustificado* del mismo. El elemento central, por tanto, en ambos supuestos, viene constituido por la existencia de un deber de actuar derivado del cargo que se ostenta, y que, se verá infringido por la omisión, abstención o retraso injustificado de la actuación del funcionario.

La primera de las modalidades incluidas es la *no realización* del acto debido, que debe entenderse como omisión o falta de cumplimiento del mismo⁽¹⁰³⁾. Este comportamiento típico ya fue tradicionalmente equiparado a la “abstención” a la cual se refería la anterior regulación por el Tribunal Supremo que entendía la abstención como equivalente a la no realización del acto de manera que el funcionario público adoptase una posición pasiva respecto al asunto objeto del acuerdo⁽¹⁰⁴⁾. En definitiva, la descripción típica recogida en el art. 419 CP relativa a la no realización o no ejecución de un acto debido, esto es, aquel sobre el cual el sujeto tiene competencia y del cual se verifique una concreta exigencia de actuación, debe entenderse, no solo como la omisión de lo que debe realizar, sino también como abstención de llevarlo a cabo.

Esta concepción que acabamos de exponer dará lugar a dos cuestiones que es necesario poner de relieve. En primer lugar, a los denominados supuestos de “transfuguismo político remunerado” a los que ya hemos hecho referencia, y, en segundo lugar, a la problemática específica de tratamiento de aquellos casos en los que el funcionario simula la concurrencia de una eventual situación o competencia que no concurre realmente.

(102) Vid. Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de 2008.

(103) SÁNCHEZ TOMÁS, “Cohecho”, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, Tomo III, ob. cit., p. 407; COMES RAGA, “El acto del cargo en el delito de cohecho pasivo propio antecedente”, ob. cit., p. 32.

(104) Así, las SSTs de 17 de junio de 2010, de 22 de mayo de 2019, de 5 de febrero de 1996, de 30 de diciembre de 2013.

Tal como señalamos en el epígrafe anterior, al analizar la posibilidad de consideración de acto contrario a los deberes inherentes al cargo, los supuestos en los que un responsable político realiza un acto distinto a aquel que le correspondería en virtud de la responsabilidad y adscripción a un determinado partido político, motivado por la entrega o promesa de una ventaja o dádiva, originaba un debate doctrinal, aunque era aceptado por la doctrina mayoritaria⁽¹⁰⁵⁾. De este modo, se entendía que la realización de un acto positivo, votar (a favor o en contra), quebrantando los deberes inherentes a su cargo dado que su actuación se desviaba de la finalidad legítima que debía perseguir. Surge ahora el problema de si los comportamientos consistentes en abstenerse de realizar los mencionados actos, esto es, votar, a consecuencia de una promesa o dádiva, podrían configurar igualmente el ilícito previsto en el art. 419 CP.

En nuestra opinión, y dada la equiparación *ex lege* de los comportamientos activos y los comportamientos omisivos que se realiza en el precepto tras la reforma operada por la LO 5/2010, no existe *ab initio* inconveniente alguno para considerar aquellos casos de transfuguismo político remunerado que consistan en una abstención por parte del funcionario, como supuestos del art. 419 CP. Sin embargo, para ello entendemos que sería preciso que el comportamiento omisivo realizado por el representante político; es decir, la abstención en la correspondiente votación determine que el acto derive en un resultado radicalmente distinto al que debiera haberse producido caso de actuar conforme a sus deberes, porque solo de esta forma se estaría vulnerando el correcto funcionamiento de la Administración Pública⁽¹⁰⁶⁾.

La segunda de las cuestiones, a las que debemos hacer referencia en relación con la modalidad de *no realización* del acto debido, consiste en los casos en los que el funcionario simula la existencia de una situación fáctica para exigir la entrega de una ventaja o dádiva, pero que realmente no existe. Es el caso, como ponen de relieve Morales Prats y Rodríguez Puerta,⁽¹⁰⁷⁾ en los que el funcionario en cuestión simula la existencia de determinados datos, pruebas o situaciones que no se corresponden con la realizada, exigiendo al

(105) A favor se manifiestan, SÁNCHEZ TOMÁS, “Cohecho”, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, Tomo III, ob. cit., p. 407; COMES RAGA, “El acto del cargo en el delito de cohecho pasivo propio antecedente”, ob. cit., p. 32.

(106) Esta es la línea seguida por la jurisprudencia que sancionó en la STS de 12 de diciembre de 2007 como delito de cohecho (por realización de un acto injusto) el supuesto en el que se ofreció dinero a un concejal para que se abstuviera en una moción de censura a fin de evitar que esta saliera aprobada; aunque no se pudo demostrar, la abstención de Tamayo y Sáez hizo que Simancas perdiera la Comunidad de Madrid a favor de Aguirre, sobre la filtración de la revelación de secretos de llamadas telefónicas vid. Sentencia del Juzgado de lo penal de Madrid N° 22 de 17 de mayo de 2016.

(107) MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios al Código Penal español*, Tomo II, ob. cit., pp. 1371 y 1372.

particular la entrega de una ventaja o dádiva a fin de obviarlas o eliminarlas. En concreto, señalan estos dos autores dos ejemplos: el de un juez que simula tener pruebas sobre la comisión de un delito exigiendo al particular la entrega de una dádiva a cambio de archivar o sobreseer la causa, y el caso de un inspector de hacienda que simula la existen de irregularidades tributarias con la misma finalidad. El elemento nuclear que identifica ambos supuestos es que el acto que el funcionario público (el juez o el inspector de hacienda) se compromete a realizar se trata en realidad de un acto justo y lícito (el archivo o sobreseimiento de la causa en tanto no existen pruebas reales contra el procesado, o el acta de conformidad del inspector de hacienda dado que no concurre irregularidad tributaria alguna); o dicho de otro modo, con o sin existencia de contraprestación por parte del particular, el funcionario público realiza el acto que debe realizar, esto es, un acto justo, y la realización del mismo no viene motivada por la existencia de la ventaja o dádiva que permitiría imputarle un delito de cohecho del art. 420 CP. Efectivamente, la entrega de la dádiva o ventaja, en este caso, no va encaminada a la realización del acto justo, sino a la teórica realización de un acto contrario a los deberes del cargo que en realidad no es tal. Es evidente que el comportamiento engañoso, llevado a cabo por el funcionario público, esto es, la simulación de una situación que no existe, tiene incidencia en el actuar del particular que realiza una disposición patrimonial derivada causalmente del engaño llevado a cabo por el funcionario, pero carece de incidencia respecto de las modalidades de cohecho pasivo, propio por cuanto la dádiva o ventaja no constituyen la motivación de la realización del acto. En estos casos, consideramos, tal como señalan Morales Prats y Rodríguez Puerta⁽¹⁰⁸⁾, debería recurrirse al art. 438 CP, en relación con el delito de estafa previsto en el art. 248 CP, lo que conllevaría la exclusión de la sanción del particular que entrega la contraprestación por cuanto sería víctima del engaño y no autor del delito⁽¹⁰⁹⁾.

La segunda de las modalidades omisivas que incluye la reforma de 2010 en el art. 419 CP es la del *retraso injustificado*⁽¹¹⁰⁾ en la realización del acto o

(108) MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios al Código Penal español*, Tomo II, ob. cit., p. 1372.

(109) Es por ello que algunos autores consideran que lo correcto sería incluir, entre los delitos contra la Administración Pública, el delito de concusión en el que se incriminaría la conducta del funcionario que, con abuso de su cargo o mediante engaño, indujera o compeliere a un particular a entregarle una ventaja por la realización de un acto propio del cargo, cfr. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios al Código Penal español*, Tomo II, ob. cit., p. 1372; sobre el delito de concusión, VALEIJE ÁLVAREZ, “Aspectos problemáticos del delito de concusión (diferencias con el delito de cohecho)”, *Revista General del Derecho*, 1994; ALONSO ALAMO, “Problemas político legislativos del delito de concusión”, en: *Estudios Penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela 1989.

(110) El retraso injustificado ya era considerado como supuesto de acto injusto en relación con la regulación anterior a 2010, así, SSTS 6 de noviembre de 2002: SAP de Málaga de 9 de mayo de 2013; SAP de

trámites administrativos. Así, se trataría de un cumplimiento tardío y malicioso del acto o trámite con una completa dilación y desprecio por los plazos legalmente establecidos al respecto⁽¹¹¹⁾, entendiendo que debe exigirse un comportamiento malicioso, intencionado y doloso que sea superior a una mera falta de diligencia en la actuación y cumplimiento de las obligaciones y funciones del funcionario. En consecuencia, nos encontramos ante supuestos en los que el funcionario público incumple, de manera intencionada, los plazos de tramitación establecidos legalmente, motivado por la existencia de una dádiva o ventaja. Y dentro de estos supuestos de retraso pueden incluirse no solo aquellos en los que se infringen los plazos perentorios del concreto acto administrativo establecidos normativamente, sino también aquellas dilaciones o retardos que se deriven de una alteración de las reglas de priorización u ordenación temporal expresamente establecidas en el Departamento o sección concreta⁽¹¹²⁾.

Este planteamiento lleva a Morales Prats y Rodríguez Puerta⁽¹¹³⁾ a considerar que también deben incluirse los supuestos de *aceleración de trámites administrativos*, entendiendo que “resulta injusta o contraria a los deberes del cargo, la actuación del funcionario que, a cambio de una ventaja, acelera un expediente, pues en tal caso se provoca, al fin y al cabo, el retraso de otros asuntos administrativos que se ven injustamente perjudicados por vía indirecta”.

Opinión que efectivamente compartimos, porque, si bien ese adelantamiento no genera la no prestación del servicio para otros administrados, sí podría conllevar un efectivo retraso ocasionado por la motivación parcial del funcionario en el sentido de acelerar otros asuntos, y que determinará que se retrase en el tiempo la resolución de la petición del mismo.

III. COHECHO PASIVO PROPIO DEL ARTÍCULO 420 CP: ACTO PROPIO DEL CARGO

Tal como señalamos, tras la reforma del año 2010, las modalidades de cohecho pasivo propio antecedente, esto es, aquel cometido por el funcionario público que conllevaba la realización de una prestación administrativa por

Ourense de 7 de noviembre de 2012; STSJ Andalucía de 31 de marzo de 2014; STSJ de Murcia de 1 de marzo de 2012; SAP de Sevilla de 23 de diciembre de 2013.

(111) COMES RAGA, “El acto del cargo en el delito de cohecho pasivo propio antecedente”, ob. cit., p. 32; SÁNCHEZ TOMÁS, “Cohecho”, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, tomo III, ob. cit., p. 418; ROMEO CASABONA, *Derecho Penal. Parte especial*, ob. cit., p. 702; ORTS BERENGUER, *Derecho Penal. Parte especial*, ob. cit., p. 661; ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, ob. cit., p. 366.

(112) SÁNCHEZ TOMÁS, “Cohecho”, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, Tomo III, ob. cit., p. 407.

(113) MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios al Código Penal español*, Tomo II, p. 1733.

parte del mismo motivada por una previa promesa, solicitud o entrega de una dádiva o ventaja, se podían diferenciar en virtud de la clase de acto o prestación que debía realizar el funcionario, bien un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo (art. 419 CP), o bien un acto propio de su cargo (art. 420 CP); de este modo, como veremos, el art. 420 quedaría configurado como un *tipo residual o de recogida* donde tendrían cabida todos aquellos actos realizados por un funcionario público que bien no contravinieran o bien no se pudiera probar que infringían los deberes propios de su cargo⁽¹¹⁴⁾.

De modo similar a como ocurría en relación con la figura delictiva en el art. 419 CP en el comportamiento típico recogido en el art. 420, se exige también la existencia de una relación bilateral sinalagmática entre dos sujetos, mediante la cual, uno de ellos realizaba una prestación de carácter administrativo (el funcionario) que se encuentra bajo su ámbito competencial, a causa o motivada por una contraprestación (la dádiva o ventaja) ofrecida o entregada por el particular.

Así, la propia descripción típica contenida en el art. 420 CP nos permite afirmar que comparte con el precepto precedente una serie de elementos comunes (conducta típica, naturaleza, sujetos, etc.). Sin embargo, existe una clara diferencia entre ambos preceptos que se deriva del tipo de acto administrativo que dentro de esa relación debe realizar el funcionario público, lo que le convierte en el elemento diferenciador entre ambas modalidades de cohecho pasivo propio antecedente, y que, en relación con la actual regulación del art. 420 CP, este debe ser un *acto propio de su cargo*.

Con anterioridad a la reforma realizada por la LO 5/2010, se diferenciaba entre “acto propio de su cargo” (art. 425.1 ACP), y “acto no prohibido legalmente” (art. 426 ACP). Esta distinción, sostenida en la anterior regulación, dio lugar a una discusión doctrinal tanto antes como después de la reforma, en relación a delimitar cada uno de los actos descritos o bien determinar si se trataba en realidad de dos categorías similares pero que habían sido incorporadas en distintos preceptos, lo que podría llevar a una infracción del principio de proporcionalidad dadas las distintas consecuencias penológicas que implicaban cada una de ellas. Según establece Navarro Cardoso⁽¹¹⁵⁾, se podrían

(114) MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios al Código Penal español*, Tomo II, pp. 1378 y 1379; SÁNCHEZ TOMÁS, “Cohecho”, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, Tomo III, ob. cit., p. 407.

(115) NAVARRO CARDOSO, “Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa”, ob. cit., pp. 23 y 24; OLAI-ZOLA NOGALES. “La regulación del delito de cohecho tras las LO 5/2010”, ob. cit., pp. 749 y 750. Ampliamente sobre estas teorías, OLAI-ZOLA NOGALES, “Los delitos contra la Administración Pública”, en: *Nuevas tendencias en Política Criminal*, MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), BdeF, 2006, pp. 376 y ss.

diferenciar cuatro planteamientos esencialmente anteriores a la reforma. Por una parte, Díaz y García Conlledo sostenía que la diferencia entre ambos conceptos radicaría en el ámbito competencial del funcionario, de manera que los actos no prohibidos legalmente (art. 426 ACP) serían actos lícitos pero que no son propios, esto es, no están comprendidos en la esfera competencial del funcionario; mientras que el art. 425 ACP quedaría reservado para los actos propio (esto es, aquellos que se encuentran dentro de sus competencias) y que fueran justos y lícitos pero motivados por la existencia de dádiva o ventaja⁽¹¹⁶⁾. Una opinión diversa sostiene Orts Berenguer y Valeije Álvarez, quienes consideran que la diferencia radica en la distinta entidad e importancia del acto en cuestión; si se trata de un acto de naturaleza jurídica, estaríamos ante un supuesto del art. 425.1 ACP; mientras que si se trata de actos de naturaleza material o “manual” que auxilian y apoyan el ejercicio de las funciones del órgano administrativo, constituirían un delito del art. 426 ACP⁽¹¹⁷⁾. En tercer lugar, Morales Prats y Rodríguez Puerta incluían dentro del art. 425.1 ACP los casos en los que existiera un error sobre el carácter de injusto del acto realizado, por ejemplo, porque el funcionario ignora la ilicitud del mismo o bien porque cree erróneamente que es justo, así como los actos de naturaleza discrecional que fueran ajustados a derecho; mientras que en el artículo 426 ACP encajarían los actos reglados⁽¹¹⁸⁾. Un planteamiento radicalmente contrario sostenía Castro Moreno al entender que el art. 425.1 ACP recogía no solo actos justos, sino también actos injustos, mientras que en el art. 426 ACP solo se incorporaban actos ajenos a su competencia⁽¹¹⁹⁾.

Tras la reforma realizada por la LO 5/2010, tal como señala Vázquez-Portomeñe Seijas⁽¹²⁰⁾, la mayor parte de estos planteamientos han dejado de ser sostenibles, dado que la actual redacción del art. 420 CP en el que solo se hace referencia a que la prestación realizada por el funcionario en el acuerdo corrupto sea un “acto propio del cargo”. De este modo, el legislador de 2010 ha unificado en un único tipo legal todos aquellos supuestos en los que la relación sinalagmática entre el particular y el funcionario deriva en la realización de un acto legal, siempre que este se ejecute dentro de su ámbito competencial, bastando con que el mismo sea genérico. Esta necesidad de competencia

(116) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “El delito de cohecho”, en *Delitos contra la Administración Pública*, ASÚA BATARRITA (dir.), ob. cit., p. 166.

(117) ORTS BERENGUER/VALEIJE ÁLVAREZ, en: *Comentarios al Código Penal de 1995*, VIVES ANTÓN (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia 1996, p. 1839.

(118) MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, ob. cit., pp. 1641 y ss.

(119) CASTRO MORENO, “La nueva modalidad de cohecho por actos propios de cargo del art. 425.1 del Código Penal: problemas de distinción con otras figuras”, *Actualidad Penal*, N° 2, 2002, pp. 9 y ss.

(120) VAZQUEZ-PORTOÑEME SEIJAS, “Sobre el cohecho por “actos propios del cargo” y sus relaciones con el delito de exacciones ilegales”, *Cuadernos de Política Criminal*, N° 116, 2015, p. 131.

genérica del funcionario respecto del acto a realizar excluye la posibilidad de que puedan incluirse dentro de esta modalidad de cohecho los actos absolutamente extraños y ajenos a su ámbito competencial⁽¹²¹⁾. En definitiva, la regulación actual del art. 420 CP determina que nos encontramos ante cualquier tipo de actos lícitos realizados por el funcionario público, entendiendo por tales aquellos que se adecúan tanto a la normativa como a los deberes inherentes al cargo de funcionario⁽¹²²⁾.

Sobre esta base, serían aplicables las consideraciones realizadas *supra* respecto del concepto de “acto del cargo” y de “acto propio del cargo”. Así, tal como señalamos, el concepto de acto de cargo válido a efectos penales parte de la actuación del funcionario público en el ejercicio de sus funciones, esto es, aquellos que se encuentren relacionados con el cargo de funcionario; o lo que es lo mismo, se trata de aquellas actuaciones que realiza el funcionario dentro de su ámbito competencial. El problema pasa entonces a delimitar el alcance concreto de la competencia o funciones a las que se refiere el concepto de acto del cargo que se emplea en el art. 420 CP. A este respecto, como ya indicamos, en nuestra opinión estaríamos ante un concepto funcional que incluye todos aquellos actos que el funcionario o autoridad pública puedan desarrollar en el ejercicio de sus cargos o funciones, no quedando estas restringidas a las concretas y específicas del puesto que ocupa, sino que abarca también las competencias genéricas que se derivan de su condición de funcionario.

En conclusión, consideramos que acto del cargo sería aquel que establece una relación funcional entre el acto y el funcionario que lo ejecuta en virtud de las competencias tanto genéricas como específicas que en razón de su condición y cargo le son atribuidas. Y sobre esta base tienen cabida, al igual que ocurría respecto del art. 419 CP, tanto los actos discrecionales como los actos reglados⁽¹²³⁾. Y así, compartimos la opinión de COMES

(121) NAVARRO CARDOSO, “Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa”, ob. cit., p. 24; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, “Sobre el cohecho por «actos propios del cargo» y sus relaciones con el delito de exacciones ilegales”, ob. cit., pp. 133 y 134.

(122) En esta línea señala VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, “Política criminal del cohecho impropio: presupuestos para su reforma en el Código Penal español”, *La Ley*, N° 8526, 2015, p. 1, que al amparo de la nueva regulación no cabría distinguir entre actos propios del cargo y actos no prohibidos legalmente, por cuanto ambos reúnen la condición de lícitos. No compartimos este planteamiento, por cuanto entendemos que el acto al que se refiere el art. 420 necesariamente tiene que ser un acto propio del cargo, de modo que solo aquellos actos que tengan una relación funcional de competencia, aunque sea genérica, con el funcionario podrán considerarse como elemento típico del delito de cohecho del art. 420 CP.

(123) NAVARRO CARDOSO, “Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa”, ob. cit., p. 25; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, “Política criminal del cohecho impropio”, ob. cit., p. 1; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios al Código Penal español*, Tomo II, ob. cit., p. 1370; OLAIZOLA NOGALES, “La regulación del delito de cohecho tras la LO 5/2010”, ob. cit., p. 750, aun no estando de acuerdo con el incremento de pena que supuso y que venía provocada por la recomendación VII del

RAGA⁽¹²⁴⁾, quien afirma que la distinción entre las dos modalidades de cohecho contenidas en los arts. 419 y 420 CP no se deriva de la concurrencia de una actividad reglada o discrecional, por cuanto las dos admiten este tipo de actos, sino de la contrariedad o conformidad de la actividad realizada a los deberes del cargo del funcionario.

De este modo, dentro del art. 420 CP podrán incluirse los comportamientos realizados por el funcionario público que se adopten, conforme a las normas que regulan este tipo de actos y conforme a sus deberes. El desvalor del injusto del art. 420 CP no radica en la realización por parte del funcionario de un acto ilegal o indebido, sino en que el acto justo y lícito se lleva a cabo motivado por la existencia de una contraprestación consistente en la promesa o entrega de una dádiva o ventaja. O lo que es lo mismo, el núcleo esencial del desvalor del injusto típico radica en la existencia de una relación sinalagmática entre particular y funcionario que constituye la motivación de la actuación del funcionario afectando con ello al correcto funcionamiento de la Administración Pública, dado que se prescinde en la actuación del funcionario de los principios básicos inspiradores de su actuación siendo estos sustituidos por la motivación corrupta de la dádiva o ventaja.

Así, en concreto, respecto de los actos discrecionales, donde los funcionarios públicos gozan de un margen más amplio de actuación al poder optar por distintas soluciones sin contrariar con ello la legalidad, su deber básico radica, como ya señalamos, en actuar de manera no arbitraria, cumpliendo las reglas del poder discrecional que se le ha otorgado, con una decisión fundamentada y motivada y sin que responda a un abuso de poder o un desvío o uso torcido del mismo teniendo en cuenta la finalidad pública que debe regir el acto. De este modo, el funcionario que no actúe inspirado en los intereses generales o no persiga en el caso específico el objetivo y finalidad particular en virtud de la cual le viene atribuido el poder de discrecionalidad o bien no respete la imparcialidad que es propia a sus actuaciones, estará vulnerando las reglas que disciplinan el ejercicio de su poder discrecional y, en consecuencia, estará realizando un acto contrario a los deberes de su cargo encuadrable en el art. 419 CP; por el contrario, en aquellos supuestos en los que el funcionario público actúe guiado por los principios esenciales del poder discrecional que ostenta y vale por el fin o interés público, el acto será justo y legal, pero al estar motivada la realización del mismo por una contraprestación o dádiva se perfeccionaría el injusto típico del art. 420 CP, por cuanto en la actuación

Informe Greco que indicaba que era necesario el incremento de las penas de los delitos de cohecho con el fin de hacer posible la extradición.

(124) COMES RAGA, “El acto del cargo en el delito de cohecho pasivo propio antecedente”, ob. cit., p. 37.

del funcionario incidirían intereses ajenos a los público, como sería por ejemplo el ánimo de lucro⁽¹²⁵⁾.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO ÁLAMO, “Problemas político legislativos del delito de concusión”, en: *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela 1989.
- ASÚA BATARRITA, “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria”, en: *Delitos contra la Administración Pública*, Asúa Batarrita (coord.), Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 1997.
- BACIGALUPO ZAPATER, “Sobre la reforma de los delitos de los funcionarios”, en: *Documentación Jurídica* 37/40 1983, vol. 1.
- BARRERO RODRÍGUEZ, *Lecciones de Derecho Administrativo. Parte general*. Vol. I, 4ª ed., Barrero Rodríguez/López Menudo/Escribano Collado, Tecnos, Madrid 2017.
- BAUMANN, *Zur Problematik der Bestechungstatbestände*, Recht und Wirtschaft, Heidelberg 1961.
- CASTRO CUENCA, “Delitos contra la Administración Pública y lucha contra la corrupción en la reforma al Código Penal español”, en: *La reforma penal de 2010*, Zúñiga/Gorjón/Fernández (coord.), Ratio Legis, Salamanca 2011.
- CASTRO MORENO, “La nueva modalidad de cohecho por actos propios de cargo del art. 425.1 del Código Penal: problemas de distinción con otras figuras”, *Actualidad Penal*, Nº 2, 2002.
- CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (doctrina y jurisprudencia)*, Barcelona 1999.

(125) COMES RAGA, “El acto del cargo en el delito de cohecho pasivo propio antecedente”, ob. cit., pp. 37 y 38; VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, “Sobre el cohecho por “actos propios del cargo” y sus relaciones con el delito de exacciones ilegales”, ob. cit., pp. 153 y ss., quien sostiene que los actos discrecionales deberían conllevar mayor pena dado que el ciudadano se encuentra en una situación de mayor desprotección que se deriva el mayor margen de decisión con el que cuenta el funcionario público a diferencia de los actos reglados.

- COMES RAGA, “El acto del cargo en el delito de cohecho pasivo propio antecedente”, *Revista General del Derecho Penal*, Nº 22, 2014.
- CÓRDOBA RODA, “El cohecho de funcionarios públicos”, en: *Estudios Jurídicos en honor al profesor Octavio Pérez Vitoria*, CÓRDOBA RODA/MIR PUIG/QUINTERO OLIVARES, Tomo I, Bosch, Barcelona 1983.
- COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas, Navarra 2018.
- DE LA MATA BARRANCO, *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*, Comares, Granada 2004.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “Corrupción y delitos contra la Administración Pública. Insuficiencias y límites del Derecho Penal en la lucha contra la corrupción: el ejemplo español”, *Revista de Derecho* Nº 7, 2004.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “El delito de tráfico de influencias”, en: *Delitos contra la Administración Pública*, Asúa Batarrita (coord.), Instituto vasco de Administración Pública, Bilbao 1997.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, Madrid 1991.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad de la administración*, Civitas, Navarra 2008.
- GARCÍA ARROYO, “La dudosa legitimación jurídico penal del delito de cohecho impropio o en consideración al cargo”, *Revista General de Derecho Penal*, www.iustel.com, Nº 35, 2021.
- GARCÍA ARROYO, *El delito de cohecho subsiguiente*, Tirant lo Blanch, Valencia 2020.
- GARCÍA ARROYO, *Los delitos de cohecho antecedente*, Aranzadi, Navarra 2021.
- GARCÍA DE ENTERRÍA/ RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, 18ª ed., Civitas, Navarra 2017.
- GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Thomson, Madrid 2017.

- GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Los actos administrativos*, Madrid 1991.
- GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I. Parte general*, 13ª ed., Tecnos, Madrid 2002.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Parte general*, 2ª ed., Civitas, Navarra 2012.
- GREEN, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría de los delitos de cuello blanco*, traducción de Agustina Sanllehí, Amorós Bas y Ortiz de Urbina Gimeno, Marcial Pons Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo 2013.
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, Tomo IV, 2ª ed., Hermanos Esteban, Salamanca 1912.
- JAREÑO LEAL, *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, Iustel, Madrid 2011.
- KINDHÄUSER, “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía, y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán”, traducido por García Caverro, *Política Criminal*, N° 3, 2007, A1.
- MARTÍNEZ PÉREZ, “Lo objetivo y subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios. (A propósito de la STS en el caso Barreiro)”, *ADP* 1991.
- MIR PUIG, “El delito de cohecho en la reforma del Código Penal”, *La Ley*, N° 7603, 2011.
- MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, “Del cohecho”, en: *Comentarios al Código Penal español*, Tomo II, Quintero Olivares (dir.), Morales Prats (coord.), 7ª ed., Aranzadi, 2016.
- MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la Parte especial de Derecho Penal*, 10ª ed., Quintero Olivares (dir.), Morales Prats (coord.), 2016.
- MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, 22º ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2019.
- NAVARRO CARDOSO, “Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa”, *RECPC*, 18-25 (2016).

- NIETO MARTÍN, en: *Nociones fundamentales de Derecho Penal, Parte especial*, Vol. II, Tecnos, 2019.
- OLAIZOLA NOGALES, “La regulación del delito de cohecho tras la LO 5/2010”, en: *Derecho Penal para un Estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, Maqueda Abreu/Martín Lorenzo/Ventura Püschel, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense Madrid, Madrid 2016.
- OLAIZOLA NOGALES, “Los delitos contra la Administración Pública”, en: *Nuevas tendencias en Política Criminal*, Mir Puig/Corcoy Bidasolo (dir.), BdeF, 2006.
- OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.
- OLIVER, “Aproximación al delito de cohecho”, *REJ- Revista de Estudios de la Justicia*, Nº 5, año 2004.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Delitos contra la Administración Pública”, en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, 4ª ed., Silva Sánchez (dir.), Atelier, Barcelona 2015.
- ORTS BERENGUER/VALEIJE ÁLVAREZ, en: *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vives Antón (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia 1996.
- PAGLIARO, “Corruzione per il compimento di atto discrezionale”, en: *Il Diritto penale fra norma e società, Scritti 1956-2008*, Vol. IV, Milán 2008.
- PÉREZ FERRER, “Algunas reflexiones sobre el fenómeno de la corrupción y su extensión al ámbito punitivo”, en: *Urbanismo y corrupción política (una visión penal, civil y administrativa)*, Morillas Cueva (dir.), Dykinson, Madrid 2013.
- POZUELO PÉREZ, “Los delitos contra la Administración Pública”, en *Estudios sobre las reformas del Código Penal*, Díaz-Maroto Villarejo (dir.), Civitas, Madrid 2011.
- RAMOS RUBIO, “Del delito de cohecho: mano “más” dura “todavía” contra la corrupción nacional e internacional (arts. 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 439 y 445)”, en *La*

reforma penal de 2010: Análisis y comentarios, Quintero Olivares (dir.), Aranzadi, Pamplona 2010.

- RAMOS TAPIA, *El delito de prevaricación judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000.
- RODRÍGUEZ COLLAO, “Delimitación del concepto penal de corrupción”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXV (2004).
- RODRÍGUEZ PUERTA, “Modificaciones en materia de cohecho”, en: *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Álvarez García/González Cussac (dir.), Valencia 2010.
- RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Aranzadi, Pamplona 1999.
- RODRÍGUEZ RAMOS, “Transfuguismo retribuido y cohecho”, *AP* 22, 1994.
- RUDOLPHI, “Zum Wesen der Rechtsbeugung”, *ZStW*, 1970.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Urbanismo y corrupción política (una visión civil, penal y administrativa)*, Morillas Cuevas/ Suárez López, Dykinson, Madrid 2013.
- SÁNCHEZ BERNAL, “Delincuencia de los poderosos y cohecho. Modificaciones previstas en el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal de 2013”, en: *El proyecto de reforma del Código Penal de 2013, a debate*, Pérez Cepeda (dir.), Ratio Legis, Salamanca 2014.
- SÁNCHEZ TOMÁS, “Cohecho”, *Tratado de Derecho Penal español. Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Álvarez García (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia 2013.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, “Delitos de funcionarios, aproximación a su parte general”, *Revista Canaria de Ciencias penales* 3, 1999.
- SANZ MULAS, “Criminalidad de los poderosos e impunidad la evidente falta de voluntad política en la lucha contra la corrupción”, en: *Blanqueo de capitales y corrupción: interacciones para su erradicación desde el derecho internacional y los sistemas nacionales*,

Pastor Palomar/Jiménez García/ Ropero Carrasco (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, Navarra 2017.

- SCHÖNKE/SCHRÖDER (Eser, Perron, Sternberg-Lieben, Eisele), *StGB*, 30ª Auflage, München C.H. Beck, 2019.
- STEIN Y DEITER en DEITERS/ HOYER/ JÄAGER/ ROGALL/ SCHALL/ SINN/ STEIN/ WOLTER/ WOLTERS/ ZÖLLER (des von Rudolphi, Horn, Samson, Werkes), *SK-StGB Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band VI §§303-358 StGB, StGB, 9. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln 2016.
- SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco*, traducido por Rosa del Olmo, Ediciones de la Biblioteca de la Universidad Central de Venezuela, Caracas 1969.
- VALEIJE ÁLVAREZ, “Aspectos problemáticos del delito de concusión (diferencias con el delito de cohecho), *Revista General del Derecho*, 1994.
- VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Edersa, Madrid 1995.
- VÁZQUEZ-PORTOMENÉ SEIJAS, “Política criminal del cohecho impropio: presupuestos para su reforma en el Código Penal español”, *La Ley*, Nº 8526, 2015.
- VÁZQUEZ-PORTOMENÉ SEIJAS, “Sobre el cohecho por “actos propios del cargo” y sus relaciones con el delito de exacciones ilegales”, *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 116, 2015.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, “Delitos contra la Administración Pública II”, en *Derecho penal. Parte especial*, Romero Casabona/Sola Reche/ Boldova Pasamar (coords.), Comares, 2016.

EL BIEN JURÍDICO DEL DELITO DE CORRUPCIÓN PASIVA EN EL SECTOR PÚBLICO^(*)

MARCELO ALMEIDA RUIVO^(**)

I. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA DOGMÁTICO

El fenómeno de la corrupción manifiesta una desaprobación reconocida en el ámbito global⁽¹⁾. Si bien es verdad que la política criminal contemporánea intensifica la utilización de medios de prevención y represión de esa criminalidad, también lo es que la identificación del núcleo y de los límites del ilícito de corrupción sigue visiblemente discutida en Alemania⁽²⁾ y en Brasil⁽³⁾. En parte, eso ocurre en razón de la ausencia de univocidad terminológica y de la existencia de valores, ya sea en la condición de bienes autónomos o bien en la composición del bien jurídico complejo⁽⁴⁾.

(*) En original: “O bem jurídico do crime da corrupção passiva no setor público”. Traducción de Fernando Buján.

(**) Profesor del programa de maestría y doctorado de la Pontificia Universidad Católica de Río Grande del Sur (PUCRS, Brasil), doctor por la *Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, becario de la *Fundação para a Ciência e Tecnologia* (FCT, Portugal, 2009-2013) y del *Deutscher Akademischer Austauschdienst* (DAAD, Alemania, 2014), investigador invitado en el *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* (2009, 2011-2012, 2014, 2016 y 2017).

(1) Por ejemplo, en Brasil, BITENCOURT, *Direito penal*, 5ª ed., 2009, p. 78; BALTAZAR JUNIOR, *Crimes federais*, 2008, p. 137; en España, TORRES FERNÁNDEZ, “Marco normativo internacional” En: MORILLAS CUEVA; SUÁREZ LÓPEZ, *Urbanismo y corrupción política*, 2013, p. 164; en Francia, MAISTRE DU CHAMBON; LEPAGE; SALOMON, *Droit pénal des affaires*, 2º ed., 2010, p. 160; en Alemania, HEINE, “§331 Vorteilsannahme” In: SCHÖNKE; SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27º ed., 2006, p. 2735-2753, nm. 1d, p. 2738; SOWADA, “Vor §331” In: LAUFHÜTTE; SAAN, *Leipziger Kommentar §§ 331 bis 358*, 12º ed., 2009, nm. 41, p. 33; DÖLLING, “Die Neuregelung der Strafvorschriften gegen Korruption”, *ZStW*, 2000, v. 112, p. 334; KINDHÄUSER, “Voraussetzungen strafbarer Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft”, *ZIS*, 2011, n.6, p. 461, en China, YU, “Korruption in der Volksrepublik China-Begriffsbestimmung, Erscheinungsformen und Bekämpfung”, *ZStW*, 2005, v. 117, p. 683. Incluso una referencia en ese sentido, se encuentra en la dedicación del 17º Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) al estudio de la corrupción internacional, JAPIASSÚ, “A corrupção em uma perspectiva internacional”, *RBCCrim*, 2007, n. 64, v. 15, p. 30 y 51.

(2) Por ejemplo, SCHRÖDER, “Rechtsgut der Bestechungsdelikte”, *GA*, 1961, p. 289; MAURACH, SCHROEDER, MAIWALD, *Besonderer Teil/2012*, Nm. 9, p. 350; WESSELS, HETTINGER, *Besonderer Teil/2013*, Nm. 1106, p. 347.

(3) Por ejemplo, COSTA JÚNIOR, *Código penal comentado*, 2005, p. 1041.

(4) SOWADA, “Vor §331”, nm. 29, p. 28.

La ciencia penal portuguesa⁽⁵⁾ y brasileña⁽⁶⁾ tiene ampliamente establecido que el núcleo del ilícito es la lesión o peligro de lesión a un bien jurídico. Específicamente, con relación al bien jurídico de corrupción pasiva, se encuentra la sugerencia de conceptos muy amplios, sistema de valores y funciones. Aun así, la notable dificultad de percibir los contornos exactos del bien jurídico no justifica la sustitución de su dogmática por una imprecisa doctrina de los deberes penales⁽⁷⁾, que pretende ver el problema resuelto por medio de la simple “identificación de la lesión de servicio o función”⁽⁸⁾. Falta, por tanto, una investigación más aguda sobre el núcleo ontológico de cada una de las propuestas doctrinales, sabiendo que la mejor orientación de la realización de justicia depende del rigor en la descripción del bien jurídico.

II. LAS HIPÓTESIS DE BIENES JURÍDICOS Y DE LA TÉCNICA DE TUTELA DE LA CORRUPCIÓN PASIVA

1. Dignidad y prestigio de la Administración pública o del Estado

La intención de tutela de la “dignidad” o del “prestigio de la Administración pública”⁽⁹⁾ se presenta o bien en forma absoluta como bien jurídico o bien asociada a otros intereses de tutela. Es una noción legataria del Derecho Penal romano, con significado de “prohibición de aceptación (y oferta) de cualesquiera dádivas” sin que necesariamente esté en cuestión la efectiva comercialización del acto administrativo⁽¹⁰⁾. El acento en el “carácter preventivo” es aparente, dado que se destina a “combatir la instauración de un clima

- (5) Por ejemplo, COSTA, *O perigo em direito penal*, 1992, p. 620-621; DIAS, *Direito Penal*, 2007, p. 114, 143 e 153; MONIZ, *Agravação pelo resultado?*, 2009, p. 63; COSTA, *Noções fundamentais de direito penal*, 2012, p. 171-174.
- (6) FRAGOSO, *Lições de direito penal, parte geral*, 1976, p. 158; SILVEIRA, *Direito penal supra-individual*, 2003, p. 90-91 y 219; SOUZA, *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*, São Paulo, 2004, p. 38 y 42; SANTOS, *Direito penal*, 2006, p. 15-17; BECHARA, “Delitos sem bem jurídico?», *Boletim do Ibccrim*, p. 4; D’AVILA, *Ofensividade em direito penal*, 2009, p. 77; D’AVILA, «Aproximação à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos», *RBCCrim*, 2009, v. 80, p. 27-28; D’AVILA, *Das Unrecht der Umweltdelikte, einige Reflexionen über den Angriff auf Rechtsgüter im Bereich des Umweltstrafrechts*, GA, 2011, v.10, p.578; PRADO, CARVALHO, CARVALHO, *Curso de Direito Penal*, 2015, p. 218; CAETANO, “Os delitos de corrupção e o fundamento acumulativo” en: FARIA COSTA, GODINHO, SOUSA, *Os crimes de fraude e corrupção no espaço europeu*, 2014, p. 305-306.
- (7) GRECO, *Lebendiges und Totes in Fuebachs Straftheorie*, 2009, p. 353; MARTINS, *Der Begriff des Interesses und der demokratische Inhalt der personalen Rechtsgutlehre*, *ZStW*, 2013, v.125, p. 257-258.
- (8) SOWADA, “Vor §331”, nm. 13 e 14, p. 8; KINDHÄUSER, “Voraussetzungen strafbarer Korruption”, p. 462 y 465.
- (9) FRAGOSO, *Lições de direito penal*, 1965, p. 1100; PAGLIARO; COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, 1997, p. 107; PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, 2004, v. 4, p. 529.
- (10) COSTA, “Sobre o crime de corrupção”, *BFD*, 1984, p. 57, nota 4. Tal vez una de las razones para que ese entendimiento ejerza influencia más notable en el derecho italiano sea en virtud de una mayor proximidad con el origen romano.

de venalidad generalizada en la Administración”⁽¹¹⁾. Es cierto que la palabra corrupción tiene su origen en el vocablo latino *corrumpere*, en la acepción de ‘deteriorar’, ‘viciar’, ‘pervertir’, ‘cohechar’, ‘sobornar’. Vicio y perversión son aún ideales inicialmente muy marcados por una concepción moral de la Administración, que desarrollaron nuevo contenido más específico alejado de la moral, a lo largo de los años.

A pesar de no existir dudas sobre la importancia de la imagen de la Administración para la “eficacia u operatividad en la prosecución legítima de los intereses”⁽¹²⁾ confiados al Estado, eso no obliga a asumir exactamente esa propuesta como el bien jurídico penalmente tutelado. No solo en razón de su imprecisión y amplitud,⁽¹³⁾ sino también porque la indignidad y el desprestigio pueden ser fruto de una serie de otras causas absolutamente independientes de prácticas corruptas. Piénsese, por ejemplo, en una palabra: la ineficiencia. Por otra parte, la permuta o comercio de actos administrativos por ventajas ilícitas, aunque desconocidos para el público en general, ya configuran el daño a ser evitado por el crimen de corrupción.

2. Moralidad, probidad de la Administración y la integridad de los funcionarios

Bastante próximas al punto anterior, se presentan las propuestas de protección del “aspecto moral”⁽¹⁴⁾ o de la “moralidad”⁽¹⁵⁾ de la Administración. Tampoco están distantes las sugerencias de tutela de la “probidad de la Administración”⁽¹⁶⁾, de la “probidad de la función pública” y de la “integridad de sus funcionarios”⁽¹⁷⁾. También es notable la dificultad en determinar con precisión el contenido de esas tales moralidad, probidad e integridad, pasibles de tutela por el Derecho Penal.

Una posibilidad, con intención de alcanzar concreción para esa propuesta, sería recurrir al principio de moralidad⁽¹⁸⁾ (art. 37 de la Constitución Federal

(11) COSTA, “Sobre o crime de corrupção”, BFD, 1984, p. 57, nota 4.

(12) COSTA, “Sobre o crime de corrupção”, BFD, 1984, p. 132.

(13) COSTA JÚNIOR, *Código penal comentado*, 2005, p. 1041.

(14) NUCCI, *Código penal comentado*, 7° ed., 2007, p. 12.

(15) DELMANTO, *Código penal*, 2007, p. 794; NORONHA, *Direito penal*, 24° ed., 2003, p. 332.

(16) ALAN, *A corrupção e a tutela penal de bens coletivos*, 2015, p. 135 y ss.

(17) BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, 3° ed., 2009, v. 5, p. 77; BITENCOURT, *Código penal*, 5° ed., 2009, p. 1022; WUNDERLICH, «Corrupção passiva» en: REALE, *Direito penal*, 2013, v. 4, p. 36, nota 9.

(18) MENDES; BRANCO, *Curso de direito constitucional*, 10° ed., 2015, p. 860-861; MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, 26° ed., 2001, p. 83-85; SANTOS, *O controle da moralidade na constituição*, 1999, p. 16-17; FRANCO SOBRINHO, *O princípio constitucional da moralidade administrativa*, 2° ed., 1995, p. 18-19 y 22-23.

del Brasil)⁽¹⁹⁾. Se trata de un principio que destaca la dimensión ética del acto administrativo, pero que el derecho constitucional no describe en detalle⁽²⁰⁾. Inevitablemente cuatro posiciones merecen ser señaladas. Las dos primeras son de orden administrativo-constitucional, relacionadas con los principios de Administración pública y al principio de moralidad.

No hay razón para afirmar que el delito de corrupción tutele tan solo la moralidad, en tanto que la conducta corrupta igualmente ataca a los restantes principios de la Administración, esto es, la legalidad, impersonalidad, publicidad y eficiencia. Igualmente, no existe definición unívoca y evidente de lo que es propiamente el contenido o el sentido del principio de la moralidad en el Estado laico, democrático y secular. Esta indefinición conceptual inviabiliza la continuación de la evaluación del eventual merecimiento, escasez y dignidad o grado de tutela penal,⁽²¹⁾ especialmente cuando se considera que el derecho debe tener una neutralidad o reserva frente a la intervención en cuestiones morales⁽²²⁾.

A esas dos primeras, se suman otras dos críticas de orden jurídico-penal. Es inviable el tratamiento de la amplitud de sentido propia de los principios constitucionales, a la par de la especificidad, el rigor y los límites del concepto de bien jurídico-penal. Véase que la indiscutible relevancia ético-axiológica del principio de la dignidad de la persona humana no basta para reivindicar la tutela penal en toda su extensión. No menos criticable es la indeterminación, debido a la imprecisión descriptiva de lo que podría ser efectivamente la ofensa a la supuesta moralidad administrativa.

La orientación que propone la tutela de la *probidad de la función pública*, solo aparentemente más concisa, conlleva igualmente, una indeseable vaguedad semántica. En sentido amplio, se entiende por probidad la honradez, en aquello que se refiere a la *observancia rigurosa de los deberes, de la justicia y de la moral*. La probidad administrativa consistiría en la observancia rigurosa de los deberes, de la justicia y de la moral, propia de la función pública. Se evidencia así que la aparente mejor delimitación del bien jurídico implica, en verdad, su expansión, porque la intervención penal, además de defender la moral, buscaría también la protección de los deberes y de la justicia administrativa.

(19) Art. 37.- *La Administración pública directa e indirecta de cualquiera de los Poderes de la Unión de los Estados del Distrito Federal y de los municipios obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia (...).*

(20) MENDES; BRANCO, *Curso de direito constitucional*, 10^o ed., 2015, p. 860.

(21) Para más detalles, ver RUIVO, *Criminalidade Financeira*, p. 43 y ss.

(22) Así, en el iluminismo, por ejemplo, KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Suhrkamp, 1977, v. 8, p. 337.

Por su parte, la integridad de los funcionarios parte de la generalidad de la persona jurídica hacia la particularidad del conjunto de personas físicas de los servidores públicos. Las fragilidades dogmáticas de la propuesta son semejantes. La acepción originaria de *integritas* remite a aquello que es entero, completo o sin la falta de alguna parte. La doctrina emplea la expresión en su sentido figurado, como sinónimo de rectitud, honradez o pureza innata, lo que se aproxima inevitablemente a los problemas anteriormente apuntados.

3. Transparencia de la Administración pública o del Estado

El interés político en el desarrollo de Estados más transparentes fue incrementándose en la última década en Brasil.⁽²³⁾ En ese camino, una posición entiende la *transparencia* de la Administración **pública**,⁽²⁴⁾ en conjunto con otros elementos, como uno de los bienes objeto de tutela.

La transparencia de la Administración tiene efecto disuasivo contra la inercia, el abuso del poder e, inclusive, la corrupción, pero, aun así, no justifica la superación del obstáculo del principio de la intervención penal subsidiaria. La oscuridad del funcionamiento administrativo no constituye la ofensa del bien jurídico, pero sí, al menos, la situación de riesgo que puede propiciar el surgimiento de la verdadera y específica ofensa al bien jurídico tutelado por el delito de corrupción.

4. Confianza en la Administración en general o en la específica incorruptibilidad del funcionario público

Las formulaciones que tienen a la confianza como elemento central de sus reflexiones poseen básicamente cuatro versiones. Una primera, de sentido abstracto, es la *confianza* en la Administración como un todo⁽²⁵⁾ y otras tres más específicas, formando un bien jurídico complejo, son la *confianza en la incorruptibilidad del titular de funciones estatales*⁽²⁶⁾; la *confianza de*

(23) Por ejemplo la Ley n° 12.527/2011 regula el acceso a informaciones previsto en el art. 5°, XXXIII, art. 37, § 3°, II y art. 216, § 2° de la Constitución Federal.

(24) PRADO, Prado, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, 3° ed., 2004, v. 4, p. 529.

(25) FRAGOSO, *Lições de direito penal*, 1965, p. 1100.

(26) KÜHL, “§331 Vorteilsnahme”, nm. 1, p. 1555. En sentido similar, sobre el crimen de recibimiento de ventajas (*Vorteilsannahme*), KINDHÄUSER, “§331 Vorteilsannahme”, nm.1, p. 1238, y específicamente concibiendo el bien jurídico como la *confianza pública en la eficiencia e integridad de la Administración* (LENCKNER, “Privatisierung der Verwaltung”, p. 539). Sobre la confianza de la sociedad ofendida por el delito de coima o soborno del Código Penal brasileño de 1890, SIQUEIRA, *Direito penal brasileiro*, p. 280.

la comunidad en la objetividad de las decisiones estatales⁽²⁷⁾, y la *confianza en la integridad y funcionalidad de la Administración*⁽²⁸⁾.

La primera propuesta tiene la pretenciosa intención de tutela de la complejidad objetiva y subjetiva inherente a la confianza en determinado ámbito de vida, por medio de los estrictos instrumentos disponibles en el Derecho Penal.⁽²⁹⁾ Tal interés, aunque sea una referencia significativa en la comprensión de la corrupción, no presenta la exactitud necesaria para ser el valor tutelado por el Derecho Penal. Por otro lado, todo acto incorrecto o aparentemente incorrecto –aunque no debido a la corrupción– realizado por el titular de la función pública, coloca en peligro la confianza comunitaria en la Administración⁽³⁰⁾. Incluso los defensores de esta posición reconocen que la mera apariencia de comerciabilidad del acto administrativo ya sería capaz de conmover la confianza de la colectividad⁽³¹⁾.

La segunda propuesta trae información esencial en sus bases, pero aún carece de una mejor delimitación del ámbito de intervención. El núcleo del crimen de corrupción es localizado en la punición de la comerciabilidad del acto del titular de la función pública.

La tercera propuesta identifica el centro de todos los ilícitos de corrupción en *el peligro común para la capacidad funcional del aparato estatal*⁽³²⁾. Buscaría preservar la *confianza de la comunidad en la objetividad de las decisiones estatales*, en el interés no propiamente colectivo, sino específico de los *ciudadanos individuales*⁽³³⁾. Aun cuando fuera correcta la identificación del titular del valor protegido, no podría decirse lo mismo con relación al valor en sí mismo.

Ninguna de ellas supera las inevitables críticas dirigidas a la pretensión de tutela de la dignidad o prestigio de la Administración. Incluso cuando no existe publicidad de la comercialización del acto administrativo por el funcionario, sigue existiendo la corrupción⁽³⁴⁾. En segundo término, la corrupción no ataca solo la confianza en la capacidad de funcionamiento de la Adminis-

(27) HEINE, “§331 Vorteilsannahme”, nm. 3, p. 2738.

(28) KARGL, “Bekämpfung des Anscheins der Kriminalität», p. 786 presuntamente en el seguimiento de lo que fue desarrollado por Fritz Loos (LOOS, “Rechtsgut“ der Bestechungsdelikte”, p. 890).

(29) Sobre los obstáculos a la tutela de la confianza por el Derecho Penal y, más específicamente, en relación a la confianza en el Sistema Financiero Nacional, ver RUIVO, *Criminalidade Financeira*, p. 87-89.

(30) DÖLLING, “Strafvorschriften gegen Korruption”, p. 336.

(31) KARGL, “Bekämpfung des Anscheins der Kriminalität”, p. 783.

(32) HEINE, “§331 Vorteilsannahme”, nm. 3, p. 2738.

(33) HEINE, “§331 Vorteilsannahme”, nm. 3, p. 2738.

(34) COSTA, “Sobre o crime de corrupção”, BFD, 1984, p. 139.

tración, sino la propia capacidad de funcionamiento en sí misma⁽³⁵⁾. En tercer lugar, solo tiene sentido tutelar la confianza en aquellos Estados en que existe de hecho una mínima confiabilidad en la capacidad de prestación del servicio por parte de la Administración. Y, por tanto, en supuestos de significativa ineficiencia estatal o en los que la corrupción forme parte de la vida cotidiana, no existiría, concretamente, un bien a ser tutelado⁽³⁶⁾.

Por último, la cuarta propuesta acarrea, con respecto a la integridad de la Administración, los problemas de vaguedad ya expresados acerca de la integridad de los funcionarios, así como las objeciones que serán presentadas a la sugerencia de protección de la capacidad funcional del aparato estatal.

5. La Administración como un todo, la marcha de la función administrativa o la capacidad funcional de la Administración estatal

Una visión considera, como *objeto jurídico* del crimen de corrupción pasiva, la *Administración pública*⁽³⁷⁾ en sus *aspectos patrimonial y moral*⁽³⁸⁾. Sin embargo, tal afirmación ofrece poca información en el sentido de la interpretación del ilícito criminal, pues apenas respeta lo que ya consta expresamente en la ubicación sistemática del delito en el Título XI –delitos contra la Administración pública– del Código Penal. Además, no es correcto que siempre exista ofensa patrimonial en la corrupción pasiva. Tómese el ejemplo de la promesa o concesión de ventaja indebida, al funcionario desmotivado por la excesiva sobrecarga de trabajo, para obtener una actuación con rapidez y cumplimiento del deber funcional.

Para otros, en una perspectiva significativamente más extendida, debería protegerse el interés en la *marcha regular*⁽³⁹⁾ o en el *normal funcionamiento*⁽⁴⁰⁾ de la Administración pública. Ocurre que ambas hipótesis no se refieren a valores, sino a funciones ejercitables por el Estado o, todavía más específicamente, a la cualidad del ejercicio de las funciones administrativas. El interés en la tutela de una función constituye la extensión injustificada del ámbito de protección del ilícito criminal, dado que no existe función socialmente valiosa sin uno o más valores en su núcleo. Son exactamente esos valores los que precisan ser descritos por el penalista.

(35) KINDHÄUSER, “Voraussetzungen strafbarer Korruption”, p. 465.

(36) KINDHÄUSER, “Voraussetzungen strafbarer Korruption”, p. 465.

(37) FRAGOSO, “Corrupção passiva”, p. 1100; TELES, *Direito penal*, 2004, p. 412.

(38) NUCCI, Nucci, *Código penal comentado*, 7º ed., 2007, p. 1012.

(39) BALTAZAR JUNIOR, *Crimes federais*, 2008, p. 137.

(40) PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, 3º ed., 2004, v. 4, p. 529.

Una orientación similar ha señalado como bien tutelado la *capacidad funcional de la Administración estatal*⁽⁴¹⁾. Es necesario formular tres aclaraciones.

La capacidad funcional de la Administración depende del correcto planeamiento y de la efectiva ejecución de aquello que fue planeado. La capacidad funcional depende de la formación y de las condiciones materiales necesarias para el cumplimiento de las actividades esenciales. Aquí resulta igualmente apropiado el ejemplo del funcionario desmotivado presentado más arriba. El soborno, en aquella circunstancia, acaba por preservar la eficiencia en la prestación de la actividad esencial y, sin embargo, adiciona ilegalmente un costo al ciudadano. En otras palabras, en una primera lectura, la capacidad funcional puede ser ejercida conforme lo planeado. Ahora bien, en un segundo momento, se identifica que la prestación está en desacuerdo con la igualdad de tratamiento entre la Administración y los particulares. Es decir, que la capacidad funcional es un concepto excesivamente amplio, que abarca una serie de deberes y metas administrativas, lo que sirve para indicar que el bien jurídico tutelado es otro.

6. Pureza u originalidad de la voluntad estatal, objetividad de las decisiones gubernamentales o autonomía intencional de la Administración o del Estado

La noción de voluntad del Estado o de la Administración es el punto de convergencia de tres opiniones que reúnen defensores en Alemania⁽⁴²⁾, en Portugal⁽⁴³⁾ y en Brasil⁽⁴⁴⁾. Ellas son la pura u original *voluntad estatal*,⁽⁴⁵⁾ la

(41) Reconociendo que la capacidad funcional de la Administración estatal depende de la objetividad del hecho y de la confianza de la colectividad en la incorruptibilidad del titular de la función estatal (MAURACH; SCHROEDER; MAIWALD, *Besonderer Teil*/2012, nm. 9, p. 350). Contenido el peligro general en la *capacidad funcional del aparato estatal* como núcleo del ilícito que protege, en primer lugar, la *confianza de la comunidad en las objetividades de las decisiones estatales* en HEINE, “§331 Vorteilsannahme”, nm. 3, p. 2738. Sobre la capacidad funcional, incluso antes, SCHRÖDER, “Rechtsgut der Bestechungsdelikte”, p. 291-292.

(42) Se afirma que la protección de la pureza del servicio público fue el bien jurídico visto por el legislador alemán de 1975 (WESSELS; HETTINGER, *Besonderer Teil*, nm. 1106, p. 347; ARZT; WEBER; HEINRICH; HILGENDORF, *Besonderer Teil*, 2009, nm. 18, p. 1232), aun consta igualmente como objetivo, en el proyecto de Código Penal de 1962, la protección de la *confianza de la colectividad en la imparcialidad del funcionario público y en la exactitud objetiva de sus acciones* (DEUTSCHLAND/BUNDESRAT, *Entwurf eines Strafgesetzbuches*/1962, p. 648-649).

(43) COSTA, “Sobre o crime de corrupção”, BFD, 1984, p. 146.

(44) MELO, “Os bens jurídicos ofendidos pela corrupção” en: SANTOS; BIDINO; MELO, *A corrupção*, 2009, p. 84.

(45) MAURACH, *Strafrecht*, p. 707; HETTINGER, “Entwurf eines Korruptionsbekämpfungsgesetzes des Bundesrats”, p. 2269. Aunque con una visión que encuentra correspondencia entre el concepto presuntamente pasible de mala interpretación de *confianza de la colectividad* y el *evitar la falsificación de la voluntad estatal*, WESSELS; HETTINGER, *Besonderer Teil*, nm. 1106, p. 347.

objetividad de la Administración,⁽⁴⁶⁾ la *objetividad de las decisiones gubernamentales*⁽⁴⁷⁾, y la *autonomía intencional* de la Administración o del Estado⁽⁴⁸⁾. Es verdad que, *al comerciar con el cargo, el empleado público corrupto coloca los poderes funcionales al servicio de sus intereses privados*, lo que también podría expresarse diciendo que, abusando de la posición que ocupa, subroga o sustituye al Estado,⁽⁴⁹⁾ algo que ciertamente debería ser evitado por medio del crimen de corrupción.

Aún no pueden dejar de ser señaladas algunas críticas. La tendencia a la dilatación excesiva de la noción de voluntad estatal, constatable por medio de dos ejemplos. Quien solicita, recibe o acepta promesa de cualquier ventaja indebida, incluso después de ejecutar los actos bajo su atribución o competencia, conforme las directrices, ya comete el crimen de corrupción pasiva simple (art. 17, in fine). La descripción típica no exige la práctica, la omisión de la práctica de un acto específico, ni tampoco la violación del deber funcional para la consumación del ilícito.⁽⁵⁰⁾ Esto es que, si la voluntad estatal no fuera falsificada en la realización del acto administrativo, pero tiene lugar la aceptación de la ventaja, existirá corrupción pasiva.

Podrá ocurrir, asimismo, que el ofrecimiento y la aceptación de la ventaja solamente tengan lugar después de la correcta realización del acto administrativo, sin que se vislumbre anteriormente que iban a producirse⁽⁵¹⁾. En ese caso, el funcionario, sin querer ponderar la ventaja, no sufrió ninguna injerencia en la ejecución de su acto y, aun así, se dejó corromper por una posterior aceptación. Querer encontrar alguna indirecta falsificación de la voluntad o de la objetividad de la decisión estatal, impone el desmembramiento del concepto de voluntad estatal y la ficción de la lesión del valor social.

(46) DÖLLING, "Strafvorschriften gegen Korruption", p. 336; KÜHL, "§331 Vorteilsnahme", p. 1555. En ese sentido, específicamente sobre el delito de recibimiento de ventajas (*Vorteilsannahme*), KINDHÄUSER, "§331 Vorteilsannahme", nm.1, p. 1238.

(47) KÜHL, "§331 Vorteilsnahme", p. 1555. Similar *objetividad de las decisiones estatales*, en SOWADA, «Vor §331», nm. 36, p. 31.

(48) COSTA, "Sobre o crime de corrupção", BFD, 1984, p. 146, posteriormente, en el mismo sentido, MELO, "Os bens jurídicos ofendidos pela corrupção", en: SANTOS; BIDINO; MELO, *A corrupção*, 2009, p. 84.

(49) COSTA, "Sobre o crime de corrupção", BFD, 1984, p. 144.

(50) Punto que es admitido como *problemático* incluso por los defensores de esa orientación en Alemania, pues incluso aun cuando la voluntad estatal no sea en nada falsificada por el ejercicio legal del servicio, se verifica la corrupción pasiva sin violación al deber del deber funcional (ARZT; WEBER; HEINRICH; HILGENDORF, *Besonderer Teil*, 2009, nm. 18, p. 1232).

(51) El ejemplo que es referido en la doctrina especialidad, así en HEINE, "§331 Vorteilsannahme", nm. 2a, p. 2739.

La pureza de la voluntad estatal o administrativa por sí sola no es reconocida como un valor merecedor y carente de tutela penal. Su significado proviene de las hipótesis relacionadas con la protección y la realización de derechos del ciudadano, razón por la cual la protección de la voluntad estatal, independientemente de su contenido, caracteriza el excesivo estiramiento del concepto de voluntad estatal. La experiencia histórica muestra la tendencia al aumento de la tolerancia comunitaria a la corrupción –independientemente de la intención de fidelidad administrativa a la ejecución de la voluntad estatal– en caso de que no se ejecuten efectivamente los intereses del ciudadano, sea por incapacidad administrativa, sea por deficiencia democrática.

No es de extrañar que una de las medidas para prevenir el fenómeno está directamente relacionado con la mejora de la eficiencia en la prestación del servicio público, pues el daño provocado por la corrupción no es la adulteración de la voluntad administrativa, sino exactamente la falsificación de la intención del acto administrativo en perjuicio de los derechos e intereses del ciudadano en la situación concreta. Pensar lo contrario, justificaría la protección penal de la pureza u originalidad de la voluntad estatal independientemente del modelo de Estado y del gobierno en cuestión, sabiéndose que mantener la rigurosa ejecución de la voluntad de un Estado totalitario puede significar en sí mismo un desvalor y una injusticia.

La autonomía intencional del Estado es violada también por otras prácticas diversas de la corrupción, que ni siquiera constituyen delito; por ejemplo, por la Administración no diligente, negligente o imperita. Tan solo en casos graves y puntuales se concibe la responsabilidad del funcionario público y, aun así, no por corrupción sino por delitos que ofenden otros bienes jurídicos.

III. PROPUESTA DEL RECONOCIMIENTO DEL BIEN JURÍDICO: DAÑO A LA NO NEGOCIABILIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y PELIGRO AL VALOR NUCLEAR DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La identificación del bien jurídico tutelado en las múltiples formas del fenómeno de la corrupción exige cierta amplitud capaz de abarcar conceptualmente todas las modalidades. El delito de corrupción protege el acto administrativo realizado dentro de los límites materiales de negociabilidad del servicio público determinados en la ley⁽⁵²⁾. Se trata de la defensa del contenido del acto administrativo, a título de expresión del interés político comunitario

(52) Así se ofrece una mejor definición al entendimiento de la *legalidad en el ejercicio de las funciones públicas* como el bien tutelado (DIAS, “Corrupção passiva”, p. 476). En cierto sentido, también en SANTOS, “A corrupção de agentes públicos em Portugal” en: SANTOS; BIDINO; MELO, *A corrupção*, 2009, p. 100.

de los ciudadanos en la configuración del Estado y legitimación de la Administración pública⁽⁵³⁾, algo que está más allá de la mera noción técnica de ley como instrumento regulatorio o expectativa de conducta.

La determinación de lo que se entiende por no negociabilidad exige examinar su revés —la negociabilidad—, dado que lo no negociable significa exactamente el límite insuperable a la negociación. Dentro de esos límites existe relación de negociación legítima entre ciudadanos y servidores públicos. La negociación puede ser vista como una transacción sobre un objeto con la finalidad de obtener beneficios —a partir de las prestaciones y contraprestaciones ofrecidas— para las partes componentes de la relación. La negociación no se limita al comercio o a la transacción de valores pecuniarios con el objetivo de obtener ventajas de diversas naturalezas, por ejemplo, financieras, sexuales, morales o políticas⁽⁵⁴⁾. Lo esencial es que ella establezca entre las partes un grado de vinculación significativamente pervertido o viciado en lo que refiere a los parámetros éticos que la Administración gubernamental debe seguir⁽⁵⁵⁾. Esto es, el resguardo del ámbito de cuidado de los valores presentes en la relación entre los ciudadanos y la Administración.

La no negociabilidad no se aproxima al sentido ideal —incompatible con la realidad de mercado— de la total exclusión del espacio de contratación por el encargado de la prestación del servicio público. Así, apenas se ejecutarían los actos bajo su atribución en estricta sumisión a la ley, en la forma típica de la competencia vinculada⁽⁵⁶⁾. Ciertamente es que el principio de legalidad no cubre todas las actividades de la Administración de la misma forma; algunas con mejor detalle de la precisión del comportamiento, otras con significativo ámbito de autonomía⁽⁵⁷⁾. Y eso independientemente de la consideración que se tenga sobre la noción de la legislación en sentido amplio, de modo de cubrir las resoluciones, mandatos y órdenes de servicio.

(53) Ese interés político comunitario en la realización del acto administrativo no se confunde con la noción más vaga de *interés público* que aparece como objeto de tutela, en ALMEIDA, *Dos crimes contra a administração pública*, 1955, p. 68.

(54) Así se superan las críticas de aquellos que, frente a la *ventaja personal* de otro orden distinto del patrimonial, rechazaban la hipótesis de que el bien jurídico sea la *gratuidad de la Administración* (HEINE, “§331 Vorteilsannahme”, nm. 2a, p. 2739). En la doctrina clásica, en defensa de la ventaja necesariamente patrimonial, por ejemplo, v. FEUERBACH, *Lehrbuch/1826*, §479, c. p. 405.

(55) En cierto sentido es lo que constaba en la comprensión del *tráfico* como elemento característico del crimen de coima o soborno del art. 214 del Código Penal brasileño de 1890 (SOARES, *Código Penal*, p. 411).

(56) Sobre competencia vinculada, ver COUTO E SILVA, “Poder discricionário no direito administrativo brasileiro”, RPPGERG, 2004, v. 27, p. 99.

(57) MELLO, *Curso de direito administrativo*, 13ª ed., 2000, p. 379 y 383; COUTO E SILVA, «Poder discricionário no direito administrativo brasileiro», RPPGERG, 2004, v. 27, p. 98.

Exactamente contiguos a la frontera de los actos administrativos, están dispuestos los actos discrecionales, en los que existe la *facultad de practicar o de dejar de practicar* y, más allá de eso, de escoger entre las posibilidades la que mejor tenga adecuación en la situación concreta, lo que podría traducirse como el poder del “sí” y el “cómo” del acto administrativo⁽⁵⁸⁾. Todo eso no se confunde con el arbitrio o la ilicitud, en la medida en que es una noción protegida en el concepto de legalidad y del Estado de Derecho.⁽⁵⁹⁾ Véanse dos ejemplos. Primero, los funcionarios de los bancos tienen la discrecionalidad para negociar –dentro de determinados ámbitos– las tasas de interés y plazos de pago con sus clientes de empréstito. Segundo, las asociaciones empresarias o de productores pueden negociar con agentes públicos la concesión de ciertas líneas de empréstito para el estímulo de determinados ramos económicos.

Tales prácticas son propias de algunos sectores del mercado y las tasas y los plazos a ser establecidos no están previstos anterior y específicamente en ley. También es cierto que los marcos para ese procedimiento están cubiertos por el principio de la legalidad y las directrices acerca de los beneficios intencionados por las entidades públicas no son de difícil identificación. Por tanto, solamente la negociación que supera esos límites es la que constituye el ilícito de corrupción. Ahora bien, si la visualización de la negociación ilícita no es nítida en los actos administrativos vinculados, no puede decirse lo mismo sobre los actos discrecionales. Véase que la negociación que lleva el funcionario a retardar o dejar de practicar *cualquier acto de oficio* o a practicar *infringiendo deber funcional* autoriza también a la aplicación de una causa especial de aumento de pena hasta un tercio en la legislación brasileña (art. 317, § 1º, CP). Eso comprueba claramente que el bien jurídico tutelado en la corrupción simple no es el deber funcional, pero sí, una característica del acto administrativo, a saber, su no negociabilidad.

Con el delito, se pretende reprimir la práctica del *abuso de las competencias ligadas al cargo*⁽⁶⁰⁾ por parte del funcionario. El titular de una función pública representa los intereses políticos difusos de los ciudadanos en la ejecución de la acción administrativa, lo que, en ninguna hipótesis, puede identificarse o substituir al Estado. Ciertamente el servidor no se relaciona con empresas u otros ciudadanos liberados, como si fuese un ciudadano cualquiera,

(58) COUTO E SILVA, “Poder discricionário no direito administrativo brasileiro”, RPPGERG, 2004, v. 27, p. 98 e 100; MELLO, *Curso de direito administrativo*, 13º ed., 2000, p. 385; MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, 26º ed., 2001, p. 160.

(59) MELLO, *Curso de direito administrativo*, 13º ed., 2000, p. 383 y 385; MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, 26º ed., 2001, p. 160-161; COUTO E SILVA, “Poder discricionário no direito administrativo brasileiro”, RPPGERG, 2004, v. 27, p. 98; DI PIETRO, *Direito administrativo*, 20º ed., 2007, p. 197.

(60) SOWADA, Vor “§331”, nm. 12, p. 8.

en el ejercicio de sus actividades profesionales o en ámbitos a ellas relacionados. No presta el servicio en nombre propio según su voluntad particular, sino por determinación legal y orientación ética de la Administración pública. *Luego, cualquier negociación que realice con ciudadanos o empresas debe estar orientada a la búsqueda de lo que es más interesante para los ciudadanos y no para sí mismo.*

En sentido específico, el crimen de corrupción protege del peligro de daño los valores nucleares del acto administrativo, que son igualmente el núcleo axiológico de los intereses difusos de los ciudadanos, confiados al cuidado de la actividad estatal.⁽⁶¹⁾ Tan solo en el análisis del caso concreto, frente a lo que estaba previsto para el acto no corrompido,⁽⁶²⁾ es capaz de desvelarse específicamente cuáles intereses y valores fueron ofendidos. También la eficiencia administrativa y la igualdad del acceso a los servicios estatales son apenas principios de la Administración pública, que sirven a la promoción y protección del valor nuclear del acto administrativo.

Por último, el caso del funcionario que acepta la ventaja después de la realización de la actividad administrativa sin haber sido influenciado por la eventual expectativa de la ventaja ilícita (corrupción pasiva impropia posterior) permite poner a prueba esta propuesta. El ofrecimiento de la ventaja al funcionario público ya significa un acto de oferta en una negociación recién iniciada. Podrá incluso –en la hipótesis en la cual es desconocida la totalidad de los hechos– consistir en la propia contraprestación igualmente elemental de la relación ilícita en cuestión.

En el primer ejemplo, el corruptor ofrece la ventaja en el intento de obtener beneficios o trato privilegiado en una próxima oportunidad en que precise algo ante la Administración. La aceptación de la ventaja o de la promesa de ventaja basta para constituir la lesión al valor no negociabilidad de los actos de la Administración pública. *En el segundo, la negociación estaría consumada y ya habría ocurrido también la prestación por parte del agente público, siendo esperado, por tanto, el cumplimiento de la contraprestación*

(61) Es por eso que se afirma la protección de los derechos constitucionalmente garantizados de los ciudadanos individuales en ARZT; WEBER; HEINRICH; HILGENDORF, *Besonderer Teil*, 2009, nm. 3 e 18, p. 1223 e 1232.

(62) En ese mismo sentido es la conclusión de Deborah Hellman en estudio específico sobre el concepto de corrupción legislativa en la jurisprudencia de la Suprema Corte norteamericana. La autora afirma que la corrupción es un *concepto derivado* que depende de la teoría de las *funciones representativas en la democracia* y, por tanto, la Corte no debería definir la corrupción sin antes conceptualizar lo que sería el *buen gobierno*. Pues aquello que es realmente importante en determinada institución o agente público no necesariamente se aplica para todos, lo que exige el establecimiento de estándares de la función pública no corrompida (HELLMAN, “Defining corruption and constitutionalizing democracy”, *Michigang Law Review*, 2013, V. 111, p. 1388-1389, 1392 e 1421).

en favor del funcionario por el particular beneficiado. En ambas hipótesis la conducta ofensiva conduce al daño al bien jurídico.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALMEIDA, Fernando Henrique Mendes, *Dos crimes contra a administração pública*, São Paulo: Saraiva, 1955.
- ARZT, Gunther; WEBER, Ulrich; HEINRICH, Bernd; HILGENDORF, Eric, *Strafrecht, Besonderer Teil, Lehrbuch*, 2ºed., Bielefeld: Giesecking, 2009.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo, *Crimes federais*, 3º ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- BECHARA, Ana Elisa, “¿Delitos sem bem jurídico?”, *Boletim do IBCCRIM*, 2007, n. 181, p. 4-5.
- BITENCOURT, Cezar, *Código penal comentado*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- BITENCOURT, Cezar, *Tratado de direito penal, Parte especial*, 3º ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, v. 5.
- COSTA, António Manuel de Almeida, “Sobre o crime de corrupção”, *Estudos em homenagem ao prof. doutor eduardo correia*, Coimbra: Coimbra editora 1984, v. I, p. 55-193.
- COSTA, José de Faria, *O perigo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- COSTA, José de Faria, *Noções fundamentais de direito penal, Fragmenta iuris poenalis*, 3º ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da, *Código penal comentado*, 8º ed., São Paulo: DPJ Editora, 2005.
- COUTO E SILVA, Almiro do, “Poder discricionário no direito administrativo brasileiro”, *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, 2004, v. 27, n.57, p. 95-109.
- DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida, *Código penal comentado*, 7ºed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

- DEUTSCHLAND/BUNDESRAT, *Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962, mit Begründung*, Bundesratvorlage, Bonn, 1962.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, “Art. 447º Corrupção passiva para acto lícito”, *Actas das sessões da comissão revisora do Código Penal, Parte Especial*, Lisboa, 1979, p. 475-477.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais da doutrina do crime*, 2º ed., Coimbra: Coimbra editora, 2007, t. I.
- DI PIETRO, *Direito administrativo*, 20º ed., Saraiva: São Paulo, 2007.
- DÖLLING, Dieter, “Die Neuregelung der Strafvorschriften gegen Korruption”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin: De Gruyter, 2000, v. 112, p. 334-355.
- v. FEUERBACH, Paul Johann Anselm, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 9º ed. Giessen: Heyer, 1826.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de direito penal, Parte especial*, São Paulo: José Bushatsky, 1965.
- HEINE, Günther, “§331 Vorteilsannahme” In: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27ºed., München: Beck, 2006, p. 2735-2753.
- HELLMAN, Deborah, “Defining corruption and constitutionalizing democracy”, *Michigang Law Review*, Ann Arbor: Michigang University, 2013, v. 111, p. 1385-1422.
- HETTINGER, Michael, “Das Strafrecht als Büttel? Fragmentarische Bemerkungen zum Entwurf eines Korruptionsbekämpfungsgesetzes des Bundesrats vom 3.11.1995”, *Neue Juristische Woche*, München: Beck Verlag, 1996, v. 35, p. 2263-2273.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano, “A corrupção em uma perspectiva internacional”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2007, n. 64, v. 15, p. 29-56.
- KAISER, Eberhard, “Spenden an politische Parteien und strafbare Vorteilsannahme”, *Neue Juristische Woche*, München: C.H. Beck Verlag, 1981, p. 321-322.

- KANT, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten*, Herausgegeben von Wilhelm Weischedel, Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1977, v. 8.
- KARGL, Walter, “Über die Bekämpfung des Anscheins der Kriminalität bei der der Vorteilsannahme (§ 331 StGB)”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin: De Gruyter, 2002, v. 114, p. 763-793.
- KINDHÄUSER, Urs, “§331 Vorteilsannahme” In: KINDHÄUSER, Urs, *Strafgesetzbuch, Lehr-und Praxiskommentar*, 4^{ed.}, Baden-Baden: Nomos, 2013, p. 1238-1243.
- KINDHÄUSER, Urs, “Voraussetzungen strafbarer Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2011, n.6, p. 461-469.
- KÜHL, Kristian, “§331 Vorteilsnahme” In: LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian, *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 27^o ed., München: Beck, 2011, p. 1555-1567.
- LOOS, Fritz, “Zum Rechtshut‘ der Bestechungsdelikte”, In: STRATENWERTH, Günter, *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Berlin: De Gruyter, 1974, p. 878-895.
- MAISTRE DU CHAMBON, Patrick; LEPAGE, Agathe; SALOMON, Renaud, *Droit pénal des affaires*, 2. éd., Paris: LexisNexis Litec, 2010.
- MAURACH, Reinhart, *Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil*, 4^o ed., Karlsruhe: Müller, 1964, v.2.
- MAURACH, Reinhart; SCHROEDER, Friedrich-Christian; MAIWALD, Manfred, *Strafrecht, Besonderer Teil, Straftaten gegen Gemeinschaftswerte*, 10^{ed.}, Heidelberg: Müller, 2012, v. 2.
- MELO, Débora Thaís de, “Os bens jurídicos ofendidos pela corrupção e o problema específico dos bens jurídicos coletivos” In: SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thaís de, *A corrupção, reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no brasil e em Portugal*, Coimbra: Coimbra editora, 2009, p. 41-98.
- MONIZ, Helena, *Agravação pelo resultado? contributo para uma autonomização dogmática do crime agravado pelo resultado*, Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

- NORONHA, Edgard Magalhães, *Direito penal, atualizado por Adalberto José Carmargo Aranha*, 24ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, v.4.
- NUCCI, Guilherme de Souza, *Código penal comentado*, 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1010-1013.
- PRADO, Luiz Regis, *Curso de Direito Penal brasileiro*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2004, v. 4.
- RUIVO, Marcelo Almeida, *Criminalidade Financeira: Contribuição à Compreensão da Gestão Fraudulenta*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2011.
- SANTOS, Cláudia Cruz, “A corrupção de agentes públicos em Portugal: reflexões a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência” In: SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thaís de, *A corrupção, reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra: Coimbra editora, 2009, p. 99-152.
- SCHRÖDER, Horst, “Das Rechtsgut der Bestechungsdelikte und die Bestechlichkeit des Ermessensbeamten”, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, Hamburg: Decker, 1961, p. 289-298.
- SIQUEIRA, Galdino, *Direito penal brasileiro, Parte especial*, 2ª ed. Rio de Janeiro, 1932, v.2.
- SOARES, Oscar de Macedo, *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*, reimpressão, Brasília: Senado Federal, 2004.
- SOWADA, Christoph, “Vor §331” In: LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; SAAN, Ruth Rissing-van, *Leipziger Kommentar §§ 331 bis 358*, 12ª ed., Berlin: De Gruyter Recht, 2009, p. 1-135.
- TELES, Ney Moura, *Direito Penal, Parte especial*, São Paulo: Atlas, 2004.
- TORRES FERNÁNDEZ, Maria Elena, “Marco normativo internacional contra la corrupción” In: MORILLAS CUEVA, Lorenzo; SUÁREZ LÓPEZ, José María, *Urbanismo y corrupción política, una visión penal, civil y administrativa*, Madrid: Dykinson, 2013, p. 162-192.
- YU, Guiying, “Korruption in der Volksrepublik China-Begriffsbestimmung, Erscheinungsformen und Bekämpfung”, *Zeitschrift für die*

gesamte Strafrechtswissenschaft, Berlin: De Gruyter, 2005, v. 117, p. 683-696.

- WESSELS, Johannes; HETTINGER, Michael, *Strafrecht, Besonderer Teil, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte*, 37ªed., Heidelberg: Müller, 2013.
- WUNDERLICH, Alexandre “Art. 317 - Corrupção passiva” In: REALE JÚNIOR, Miguel, *Direito penal, jurisprudência em debate*, Rio de Janeiro: GZ editora, 2013, v. 4, p. 35-55.

¡Feliz cumpleaños, señor funcionario!

SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA ACEPTACIÓN Y EL OFRECIMIENTO DE REGALOS EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA^(*)

BRUNO RUSCA^()**

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con la legislación de varios países, es delito para un funcionario público aceptar regalos que sean otorgados en consideración a su función, como también la acción de los particulares que realizan tales ofrecimientos⁽¹⁾. Así lo establecen, concretamente, el Código Penal español⁽²⁾, el Código Penal portugués⁽³⁾, el Código Penal

(*) La versión original del texto fue publicada en la revista *Direito GV*, la cual ha autorizado la inclusión del trabajo en este volumen. Rusca, Bruno. ¡Feliz cumpleaños, señor funcionario! Sobre la justificación de la criminalización de la aceptación y el ofrecimiento de regalos en el ámbito de la Administración Pública. *Revista Direito GV* [online]. 2021, v. 17, n. 1 [Accedido 22 octubre 2021]. Disponible en: <<https://doi.org/10.1590/2317-6172202104>>. Epub 2 Abr 2021. ISSN 2317-6172. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202104>.

(**) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Becario posdoctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Profesor ayudante de Derecho Penal I en la Universidad Nacional de Córdoba (UNC).

(1) Es común que se utilicen los términos “cohecho de facilitación” o “cohecho relativo al cargo” para hacer referencia a estos delitos. Sin embargo, para evitar confusión con otros tipos penales, se prefiere la denominación “aceptación y ofrecimiento de dádivas” a secas, o “aceptación y ofrecimiento de regalos”.

(2) El artículo 422 dispone: “La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años”. Por su parte, el artículo 424, en su primer inciso, establece: “El particular que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo, para que no realice o retrase el que debiera practicar, o en consideración a su cargo o función, será castigado en sus respectivos casos, con las mismas penas de prisión y multa que la autoridad, funcionario o persona corrompida”.

(3) La Ley N° 32/2010 modificó el artículo 372, inciso 1 del Código Penal, el cual tipifica como delito la conducta del funcionario que, en ejercicio de sus funciones o por causa de ellas, acepta cualquier ventaja indebida, sea de naturaleza patrimonial o no patrimonial. El artículo 372, inciso 2, penaliza también la acción del sujeto que da o promete la ventaja al funcionario. En ambos casos, queda excluida del alcance del delito las conductas sociales adecuadas o que se conformen a los usos y costumbre (art. 373 inc. 3). Al respecto, véase SOUSA MENDES, 2011, p. 229-240.

chileno⁽⁴⁾ y el Código penal argentino⁽⁵⁾. También el Código Penal boliviano define como delito la admisión de regalos por parte de funcionarios públicos⁽⁶⁾; empero, no se tipifica penalmente la conducta de entregar u ofrecer dichos beneficios. En todos los casos, la aceptación de una dádiva o regalo en consideración al cargo se reprime con una pena sustancialmente menor que la aceptación de una dádiva como *contraprestación* para realizar un acto relativo a la función⁽⁷⁾; asimismo, el ofrecimiento de un regalo o dádiva en consideración al cargo se castiga con una pena significativamente menor que el ofrecimiento de una dádiva *a cambio de* la realización de un acto del funcionario⁽⁸⁾.

A diferencia de lo dispuesto por estos sistemas jurídicos, en prácticamente la totalidad de los países del ámbito continental europeo no es delito la aceptación y el ofrecimiento de dádivas en consideración al cargo, que no se vinculen de alguna forma con la realización de un acto del funcionario (Vázquez-Portomeñe Seijas, 2011, p. 156). A este respecto, la mayoría de las legislaciones de los países de Europa y Latinoamérica⁽⁹⁾, como también los principales tratados internacionales sobre corrupción⁽¹⁰⁾, han seguido el deno-

- (4) El primer párrafo del artículo 248 expresa: “El empleado público que en razón de su cargo solicitare o aceptare un beneficio económico o de otra naturaleza al que no tiene derecho, para sí o para un tercero, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos temporal en su grado mínimo y multa del tanto del beneficio solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de veinticinco a doscientas unidades tributarias mensuales”.
- (5) El artículo 259 establece: “Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el funcionario público que admitiere dádivas, que fueran entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo. El que presentare u ofreciere la dádiva será reprimido con prisión de un mes a un año.
- (6) El artículo 147 dispone: “El funcionario público o autoridad que en consideración a su cargo admitiere regalos u otros beneficios, será sancionado con reclusión de uno a tres años y multa de sesenta a doscientos días”.
- (7) En España, la escala penal del cohecho varía en función de si el acto que el funcionario que se compromete a realizar u omitir es contrario a sus deberes, o, por el contrario, si resulta un “acto propio del cargo”; mientras que, en el primer supuesto, el delito se reprime con prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de nueve a doce años (art. 419), en el segundo supuesto, la pena es de dos a cuatro años de prisión, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de cinco a nueve años (art. 420). En Argentina, la escala penal para el cohecho pasivo es de reclusión o prisión de uno a seis años, inhabilitación especial perpetua (art. 256) y multa de dos a cinco veces el monto o valor del dinero o dádiva ofrecida o entregada (art. 259). En Bolivia, el cohecho pasivo se reprime con pena de presidio de dos a seis años y multa de sesenta a doscientos días (art. 147).
- (8) Tanto en España (art. 424 inc. 1) como en Argentina (art. 258), el cohecho activo se castiga con la misma pena que el cohecho pasivo. En Bolivia, en cambio, la pena del cohecho activo es un tercio menor (art. 158).
- (9) Sobre este tema, con amplias referencias al Derecho comparado, véanse VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, 2011, p. 156; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, 2016, p. 125-127.
- (10) La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, en su art. 15, recomienda a los Estados parte tipificar como delito la aceptación o solicitud por parte de un funcionario público de un beneficio indevido para que “actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales”; empero, dicho

minado modelo germánico, el cual solo penaliza la conducta del funcionario público que acepta una dádiva, y la del particular que se la ofrece, cuando dicho beneficio se relaciona con un acto determinado, o al menos determinable, perteneciente al ámbito de competencia de aquel. De todos modos, en algunos casos, como el del ordenamiento jurídico colombiano⁽¹¹⁾, este requisito resulta, por lo menos, flexibilizado⁽¹²⁾.

Según una opinión bastante extendida, los tipos penales de aceptación y ofrecimiento de dádivas constituyen una especie de *delitos de sospecha*. Este concepto proviene de la denominada pena de sospecha, institución propia del procedimiento inquisitivo, cuyo propósito era castigar al autor, cuando no se había logrado probar su culpabilidad completa, con una pena menor a la que debería haber recibido si se hubiera probado la comisión del delito (Sancinetti, 1994, p. 42). De acuerdo con este argumento, la criminalización de la aceptación y del ofrecimiento de dádivas persigue la misma finalidad, pues no se fundamenta en el hecho de que tales comportamientos sean en sí mismos desvaliosos y merecedores de reproche penal, sino que, se sostiene, responde a la sospecha de que, detrás de la aceptación del regalo por parte del funcionario público, existe un compromiso para favorecer a la persona que lo entrega; es decir, un supuesto de cohecho que no se ha podido probar (Donna, 2008, p. 252; Macagno, 2011, p. 190). Por ello, se concibe a estos delitos como normas penales ilegítimas, ya que, entre otras cosas, involucran una presunción probatoria contraria al principio de inocencia; en última instancia, de la aceptación y del ofrecimiento de la dádiva se *infere*, sin admitir prueba en contrario, la comisión del delito de cohecho, que es la razón —no manifiesta— por la cual se castiga a quienes llevan a cabo dichas conductas (Macagno, 2011, p. 188).

Ciertamente, es probable que la dificultad probatoria que plantea el delito de cohecho sea la razón que explique la decisión de criminalizar algunas conductas vinculadas con la corrupción de funcionarios públicos.⁽¹³⁾ De hecho, en ocasiones, ello se admite de un modo bastante explícito. Así, por ejemplo, los comentarios oficiales al Código Penal Modelo de los Estados Unidos

instrumento no contiene ninguna referencia a la aceptación de dádivas por mera consideración al cargo. Del mismo modo, la Convención Interamericana contra la Corrupción, en su art. 1, el cual define los actos constitutivos de corrupción, carece de toda alusión a la aceptación de dádivas o regalos por parte de funcionarios públicos.

- (11) El artículo 406 del Código Penal colombiano, en su párrafo segundo, penaliza al funcionario que “reciba dinero u otra utilidad de persona que tenga interés en asunto sometido a su conocimiento (...)”.
- (12) Asimismo, en el caso de Brasil, si bien el artículo 317 del Código Penal no exige que el beneficio indebidamente aceptado por el funcionario tenga por fin influir en la realización de un acto determinado, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria interpretan que ello es un requisito del tipo penal de cohecho pasivo. Al respecto, véanse VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, 2016, p. 127; SAAD-DINIZ/RODRIGUEZ, 2016, p. 151.
- (13) Sobre las dificultades probatorias del cohecho, puede verse ROSE-ACKERMAN, 2010, p. 227 y ss.

reconocen que *una* razón en favor de la tipificación penal del denominado cohecho subsiguiente, consistente en la aceptación y el ofrecimiento de una retribución por un acto ya realizado por el funcionario público, no pactada con anterioridad, reside en la necesidad de evitar la impunidad de los agentes en el caso de que no pueda probarse la existencia del acuerdo previo al cumplimiento de tal acto –*quid pro quo*–⁽¹⁴⁾. En otros casos, en cambio, aunque esta estrategia no se admita expresamente, hay razones importantes para suponer que la criminalización de cierta conducta responde a la necesidad de facilitar la prueba de un delito de corrupción. Piénsese, por ejemplo, en el delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público, mediante el cual se castiga al agente que, luego de ser debidamente requerido, omitiere justificar un aumento apreciable de su patrimonio ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo público⁽¹⁵⁾. Aunque la cuestión no está exenta de polémica, un sector de la doctrina considera que ni el incremento patrimonial ni la omisión de justificarlo pueden constituir la conducta desvaliosa que se reprocha al agente; en cambio, según esta opinión, el tipo penal establece una presunción probatoria en contra del acusado: concretamente, si el funcionario no justifica su enriquecimiento, se presume que ello se debe a la comisión de *algún* delito de corrupción, que ni siquiera es necesario determinar⁽¹⁶⁾.

Ahora bien, el problema de la perspectiva que concibe a los tipos penales de aceptación y ofrecimiento de dádivas como delitos de sospecha es que

(14) En los comentarios al artículo 240.3, se sostiene: “Section 240.3 obviates a difficulty of proof sometimes encountered in bribery prosecutions. Where both the fact of payment to a public servant and an exercise of official discretion favorable to the payor are established, common sense suggests that bribery has occurred. Yet in some cases, prosecution for that offense may fail for lack of evidence that the defendant offered or solicited or agreed to confer or accept the payment in advance of the official action. Where the prior understanding is reached with sufficient secrecy or subtlety, the actors may escape conviction for bribery even though they have acted to undermine the integrity of government in exactly the manner condemned by that offense. Section 240.3 reflects the judgement that complete exoneration from liability is inappropriate, even though conviction for bribery is not obtainable (...)”. The American Law Institute, *Model Penal Code and Commentaries* (Official Draft and Revised Comments), Part II, § 240.0 to 251.4, Philadelphia, 1980, p. 60-61. En el mismo sentido, algunos autores españoles coinciden con la idea de que la razón que explica la criminalización del cohecho subsiguiente es fundamentalmente el intento de eludir la dificultad que plantea la prueba del acuerdo previo al acto del funcionario. Al respecto, puede verse OLAIZOLA NOGALES, 1999, p. 269.

(15) El artículo 268 (2) del Código Penal argentino, en su primer párrafo, dispone: “Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del enriquecimiento, e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos (2) años después de haber cesado en su desempeño”. Tanto la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 20) como la Convención Interamericana contra la Corrupción (art. IX) recomiendan a los Estados parte tipificar como delito el enriquecimiento ilícito.

(16) Al respecto, véase SANCINETTI, 1994.

asume, sin más, que tales conductas no involucran la realización de un ilícito merecedor de castigo; es decir, la idea de que, en *ningún* supuesto, el funcionario que acepta un regalo y el ciudadano que lo ofrece deberían ser castigados por ello. Probablemente, la asunción de esta premisa se explique porque, a diferencia de la mayoría de los delitos de corrupción, que sancionan conductas cuyo merecimiento de pena es evidente, como el cohecho, el peculado o el tráfico de influencias, en este caso, se penalizan comportamientos que, en determinados ámbitos de la vida social, son perfectamente legítimos e, incluso, dignos de elogio. Los regalos representan una de las formas más genuinas y nobles de expresar afecto y consideración por los demás, y, de este modo, ayudan a construir y promover lazos de fraternidad entre las personas; en este aspecto, constituyen una de las prácticas sociales más loables (Teachout, 2014, p. 17). Sin embargo, como se intentará demostrar, cuando tienen lugar en la Administración Pública, estas prácticas son especialmente peligrosas y, por tanto, su criminalización resulta justificada.

En líneas generales, el trabajo defiende la tesis de que, en la medida en que sitúen al funcionario en un conflicto de intereses, la aceptación y el ofrecimiento de regalos tienen la capacidad de interferir con las decisiones de la Administración. Si bien esta es una idea que, con diferentes matices, ha sido planteada ya por algunos autores, se intenta mostrar, con el apoyo de investigaciones empíricas, cómo opera en concreto esta práctica y por qué resulta especialmente riesgosa para el buen funcionamiento del Estado. El esclarecimiento de la función que desempeñan los regalos permite entender no solo la necesidad de su criminalización, sino también en qué circunstancias se debe ser más riguroso con tales comportamientos, y, en cambio, cuando existen razones para ser más permisivos. Ciertamente, aunque en la doctrina parece haber consenso de que algunos regalos son socialmente adecuados y, en consecuencia, atípicos, en general, tales planteos no profundizan mínimamente en el tema, más allá de la invocación abstracta de la idea de adecuación social. En el plano dogmático, el trabajo aporta ciertos criterios que pueden ser útiles para orientar a los operadores judiciales en la solución de este problema. A su vez, la perspectiva que se defiende aquí muestra con claridad la sutil diferencia que existe entre los regalos y los sobornos; en este sentido, además de un esfuerzo de clarificación conceptual, se proponen parámetros para determinar, en la práctica, si el ofrecimiento y la aceptación de una dádiva constituye, en realidad, un regalo o un soborno. Por último, el trabajo aborda críticamente el argumento, planteado con frecuencia en la doctrina, de que la criminalización de estos comportamientos es contraria al principio de *ultima ratio* del Derecho Penal.

II. LA DISTINCIÓN CONCEPTUAL ENTRE REGALOS Y SOBORNOS

Independientemente de cómo cada legislación traza la línea divisoria entre sobornos y regalos, y aunque en la práctica la distinción puede presentar cierta complejidad, hay una diferencia conceptual clara entre ambos⁽¹⁷⁾. En un sentido amplio, alguien es sobornado si, en el ámbito de competencia que le otorga cierta función pública, posición o trabajo, recibe algo de valor, o acepta una promesa de recibirlo en el futuro, como *contraprestación* para realizar un acto en favor de otro (Green, 2005, p. 148). La aceptación de un soborno presupone, entonces, la existencia de un *acuerdo*: el funcionario se compromete a realizar una conducta relativa a su función a cambio de un beneficio que el sobornador entrega o promete⁽¹⁸⁾. Si bien no parece haber razones para limitar el concepto de soborno al dinero u otros beneficios de contenido económico (Green, 2005, p. 149; Hellman, 2017, p. 1972 y ss.), la doctrina y la jurisprudencia de algunos países adoptan una interpretación restrictiva, que solo considera abarcado por el cohecho la aceptación y el ofrecimiento de objetos de valor patrimonial⁽¹⁹⁾.

Por supuesto, aunque aquí no es lo que interesa analizar, además de los funcionarios públicos, conceptualmente también los empleados de empresas

(17) En contra, LINDGREN, quien sostiene que, dada la complejidad que presenta la distinción entre, por un lado, los sobornos y, por el otro, los regalos, propinas y contribuciones a campañas electorales, no es una objeción importante contra su teoría la imposibilidad de dar cuenta de sus diferencias. Al respecto, véase LINDGREN, 1993, p. 1707.

(18) Como ya se ha señalado, algunas legislaciones incluyen en la definición de cohecho la aceptación de una retribución posterior a la realización del acto del funcionario, pero no pactada con anterioridad, denominado por la doctrina *cohecho subsiguiente*. Así lo hace, por ejemplo, el Código Penal alemán (§331, §332 StGb). Del mismo modo, el Código Penal español contiene una cláusula expresa (art. 421 CP), la cual dispone que la pena del cohecho también se aplicará “cuando la dádiva, favor o retribución se recibiere o solicitare por la autoridad o funcionario público, en sus respectivos casos, como recompensa por la conducta descrita en dichos artículos”. En el mismo sentido, el Código Penal chileno equipara la conducta del empleado público que solicita o acepta un beneficio “para ejecutar o *por haber ejecutado* un acto propio de su cargo (...)” (art. 248 CP, 2° párrafo. Las cursivas han sido agregadas por el autor). En cambio, aunque el Código Penal Modelo de Estados Unidos también tipifica como delito la recompensa por un acto ya realizado por el funcionario, lo considera un delito de menor gravedad que el cohecho (§ 240.3 MPC). Asimismo, la legislación argentina solo incluye en la definición de cohecho la aceptación y el ofrecimiento de dádivas para que el funcionario haga “algo relativo a sus funciones” (art. 256 CP); en consecuencia, los beneficios vinculados a decisiones pasadas, no pactados con anterioridad, se subsumen en el delito de admisión y ofrecimientos de dádivas en consideración al cargo (art. 259 CP). Ahora bien, aunque se acepte la penalización del cohecho subsiguiente, es discutible que su ilicitud sea equiparable a la del cohecho antecedente. Concretamente, podría sostenerse, tal como lo establece el Código Penal argentino, que la aceptación de una dádiva con posterioridad a la realización de un acto funcional, que no responde a un acuerdo previo, conceptualmente constituye un regalo y, por tanto, merece ser tratada con menor severidad que cuando tiene lugar un acuerdo con prestaciones recíprocas –*quid pro quo*–. Sobre esta discusión, véanse OLAIZOLA NOGALES, 1999, p. 265 y ss.; LOMBANA VILLALBA, 2014, pp. 397-398.

(19) Sobre la discusión de este problema en las doctrinas española, alemana e italiana, véase OLAIZOLA NOGALES, 1999, p. 305 y ss.

privadas o los deportistas pueden ser sobornados; de hecho, muchas legislaciones prevén tipos penales de cohecho privado que sancionan estas conductas.⁽²⁰⁾ De todos modos, lo que importa subrayar es que solo tiene sentido hacer referencia a la aceptación de un soborno cuando el beneficio se relaciona con un deber vinculado a cierta función específica del agente. Así, pues, el sicaario que, a cambio de una suma de dinero, se compromete a matar a otro, no acepta estrictamente un soborno, ya que el deber de no matar no constituye una obligación que surja de un rol o posición en particular; por el contrario, se trata de una obligación que incumbe a todas las personas como agentes morales (Philips, 1984, p. 622).

Ahora bien, los regalos presentan una estructura diferente a los sobornos; concretamente, no involucran un acuerdo con prestaciones recíprocas (Philips, 1984, p. 632; Rose Ackerman, 2010, p. 237). A diferencia de quien acepta un soborno, la persona que recibe un regalo no se compromete a realizar una conducta determinada como contraprestación (Green, 2005, p. 149; Stein, 2012, p. 65-66). Este carácter unilateral de los regalos no implica negar que, en ciertos casos, se regala con la *expectativa* de recibir algo a cambio (Green, 2005, p. 149). Así, por ejemplo, aunque es común que los museos ofrezcan entradas gratuitas en días y horarios determinados, se espera de los visitantes una “colaboración” voluntaria. La novia que obsequia un presente de aniversario a su pareja muy probablemente espera recibir también un regalo de su parte. De todos modos, como señala Green, no es lo mismo intercambiar regalos que intercambiar bienes o servicios como parte de un acuerdo (Green, 2005, p. 149). Sería absurdo, por caso, que quien se entera de que una amiga le ha comprado un regalo de Navidad, le manifestara: “Mira, dime exactamente cuánto has gastado, porque ahora es mi deber darte un presente del mismo valor del que tú me compraste”⁽²¹⁾. Ello se debe a que, si bien aceptar un regalo puede generar un deber de ser amable con el dador o de mostrar cierta condescendencia hacia él, no da lugar a la obligación de entregar un objeto de similar

(20) Así lo hacen, entre otros, el Código Penal español (art. 286 bis CP), el Código Penal alemán (§ 299 StGb) y el Código Penal chileno (arts. 287 *bis* y 287 *ter*).

(21) El diálogo ha sido extraído del episodio “The Bath Item Gift Hypothesis”, número 11 de la segunda temporada de la serie televisiva *The Big Bang Theory*. El físico Sheldon Cooper, al enterarse de que su vecina, Penny, le ha comprado un regalo de Navidad, le dice: “The foundation of gift giving is reciprocity. You haven’t given me a gift; you have given me an obligation”. Al no saber con precisión cuánto ha gastado Penny en el regalo para él, Sheldon decide comprarle varios obsequios de diferente valor. De esta forma, llegado el momento de intercambiar regalos, Sheldon planea abrir primero el suyo, para luego entregar a Penny, entre los diferentes obsequios comprados, aquel que posea el mismo valor del recibido. En este sentido, lo que causa gracia de la actitud de este personaje, cuyo rasgo característico consiste en pretender interpretar las reglas sociales con la rigurosidad propia de las ciencias exactas, es que no puede captar la ambigüedad ínsita a la práctica de intercambiar regalos. Sheldon concibe el intercambio de regalos de Navidad como si fuera un contrato de compraventa, en virtud del cual el acto de entregar un obsequio funciona como el pago de un precio por lo recibido.

valor a cambio⁽²²⁾. Y, de hecho, si quien regala con la expectativa de recibir algo del otro, fracasa en lograr lo que pretendía, no puede afirmarse que haya sido defraudado, como sí es defraudado quien paga el precio de venta de una cosa y no recibe lo que compró (Philips, 1984, p. 634).

Fundamentalmente, con ello se quiere destacar que, en la vida cotidiana, aun cuando un obsequio se otorgue con la expectativa de influir en la conducta de otro, no deja de ser, por esa razón, un regalo. De hecho, tampoco deja de serlo cuando el que lo recibe es consciente del propósito del dador. La persona que acepta una invitación a cenar de alguien que quiere seducirlo/a, puede razonar, justificadamente o no: “Iré a la cena, seré amable con él/ella, pero no haré nada”. Y aunque, al final, las cosas puedan resultar diferentes y ocurrir la seducción, esto no implica que él/ella haya “pagado” por sexo ni que él/ella se haya “vendido”. Lo que diferencia esta situación del acto de prostituirse es, precisamente, la inexistencia de un *acuerdo* para intercambiar sexo por bienes materiales⁽²³⁾.

Pues bien, la distinción entre regalos y sobornos se fundamenta exactamente en el mismo principio. En este sentido, aunque un ciudadano otorgue un obsequio a un funcionario con la finalidad de influir en su decisión, y aun cuando este sea consciente del propósito de aquel, a menos que exista un acuerdo para realizar cierta conducta a cambio, el funcionario no ha aceptado un soborno, sino un regalo. Y, por supuesto, tal distinción se mantiene a pesar de que, *ex post*, el obsequio sea eficaz e influya en la decisión del funcionario. Naturalmente, el acuerdo no necesariamente debe ser expreso, sino que

(22) De hecho, es común que, cuando alguien da un obsequio, tienda a cerciorarse de no entregar también el recibo donde consta el precio pagado. Este carácter no monetario de los regalos explica, a su vez, la dificultad de ciertas explicaciones económicas para dar cuenta de esta práctica. Precisamente, se ha señalado que los regalos, desde el punto de vista económico, son ineficientes. En este aspecto, se entiende por *ineficiencia* la brecha entre la utilidad que proporciona el obsequio y la utilidad que habría obtenido el receptor si, con el dinero gastado, se hubiera comprado lo que él quería. En la medida en que, difícilmente, lo que otro decida comprar pueda proporcionar la misma satisfacción que obtendría el destinatario del regalo si él mismo hubiera gastado el dinero según sus preferencias, los regalos involucran una destrucción de valor. En vez de comprar obsequios, continúa el argumento, sería económicamente más eficiente darle al otro directamente el dinero, para que lo gaste como mejor le parezca. Empero, la idea misma de “regalar” dinero resulta extraña; de hecho, especialmente cuando tiene lugar entre personas cercanas, puede ser visto como un acto frívolo y desconsiderado. Y tal reacción, lejos de constituir una respuesta irracional, se debe a que los regalos cumplen una función expresiva: transmiten sentimientos de afecto y estima por los demás. La intervención del dinero, por su carácter de instrumento de cambio, corrompe dicha función. Por ello, aunque fuera cierto que regalar dinero maximiza la utilidad, también tiene la capacidad de pervertir la dimensión expresiva del regalo. Sobre este problema, véase SANDEL, 2013, pp. 99 y ss.

(23) Expresado con palabras de Philips: “There is a distinction between accepting a drink with the understanding that one is agreeing to be seduced and accepting a drink with the knowledge that so doing will make one’s seduction more likely. To be bribed is to be bought, not merely to be influenced to do something”. PHILIPS, 1984, p. 633.

puede ser también tácito. Así, por ejemplo, el hecho de que, luego de cometer una infracción de tránsito, un automovilista introduzca un par de billetes en el bolsillo de la camisa del funcionario, quien, a su vez, inmediatamente autoriza a aquel a retirarse, sin registrar la infracción, permite concluir que se ha alcanzado un acuerdo entre ambos, aun cuando nunca se haya formulado expresamente. Por ello, en los hechos, puede ser complicado diferenciar los sobornos de los regalos. De todos modos, más allá de las dificultades probatorias, existe una diferencia conceptual entre aceptar algo de valor como contraprestación para realizar acto relativo al cargo —i. e., un soborno—, y aceptar algo de valor simplemente con la consciencia de que, de esa forma, el dador pretende influir en la realización de un acto funcional —i. e., un regalo—.

La clarificación de esta distinción es relevante, pues, en la doctrina, tiende a asumirse la idea de que, cuando la entrega del regalo pretende influir en una decisión específica del funcionario, y cuando este se representa la posibilidad de que el obsequio ejerza dicha influencia, se trata necesariamente de un caso de cohecho. Esta interpretación otorga al tipo penal de ofrecimiento y aceptación de dádivas un alcance limitado: solo tendría lugar la comisión de este delito cuando el beneficio se ofrece sin ninguna consideración a una decisión futura del funcionario, ya que cualquier intento por influir en un acto posterior desplazaría la conducta al delito de cohecho (Creus, 1981, p. 304)⁽²⁴⁾. En favor de este modo de delimitar el alcance de ambos ilícitos suelen invocarse fundamentalmente razones pragmáticas, en tanto permitiría hacer más sencilla la aplicación del Derecho. Si hubiera que diferenciar entre las dádivas otorgadas con una mera expectativa de *influir* en un acto del funcionario y las dádivas otorgadas como *contraprestación* por un acto del funcionario, se sostiene, el parámetro de distinción dependería de un sutil análisis de la subjetividad de los agentes, lo cual llevaría a que, en la práctica, fuera imposible delimitar consistentemente el alcance de ambos delitos⁽²⁵⁾.

Sin embargo, este argumento no puede convencer. Por más que existan dificultades para trazar la distinción, si lo que hace del cohecho un comportamiento más grave es la celebración de un acuerdo con prestaciones recíprocas —*quid pro quo*—,⁽²⁶⁾ entonces debe diferenciarse entre la dádiva que se

(24) La misma discusión tiene lugar en la doctrina estadounidense en relación con el alcance del delito de *unlawful gratuity* y su delimitación respecto del cohecho. Sobre este problema, véase KLEIN, 1999, pp. 116-133.

(25) KLEIN, 1999, p. 130.

(26) La justificación de la escala penal más severa que, en las distintas legislaciones, se prevé para el cohecho en comparación con el delito de aceptación y ofrecimiento de dádivas puede explicarse según diferentes teorías. De acuerdo con cierto enfoque, cuando un funcionario acepta un soborno, en la medida en que se *compromete* deliberadamente a favorecer los intereses del sobornador por encima de los principios a los cuales debe fidelidad, incurre en un comportamiento *desleal*, lo cual no ocurre cuando simplemente

ofrece con la expectativa de influir en una decisión futura –i. e., un regalo– y la dádiva que se ofrece con el propósito de lograr un acuerdo para que el funcionario tome una decisión a cambio –i. e., un soborno–. La postura que propone tratar todos estos casos como cohecho, en cambio, acepta castigar a los agentes que ofrecen y aceptan regalos como si hubieran cometido un ilícito más grave, lo cual, evidentemente, implica una violación al principio de culpabilidad. La solución al problema consiste, entonces, no en abandonar la distinción, sino en proponer criterios que, con el mayor grado de precisión posible, permitan orientar a los operadores judiciales para aplicar correctamente ambos tipos penales.

III. LA CUESTIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Existen diferentes planteamientos en relación con el bien jurídico que lesionan las conductas de aceptación y ofrecimiento de dádivas en el ámbito de la Administración Pública. Según cierta perspectiva, estos comportamientos atentan contra la moralidad e integridad de los funcionarios públicos; es decir, constituyen la violación de un deber de que los agentes estatales tienen con respecto a la Administración (Vázquez-Portomeñe Seijas, 2011, p. 166 y ss.). En un Estado republicano, se afirma, los funcionarios deben ejercer su trabajo sin otra retribución que el sueldo que reciben (Donna, 2008, p. 237); la aceptación de una dádiva, por tanto, aunque no esté vinculada a la realización de un acto funcional, involucra el incumplimiento de dicha obligación. Sin embargo, como han sostenido diferentes autores, el mero incumplimiento de un deber de integridad o probidad no puede constituir estrictamente el objeto de protección penal (De la Mata Barranco, 2006, p. 95 y ss.; Lombana Villalba, 2014, p. 181). En un Estado democrático, la relación interna de los funcionarios con la Administración, y los deberes de obediencia que surgen de ese vínculo importan, no como un bien en sí mismo, sino en la medida en que sirvan para satisfacer necesidades de los administrados (De la Mata Barranco, 2006, p. 98; Artaza, 2016, p. 321). Desde el punto de vista jurídico-penal, la relevancia de la infracción de tales deberes reside, entonces, en la posibilidad de que afecten el funcionamiento de la Administración Pública y, de esta forma, lesionen intereses valiosos de los ciudadanos. De lo contrario, se asume una perspectiva formalista, que protege el cumplimiento de deberes por el hecho mismo de ser deberes, y sin ninguna referencia a los derechos de la población.

acepta un regalo. Con arreglo a otra perspectiva, en cambio, el acuerdo mediante el cual se intercambian decisiones estatales por otros bienes constituye una forma de *mercantilización* del gobierno, esto es, la compra y venta de algo que debería estar fuera de las reglas del mercado. Para una defensa de la teoría de la deslealtad, véase GREEN, 2005, pp. 153-163. Sobre la teoría de la mercantilización, véase ALLDRIDGE, 2000, pp. 287-322.

Según otra perspectiva, la aceptación y el ofrecimiento de dádivas en el ámbito de la Administración lesionan la *confianza* de los ciudadanos en la imparcialidad e integridad de los funcionarios⁽²⁷⁾. Así, por ejemplo, se ha sostenido que la criminalización de estas prácticas tiene por finalidad proteger: “La irreprochabilidad e insospechabilidad de los funcionarios públicos”⁽²⁸⁾, o la confianza en la “objetividad” de sus decisiones (Rúa, 2011, p. 603). En líneas generales, con ello se afirma que no solamente es necesario resguardar la imparcialidad de la Administración, sino que deben sancionarse también los comportamientos que, aunque estrictamente no la afecten, pueden crear dudas o sospechas de parcialidad respecto de la actuación de los agentes estatales. De acuerdo con este argumento, la existencia de un mínimo grado de confianza en la imparcialidad de la Administración es una condición indispensable para su funcionamiento adecuado, pues, de otro modo, los ciudadanos se resistirían a obedecer sus decisiones; la merma de la confianza en la objetividad de los funcionarios, al amenazar la disposición del público a acatar los actos administrativos, entorpecería el funcionamiento del Estado, con el consiguiente perjuicio a los intereses de los administrados⁽²⁹⁾.

La tesis de la confianza tiene la virtud de identificar el bien jurídico protegido correctamente en relación con los intereses de los ciudadanos, y, de este modo, evita caer en una perspectiva formalista. Empero, también es susceptible de cuestionamientos importantes. Por un lado, se ha señalado que la definición del objeto de protección como un sentimiento de confianza en la Administración resulta demasiado abstracta y, en consecuencia, no puede cumplir la función de limitar el alcance del tipo penal que normalmente se atribuye al bien jurídico (Vázquez-Portomeñe Seijas, 2016, p. 131). Además, si lo que importa es la desconfianza que crea en la población la aceptación de dádivas por parte de funcionarios públicos, debería concluirse que cuando estas prácticas ocurren en secreto, en condiciones en las que el resto de los ciudadanos no tienen posibilidades de conocer su existencia, no hay ninguna lesión a un bien jurídico. Y, sin embargo, tal conclusión es difícil de admitir, porque no se advierte cómo el hecho de que la aceptación de un regalo sea desconocida por la población puede eliminar completamente la ilicitud del acto⁽³⁰⁾.

(27) Sobre la receptación de esta idea en la jurisprudencia española, véase ARRIBAS LÓPEZ, 2009, pp. 4 y ss.

(28) En la doctrina argentina, entre otros, defienden esta idea: BUOMPADRE, 2011, p. 508; RUA, 2011, p. 603.

(29) Con diferentes matices, esta perspectiva también se defiende con relación al bien jurídico protegido por el delito de cohecho. Al respecto, véanse LOOS, 2009, pp. 156 y ss.; OLAIZOLA NOGALES, 1999, pp. 101 y ss.

(30) Sobre la crítica a la tesis de la confianza en relación con el bien jurídico protegido por el cohecho, véase VIZUETA FERNÁNDEZ, 2003, pp. 208 y ss.

De todos modos, el problema central de conceptualizar el bien jurídico protegido como la confianza de los ciudadanos en la imparcialidad o integridad de los funcionarios, en definitiva, consiste en que la cuestión relevante no es la confianza, sino el objeto en el que ella se deposita. Expresado de otra forma, si la aceptación de regalos crea un sentimiento de desconfianza en la población acerca de la imparcialidad de la Administración Pública es porque, en última instancia, se presupone que tales actos pueden afectar dicha imparcialidad, que es lo verdaderamente importante. En consecuencia, el sentimiento de confianza no agrega nada a la determinación del bien jurídico (Vizueta Fernández, 2003, p. 209). En efecto, supóngase, hipotéticamente, que se demostrara que los funcionarios públicos son más imparciales, eficientes y productivos cuando reciben regalos que cuando no lo hacen; si ello fuera cierto, el sentimiento de desconfianza de la población sería irracional, y antes que criminalizar tales comportamientos, habría que convencer a los ciudadanos de que confíen en los funcionarios que reciben regalos. En definitiva, el hecho de que la desconfianza sea considerada una reacción *sensata* frente a la aceptación y el ofrecimiento de dádivas se debe a la suposición –razonable– de que dichos actos son nocivos para el buen funcionamiento de la Administración Pública.

En este aspecto, las teorías que definen el bien jurídico protegido en relación con la capacidad de los regalos para afectar las decisiones de los funcionarios se orientan en la dirección correcta. Según cierta opinión, cuando un agente estatal recibe un obsequio, aunque no se comprometa a realizar un acto como contraprestación, se convierte en un sujeto corruptible, pues ya surge una relación de dependencia respecto de la persona que lo entrega (Gimbernat Ordeig, 2010, p. 23). Ahora bien, si se entiende por “corruptible” la posibilidad de que, ulteriormente, el funcionario esté dispuesto a aceptar sobornos, la teoría involucra una clara violación al principio de culpabilidad (Vázquez-Portomeñe Seijas, 2011, pp. 169-170); ello se debe a que no se puede inferir de la aceptación de un regalo que el funcionario, en el futuro, acordará recibir beneficios *a cambio de* actos relativos a su función, como tampoco puede presumirse que una persona que ha cometido un hurto, en el futuro, cometerá un hecho de robo.

La peligrosidad de aceptar un regalo no consiste, entonces, en la facilitación de futuros sobornos, sino en que tal hecho, *por sí mismo*, tiene la potencialidad de influir en decisiones relativas al cargo⁽³¹⁾. Fundamentalmente, esto

(31) Por tal razón, no se debe exigir, como lo hace Vázquez Portomeñe, que al aceptar el regalo el funcionario se represente, además, la posibilidad de que el ciudadano formule futuras exigencias. Por el contrario, es suficiente, en el plano subjetivo, que el agente estatal advierta que el regalo proviene de alguien cuyos intereses pueden razonablemente colisionar con el interés en el correcto ejercicio de su función. Esto

es así porque la recepción de una dádiva, normalmente, sitúa al funcionario en una situación de contradicción entre los intereses que, por su cargo, está obligado a resguardar y los de la persona que entrega el obsequio (Kindhäuser, 2007, pp. 9-11; Vázquez-Portomeñe Seijas, 2011, p. 171). Tal conflicto de intereses constituye, en general, una conducta riesgosa para el funcionamiento de la Administración Pública, porque, aunque los funcionarios no se comprometan deliberadamente a favorecer a alguien, existe el peligro de que, al carecer de imparcialidad⁽³²⁾, *finalmente*, los intereses particulares influyan en sus decisiones. Por supuesto, esto no implica que todas las veces que un agente se sitúa en un conflicto de intereses adopte una decisión incorrecta, como tampoco toda persona que conduce un automóvil bajo los efectos del alcohol ocasiona siempre accidentes; empero, sí basta para afirmar la existencia de un riesgo, al menos en abstracto, de que el contenido de las decisiones de la Administración no se adecúe a la legalidad ni refleje los intereses generales que esta debe promover y, en consecuencia, se afecte el correcto funcionamiento de las instituciones del Estado.

Precisamente, el peligro más serio de estas prácticas, como demuestra un *corpus* importante de literatura empírica⁽³³⁾, radica en el sesgo inconsciente que introducen en la toma de decisiones, ya que, al aceptar regalos, es frecuente que los agentes tiendan a interpretar lo que deben hacer de un modo que coincide con los intereses de aquellos que se los ofrecen (Dana/Lowenstein, 2003, p. 253). En líneas generales, tal sesgo opera *indirectamente*, al modificar la forma en que los sujetos analizan y valoran la información necesaria para la toma de decisiones (Dana/Lowenstein, 2003, p. 253); esto es, la percepción acerca de lo que constituye la decisión correcta, en definitiva, es modelada por el interés personal en compensar al dador del regalo. De acuerdo con lo que sugieren diferentes estudios experimentales, a menudo, ello ocurre incluso cuando el sujeto intenta verdaderamente mantener un juicio objetivo, lo cual refuerza la idea de que la distorsión que introducen estas prácticas en

es así, porque aun cuando el que otorga el regalo posteriormente no formule ninguna petición, la propia aceptación del obsequio puede generar una distorsión en la decisión del funcionario. Sobre este planteo, véase VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, 2016, pp. 135-136.

- (32) En líneas generales, el concepto de imparcialidad, en su dimensión negativa, hace referencia al deber de los funcionarios de no comprometerse con ninguno de los intereses particulares involucrados en determinado procedimiento. En su dimensión positiva, refiere a la obligación de identificar y valorar todos los intereses implicados en el proceso de modo previo a la toma de una decisión, y, con posterioridad, resolver de acuerdo con lo que se considera más conveniente desde la perspectiva del interés público. Al respecto, puede verse: GUERRINI/GUIDI, 2013, p. 101.
- (33) En el ámbito de la medicina, se han realizado diferentes investigaciones sobre la influencia de los regalos que las empresas farmacéuticas ofrecen a los médicos. Sobre este tema, véanse SAH/LOWENSTEIN, 2017, pp. 155-175; DANA/LOWENSTEIN, 2003, pp. 252-255.

el proceso decisorio funciona fundamentalmente a nivel inconsciente (Dana/Lowenstein, 2003, p. 253).

En este contexto, además, debe tenerse en cuenta que la aceptación y el ofrecimiento de regalos carecen de un fuerte estigma social; es decir, constituyen comportamientos que los miembros de la sociedad, en comparación con los sobornos, perciben como menos reprochables.⁽³⁴⁾ La relevancia de la percepción social sobre el grado de ilicitud de una conducta reside en su capacidad para influir en los mecanismos internos que regulan la acción individual. Así, pues, como demuestran investigaciones en el campo de la psicología social, las personas que valoran positivamente la honestidad y se ven a sí mismas como honestas obtienen una recompensa o satisfacción interna al actuar conforme a sus estándares morales; por consiguiente, tales individuos tienden a evitar incurrir en comportamientos que, por apartarse de esos estándares, pueden alterar radicalmente la imagen que tienen de ellos (Mazar/Amir/Ariely, 2008, p. 634). En este sentido, ante situaciones que les posibilitan obtener beneficios económicos de manera deshonestas, los agentes se encuentran sujetos a motivaciones contrapuestas: o bien llevan a cabo una conducta que los beneficia, pero que los obligaría a modificar su autopercepción como personas honestas, o bien mantienen la imagen positiva que tienen de sí mismos, pero renuncian a beneficiarse con la realización de esa acción (Mazar/Amir/Ariely, 2008, p. 634). Esta tensión motivacional, frecuentemente, es resuelta mediante una adaptación o equilibrio entre ambas fuerzas, de modo tal que las personas *solo* realizan comportamientos deshonestos cuando, a su vez, poseen ciertos mecanismos internos que les permiten conservar su imagen de honestidad (Mazar/Amir/Ariely, 2008, p. 634).

Una vez que esto se tiene en cuenta, puede advertirse por qué los regalos son especialmente peligrosos para el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Mientras muchos funcionarios no estarían dispuestos a aceptar sobres llenos de billetes a cambio de realizar actos propios de su cargo —sobornos—, porque ese comportamiento los haría verse a sí mismos como corruptos, en cambio, la aceptación de ciertos obsequios, en la medida que constituye una acción que carece de una carga moral negativa tan intensa, les permite obtener beneficios sin modificar su propia imagen de personas respetables. La potencialidad de los regalos para expandirse en el ámbito de la

(34) En un experimento realizado por Green y Kugler, se les pidió a los participantes que calificaran, en una escala del 1 al 7, el grado de reprochabilidad de diferentes comportamientos. La aceptación de un regalo por parte de un funcionario público fue valorada como menos reprochable (5,12) que la aceptación de un soborno (6,67). Asimismo, solo un 63 por ciento de los participantes opinó que la acción de aceptar un regalo debería ser criminalizada, mientras que, con respecto a la aceptación de un soborno, un 96 por ciento se manifestó en favor de la criminalización. Para más detalles, véase GREEN/KUGLER, 2012, p. 47.

Administración reside, justamente, en su carácter ambiguo, o sea, en el hecho de que los beneficios que proporcionan se presentan revestidos de sentimientos de desinterés y estima, lo cual hace que incluso funcionarios honestos puedan sucumbir a su influencia. Si, además, como se ha señalado, resulta que esta práctica es un medio idóneo para interferir en las decisiones de los agentes, no hay dudas de que representa una amenaza para el correcto funcionamiento de la Administración Pública: el riesgo consiste en la posibilidad de que los intereses privados de las personas que ofrecen regalos prevalezcan sobre los intereses generales que deben orientar la actuación del Estado.

Ahora bien, un sector de la doctrina exige, para la consumación del delito, que la conducta ocasione un peligro concreto, lo que ocurriría solamente cuando, al momento de aceptar la dádiva, el funcionario tuviera un asunto pendiente que resolver, en el cual estuviera interesado el sujeto que realiza el ofrecimiento⁽³⁵⁾. Empero, esta interpretación es demasiado restrictiva, porque excluye del ámbito de aplicación del delito, sin razones atendibles, comportamientos idóneos para afectar el bien jurídico (Vázquez-Portomeñe Seijas, 2011, p. 172). Así, pues, el juez con competencia comercial que acepta sucesivos regalos de un importante abogado de ese fuero, aunque en ese momento no tenga pendiente de resolver ningún caso en el cual este intervenga, ya queda condicionado para tomar decisiones en los asuntos que, muy probablemente, serán patrocinados por dicho letrado en el futuro. Del mismo modo, según esta perspectiva, tampoco se subsumiría en el tipo penal la conducta del mafioso que ofrece regularmente obsequios a los fiscales de la ciudad, con el fin de condicionar a cualquiera de ellos que, posteriormente, pudiera intervenir en una investigación por sus actividades ilícitas. En definitiva, el problema con esta interpretación es que permitiría a los agentes eludir fácilmente la aplicación de la norma en situaciones que, no obstante, constituyen conflictos de intereses capaces de interferir en las decisiones de la Administración.

En cambio, para que la conducta se subsuma en el tipo penal, *sí* es preciso que exista una verdadera contradicción entre los intereses que el funcionario debe resguardar y los intereses de la persona que ofrece la dádiva; es decir, aunque al tiempo del ofrecimiento no exista ninguna decisión pendiente, al menos, debe ser *ex ante* probable que los asuntos en los que está interesado el dador del regalo, posteriormente, se conecten con decisiones del ámbito de competencia del funcionario. Ello no ocurre, por ejemplo, cuando, en una visita a la casa de gobierno del equipo que recientemente ha ganado el campeonato local de fútbol, se le entrega como obsequio al presidente una réplica del trofeo recibido. Tampoco tiene lugar un conflicto de intereses si una jueza

(35) Al respecto, véase VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, 2011, pp. 171 y ss.

recibe de parte de una entidad académica reconocida un premio por su destacada trayectoria profesional (Vázquez-Portomeñe Seijas, 2016, p. 135). En principio, en tales casos, la aceptación de la dádiva no sitúa al agente en una posición que podría *razonablemente* interferir con la toma de decisiones futuras relativas a su función.

IV. LA ADECUACIÓN SOCIAL DE LOS REGALOS

Un parámetro que suele invocarse para limitar el alcance de este delito es la adecuación social (Welzel, 1964, p. 87; Creus, 1981, p. 308; Oliver, 2004, p. 98 y ss.; Vázquez-Portomeñe Seijas, 2016, p. 124 y ss.; Rúa, 2011, p. 609). Con ello se pretende excluir el castigo de comportamientos que, aunque formalmente se subsumen en la norma, por su escasa gravedad, no tienen entidad suficiente como para dar lugar a un reproche penal. A modo de ejemplo, la doctrina cita, frecuentemente, el caso del cartero que, como regalo de Navidad, recibe un pequeño obsequio de alguno de los beneficiarios del servicio que presta (Oliver, 2004, p. 99; Roxin, 1997, p. 293). Ciertamente, sería demasiado severo hacer responsables penalmente a los agentes en circunstancias que, como en el escenario descrito, no revelan la realización de un ilícito merecedor de castigo. La aplicación del estándar de adecuación social permitiría excluir, correctamente, tales situaciones del ámbito de lo punible.

De todos modos, es preciso aclarar que la definición de lo socialmente adecuado no puede fundarse, como a veces se sostiene, exclusivamente en referencias empíricas⁽³⁶⁾; o, expresado de otra forma, el comportamiento habitual de las personas, lo que *de hecho* la gente hace y acepta como apropiado, no constituye un parámetro que, desde el punto de vista del Derecho, sirva para determinar por sí mismo si una conducta está prohibida por la norma (Greco, 2017, p. 47). De lo contrario, en contextos de amplia tolerancia social a prácticas corruptas, habría que llegar a la conclusión de que ilícitos graves, capaces de lesionar seriamente el funcionamiento de la Administración Pública, son atípicos, lo cual demuestra con claridad el carácter problemático de esta interpretación. Es por ello que el estándar de adecuación social debe interpretarse *normativamente* como un criterio que ayuda a delimitar el alcance de la prohibición; a fin de cuentas, lo socialmente adecuado hace referencia a

(36) Así, por ejemplo, Oliver parece interpretar el principio de adecuación social de esta forma: “En nuestra opinión, a pesar de que la regulación del delito de cohecho contenida en nuestro Código Penal no hace alusión alguna a estos aspectos, las consideraciones que giran en torno a la idea de la adecuación social deben ser tomadas en cuenta. En efecto, no puede sostenerse seriamente que sea voluntad de la ley penal, expresión de soberanía popular, el castigar comportamientos que la propia sociedad tolera o estima adecuados”, Oliver, 2004, p. 98.

comportamientos que son tolerados, no ya por la sociedad, sino por la *norma* penal, pues no realizan el injusto que ella prohíbe.

Ahora bien, entendido como un criterio normativo, el problema con el principio de adecuación social, como señala Roxin, es que no proporciona un parámetro de interpretación diferente a otros criterios de imputación disponibles, que, a su vez, son más precisos que aquel (Roxin, 1997, p. 295; Greco, 2017, p. 47). Concretamente, los casos que suelen presentarse como ejemplos de adecuación social, o bien constituyen supuestos de afectación insignificante del bien jurídico protegido, o bien se trata de comportamientos que se mantienen dentro del riesgo permitido (Roxin, 1997, p. 295 y ss.). De modo tal que dicho principio no agrega ningún criterio adicional que sea útil para la interpretación del tipo penal. Puede afirmarse, entonces, que una conducta es socialmente adecuada cuando no da lugar a la creación de un riesgo prohibido, o cuando produce una afectación meramente insignificante del objeto de protección penal. El análisis de la adecuación social de la aceptación y ofrecimientos y dádivas requiere, por tanto, recurrir a estos dos parámetros.

Conforme al principio de insignificancia o de bagatela, deben considerarse atípicos los comportamientos que, a pesar de corresponderse con la descripción de la conducta prohibida por la norma, carecen de la intensidad suficiente como para menoscabar el bien jurídico protegido (Roxin, 1997, p. 296 y ss.; Zaffaroni-Alagia-Slokar, 2005, p. 494). Así, pues, se sostiene que los regalos pequeños, como el caso ya mencionado del cartero, son incapaces de producir una lesión significativa al correcto funcionamiento de la Administración Pública. Ciertamente, sería irrazonable, por ejemplo, castigar al funcionario que se limita a aceptar un cigarrillo que circunstancialmente alguien le ofrece, o al profesor que recibe un caramelo de un alumno. Sin embargo, más allá de estos casos claros, no es posible establecer un límite absolutamente preciso a partir del cual los regalos son insignificantes. De hecho, investigaciones empíricas demuestran que, en ocasiones, incluso los obsequios pequeños son capaces de influir eficazmente en las decisiones del receptor (Dana/Lowenstein, 2003, p. 252). En este sentido, no parece correcto calificar como insignificantes los agasajos consistentes en comida y/o bebidas que, en algunos lugares, los abogados o estudios profesionales ofrecen regularmente a empleados y funcionarios judiciales⁽³⁷⁾. Si tales acciones tienen la capacidad de influir en el

(37) Sobre la habitualidad de esta práctica en algunos tribunales de la provincia de Córdoba da cuenta ANDRUET, 2019. El autor considera que tales obsequios, en razón de que se “extinguen” con su consumo, no dan lugar a un problema ético: “En tal espectro, se ubican los frecuentes sándwiches, masas, empanadas y algún otro insumo gastronómico de las características anteriores que –por lo general– implican un consumo rápido y un costo en términos generales no desmedido y que –al ser ofrecidos al conjunto del tribunal, sin especificidad de una persona u otra– en principio no generan ninguna perturbación ética”.

comportamiento de los funcionarios y generar un trato preferencial en comparación con otros abogados que no ofrecen regalos –v. gr.: mayor celeridad en el dictado de ciertas resoluciones judiciales–, entonces, evidentemente, ya no son conductas insignificantes.

Por otro lado, también es necesario analizar en qué casos la aceptación y el ofrecimiento de regalos se mantienen en el ámbito del riesgo permitido. Como es sabido, dicho concepto se fundamenta en la premisa de que resulta imposible, y además indeseable, prohibir la realización de toda actividad peligrosa para terceros. Cualquier interacción social involucra ciertos riesgos, los cuales no podrían eliminarse por completo sin, a su vez, renunciar a los beneficios que esas actividades proporcionan (Jakobs, 1996, p. 43 y ss.). Paradigmáticamente, siempre que exista tráfico rodado, es inevitable que se produzcan algunos accidentes, aun cuando los conductores observen la mayor precaución posible; de todas formas, dentro de ciertos márgenes, tales consecuencias se ven compensadas por las ventajas que entraña para la población contar con medios de transporte modernos (Roxin, 1997, pp. 371-372). La noción de riesgo permitido refiere, pues, a la determinación del umbral de tolerancia a las actividades peligrosas que son necesarias para la vida en sociedad.

En ciertos ámbitos, hay pautas precisas sobre lo que constituye el comportamiento aceptable, como la regla que establece el límite máximo de velocidad en el tránsito vial o el grado de alcohol en sangre permitido para conducir. La infracción de dichas normas es, por lo menos, un *indicio* de la creación de un riesgo prohibido (Roxin, 1997, pp. 1001-1002). En cambio, en otros espacios de la vida social, no existen reglamentaciones tan específicas para determinar el límite del riesgo permitido y, por tanto, es necesario recurrir a la ponderación. Para ello, se deben tener en cuenta, principalmente, el valor social de la conducta generadora del peligro, el grado de probabilidad de que el riesgo se materialice en el resultado disvalioso y la intensidad del daño que se produciría en tal caso (Roxin, 1997, pp. 1010-1011; Feinberg, 1984, p. 190 y ss.). La correlación entre estas variables proporciona un criterio útil para determinar el nivel de riesgo jurídico-penalmente relevante.

Con respecto a la aceptación y el ofrecimiento de regalos, se requiere analizar, en primer lugar, si existen circunstancias en las que tales conductas contribuyen a la consecución de fines valiosos para la Administración. Ello no debe descartarse, pues, como ya se ha señalado, los regalos cumplen también una función expresiva; esto es, transmiten sentimientos de afecto y estima por los demás, lo cual favorece el desarrollo de relaciones estrechas entre las personas. Precisamente, en ciertas dependencias de la Administración Pública, el surgimiento de esa clase de vínculos puede redundar en un mejor funcionamiento de la organización. Así, por ejemplo, en algunas oficinas judiciales,

es común que empleados, funcionarios y magistrados intercambien regalos con motivo de ciertas celebraciones —v. gr.: cumpleaños, Navidad, etc.—. Este tipo de prácticas ayuda a crear un ambiente laboral más confortable y fortalece las relaciones entre los integrantes del equipo de trabajo. Naturalmente, el hecho de que un juez reciba un obsequio de parte de un empleado de su juzgado puede también interferir con su imparcialidad para tomar determinadas decisiones, como recomendaciones para futuros ascensos o distribuir la carga de trabajo entre los miembros del grupo. Empero, estas consecuencias se ven compensadas por los beneficios que los regalos traen aparejados en el desarrollo de relaciones humanas más cercanas y cordiales⁽³⁸⁾; en definitiva, por el valor social que adquiere dicha práctica, en este caso, el nivel de riesgo permitido es más alto.

En cambio, cuando la aceptación y el ofrecimiento de regalos carecen de todo valor, el umbral de tolerancia a estos comportamientos es más bajo. Repárese, por ejemplo, en las relaciones entre jueces y abogados. A diferencia de lo que ocurre al interior de una dependencia estatal, cuyos miembros deben trabajar coordinadamente, en este caso, no hay razones para promover el desarrollo de vínculos cercanos entre los agentes. Por el contrario, es conveniente que las relaciones entre ambos sean distantes, ya que la función principal de los jueces consiste en resolver objetivamente asuntos en los cuales los abogados están interesados. En este escenario, entonces, los riesgos que ocasionan los regalos de distorsionar las decisiones judiciales no son compensados por beneficio alguno para el funcionamiento de la Administración Pública. Por ello, el nivel de riesgo permitido en el contexto de interacciones entre jueces y abogados es mínimo; o, lo que es igual, prácticamente cualquier regalo implica ya un peligro penalmente relevante.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta también la gravedad del daño que podría ocasionar la distorsión de la decisión del funcionario. Mientras mayor sea la relevancia de los intereses involucrados en los actos que son competencia del agente, menos razones para tolerar riesgos de interferencia en el proceso decisorio. Repárese, de nuevo, en el conocido ejemplo del cartero. Si, a fin de año, él recibe regalos —no insignificantes— de algunos ciudadanos, también existe el peligro de que ello afecte la prestación del servicio postal; concretamente, el cartero podría entregar más rápidamente la correspondencia de las personas que le ofrecen obsequios y con mayor demora la de los demás. Sin embargo, dado que estas consecuencias son bastante leves, el umbral de tolerancia a la aceptación de regalos puede ser elevado. En otros ámbitos de la Administración Pública, en cambio, las decisiones erróneas de los funcionarios

(38) Sobre este argumento, véase PHILIPS, 1984, p. 634.

son susceptibles de ocasionar daños severos. Los jueces penales, por caso, tienen la responsabilidad de resolver conflictos en los que están implicados intereses muy valiosos, como la libertad y la reputación del imputado, las pretensiones de la víctima o el interés de los miembros de la sociedad en evitar la comisión de futuros delitos. Las consecuencias que puede acarrear una sentencia penal contraria al Derecho son muy graves. Por tal razón, en este caso, el nivel de riesgo permitido debe ser extremadamente bajo.

Los criterios que se mencionan aquí proporcionan algunas pautas orientadoras para determinar en qué casos la aceptación y el ofrecimiento de regalos en el ámbito de la Administración Pública se mantienen dentro de lo penalmente tolerable. Si bien constituyen parámetros flexibles, cuya aplicación requiere de la interpretación judicial y del análisis de las características particulares de la situación concreta, parece difícil que una regla estricta pueda ofrecer una solución más conveniente. En este aspecto, algunos autores proponen establecer un límite cuantitativo, en virtud del cual se considerarían necesariamente atípicos todos los regalos cuyo valor no supere determinado monto dinerario (Gimbernat Ordeig, *El Mundo*, 2010, p. 23). Sin embargo, la adopción de una regla tan rígida no permitiría dar cuenta de las distintas variables que deben tomarse en cuenta para delimitar el nivel del riesgo permitido. Como se ha señalado, en ocasiones, tanto por la relevancia de los intereses involucrados en la decisión como por las características del vínculo entre los agentes, hay razones para prohibir incluso regalos de poco valor⁽³⁹⁾.

V. PARÁMETROS DE DISTINCIÓN ENTRE REGALOS Y SOBORNOS

Un problema importante, especialmente por su relevancia práctica, es cómo distinguir, en los hechos, el ofrecimiento y la aceptación de regalos de los sobornos. Como se explicó previamente, un ciudadano puede ofrecer un obsequio con la expectativa de influir en una decisión del funcionario, y este puede aceptarlo con consciencia del propósito de aquel; con todo, a menos que exista un *acuerdo* para que el funcionario realice cierto acto como contraprestación, no se trata de un soborno, sino de un regalo. En la práctica, sin embargo, la distinción resulta difícil de trazar, pues la *voluntad* de concertar el acuerdo, muchas veces, no se manifiesta de forma expresa, sino que surge tácitamente del comportamiento de los individuos. Piénsese, por ejemplo, en el abogado que, momentos antes de que se dicte la sentencia en la cual está interesado, y sin formular ninguna declaración, deja sobre el escritorio de la

(39) También se cuestiona a la propuesta de establecer un límite en función de la cuantía del regalo, porque excluiría de la norma las situaciones en las que, a lo largo del tiempo, se entregan sucesivamente obsequios de poco valor, lo que, finalmente, genera un vínculo de dependencia capaz de influir en las decisiones de los funcionarios. Al respecto, véase VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, 2011, p. 162.

jueza una caja de costosas botellas de champán; la funcionaria, a su vez, sin decir nada, guarda la caja en el armario de su oficina. ¿Ofreció el abogado la dádiva con una mera expectativa de influir en la decisión judicial o, en cambio, lo hizo con el propósito de concertar un acuerdo con prestaciones recíprocas? Por otro lado, ¿aceptó la jueza la dádiva simplemente con consciencia de que pretendían influenciarla o, en cambio, lo hizo con el compromiso de tomar una decisión a cambio?⁽⁴⁰⁾ Para responder a estas preguntas, previamente, es necesario establecer criterios que permitan determinar en cuáles circunstancias debe atribuirse a los agentes dolo de aceptación y ofrecimiento de sobornos, y en cuáles, en cambio, dolo de aceptación y ofrecimiento de regalos.

Ahora bien, aun cuando el dolo se entienda como un dato psíquico⁽⁴¹⁾, se debe partir, como con el tipo subjetivo de cualquier otro delito, del análisis de las condiciones objetivas en las que tiene lugar la conducta⁽⁴²⁾. Así, pues, si un sujeto de condiciones psíquicas normales, con un revólver cargado, apunta a la cabeza de otro desde de una distancia muy cercana y aprieta el gatillo, en principio, es correcto atribuirle dolo de homicidio, porque de tales circunstancias puede inferirse razonablemente su *voluntad* de matar, o, en todo caso, el *conocimiento* del elevado grado de riesgo contra la vida que conlleva la realización de esa acción, según como se defina el dolo⁽⁴³⁾. En cambio, si alguien golpea a otro con un palo en una pierna, debe adjudicarse *prima facie* dolo de lesiones, pues de esas circunstancias objetivas solo puede inferirse la voluntad, o el conocimiento del riesgo, de atentar contra la integridad física, mas no un dolo homicida. La situación es similar con respecto a la distinción entre el tipo de cohecho y el tipo de admisión y ofrecimiento de dádivas: en ausencia de una manifestación expresa de las partes, el dolo debe inferirse de los datos externos.

(40) Además de la dificultad para esclarecer la voluntad de los agentes en ausencia de una manifestación expresa sobre el carácter de la dádiva, otro factor que añade complejidad al análisis de los hechos es que, muy probablemente, para atenuar su responsabilidad penal, las partes tiendan siempre a sostener que los beneficios ofrecidos o aceptados eran regalos y no sobornos. Al respecto, véase ROSE ACKERMAN, 2001, p. 135.

(41) En general, el dolo suele entenderse como un estado mental (voluntad, conocimiento, etc.). De todos modos, una corriente minoritaria defiende la idea de que, al igual que la imprudencia, el dolo consiste en un juicio de reproche objetivo a la conducta del autor. Para una defensa de esta perspectiva, véase PÉREZ BARBERÁ, 2012, pp. 169-211.

(42) Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se reconoce la relevancia de los datos externos para la prueba del dolo. Así lo hace, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: "En la medida en que los aspectos subjetivos del delito no pueden ser aprehendidos a través de la percepción directa del juzgador, pueden y deben ser derivados a partir de la conducta desenvuelta por el agente que forma parte de la imputación". TSJ Córdoba, Sala Penal, 12.2.2010 (Aída Tarditti). Para un análisis pormenorizado de los criterios para la prueba del dolo, véase RAGUÉS I VALLÈS, 1999, pp. 379 y ss.

(43) Sobre las teorías volitivas y cognitivas del dolo, puede verse RAGUÉS I VALLÈS, 1999, p. 59-81.

En primer lugar, un factor importante a considerar es el valor de la dádiva. Mientras más valioso es lo que se da al funcionario, más razones para pensar que se trata de un soborno. Evidentemente, ello se debe a que es poco probable que alguien entregue algo de mucho valor con una simple *expectativa* de influir en la decisión del funcionario. En efecto, si un ciudadano ofrece un beneficio importante, es razonable suponer que pretende la reciprocidad de agente estatal; es decir, que solo se desprendería de un objeto de ese valor si tiene garantizado, al menos, el *compromiso* de que recibirá una contraprestación. Por supuesto, la consideración de algo como valioso presenta cierto grado de indeterminación, ya que se trata de un concepto graduable. De todos modos, para su concreción, debe tenerse en cuenta el carácter *bilateral* de los sobornos, o sea, el hecho de que, desde el punto de vista económico, constituyen un *precio* que se paga al funcionario para obtener cierto beneficio (Rose Ackerman, 2010, p. 224). Dicho de otra forma, si algo es suficientemente valioso como para ser un soborno, depende de lo que se pretende recibir a cambio. Así, por ejemplo, si lo que el funcionario debe decidir es la concesión de un importante contrato de obra pública, difícilmente la entrega de una costosa botella de champán pueda ser el precio que se paga para la adjudicación de dicho contrato; más bien, en tal caso, es razonable pensar que se trata de un regalo. En cambio, si el beneficio a obtener es la eximición de una multa de tránsito, esa misma dádiva sí podría configurar un soborno.

Asimismo, otro factor relevante para interpretar el dolo de las partes es la eventual conexión temporal entre el otorgamiento de la dádiva y la ejecución del acto funcional en el cual el ciudadano está interesado. En este sentido, cuando existe *inmediatez* temporal entre la recepción de algo de valor por parte del funcionario y la adopción de una decisión relativa al cargo, hay importantes razones para suponer que las partes entienden tales actos como contraprestaciones en el marco de un acuerdo bilateral. Piénsese, de nuevo, en el inspector de tránsito que, inmediatamente después de recibir un par de billetes de un automovilista, le ordena a este que se retire sin labrar el acta de infracción. Precisamente, aunque no haya existido una manifestación expresa de las partes, lo que hace pensar que ambos entienden la dádiva como un soborno es la conexión temporal estricta que existe entre el ofrecimiento de la dádiva y la decisión de no imponer una multa; dicha inmediatez permite inferir que hay una correspondencia mutua entre tales conductas, y no una mera *expectativa* de influir sobre un acto del agente.

Por último, también debe analizarse qué es lo que se ofrece al funcionario, es decir, si la dádiva consiste en dinero o en un objeto de otra naturaleza. Como se ha señalado, en la medida en que transmiten sentimientos de afecto por los demás, los regalos cumplen una función expresiva; y, justamente, esa

característica los convierte en una práctica peligrosa para el funcionamiento de la Administración Pública, pues tienen la capacidad de influir en las decisiones de los funcionarios. Empero, mientras que ciertos objetos pueden cumplir esa función adecuadamente, como *tickets* para eventos deportivos, invitaciones a almorzar o una caja de botellas de champán, la intervención del dinero, en cambio, por su carácter de instrumento monetario, tiende a pervertir la dimensión expresiva de los regalos⁽⁴⁴⁾, dicho de otra forma, “obsequiar” dinero difícilmente puede ser una vía apropiada para transmitir sentimientos de consideración y estima. Por ello, cuando antes de la toma de una decisión por parte del funcionario, este recibe dinero de un ciudadano, es razonable suponer que las partes entienden dicho beneficio como un soborno, no como un regalo.

Los parámetros descriptos constituyen solo algunos indicadores para determinar si las partes obran con dolo de aceptación y ofrecimiento de *regalos* o de *sobornos*. Es posible, a su vez, que otras circunstancias puedan también ayudar a distinguir ambos comportamientos. De todos modos, importa reiterar que aun cuando la distinción sea sutil, ello no implica, como sugieren algunos autores, que deba abandonarse. Por el contrario, como sucede con cualquier delito, el dolo debe inferirse del análisis de la conducta desplegada por los agentes.

VI. SOBRE EL PRINCIPIO DE *ULTIMA RATIO* Y LA CRIMINALIZACIÓN DE LA ACEPTACIÓN Y EL OFRECIMIENTO DE REGALOS

A grandes rasgos, el principio de subsidiariedad o *ultima ratio* afirma que la criminalización de una conducta solo está justificada cuando, con medios menos lesivos, no se pueden alcanzar resultados satisfactorios en materia de prevención (Roxin, 1997, p. 65 y ss.). Básicamente, ello exige realizar un balance de costos y beneficios entre los distintos medios institucionales de control (Gómez Pomar/Ortiz de Urbina, 2005, p. 159). De acuerdo con esto, el recurso a la legislación penal es ilegítimo si con medidas menos costosas que la pena se logra el mismo grado de prevención, como también si se alcanza un nivel de prevención menor, pero a un costo significativamente más reducido (Gómez Pomar/Ortiz de Urbina, 2005, p. 159). En definitiva, la idea de que el Derecho Penal es subsidiario implica que el legislador no debería utilizar dicha herramienta si la función de protección del bien jurídico se puede cumplir *eficientemente* con medios no penales (indemnización civil, sanción administrativa, etc.).

(44) Al respecto, véase la nota 22.

El principio de *ultima ratio* también suele ser invocado para cuestionar la criminalización de ciertas conductas relacionadas con la corrupción administrativa. Concretamente, algunos tribunales han entendido que la existencia de un régimen disciplinario sancionador sería suficiente para brindar protección frente a determinadas infracciones penales cometidas por funcionarios públicos, y, en consecuencia, han decidido no aplicar los delitos en cuestión⁽⁴⁵⁾. En la doctrina, a su vez, ciertos autores afirman que, a pesar de que la aceptación y el ofrecimiento de regalos son comportamientos idóneos para afectar el funcionamiento de la Administración Pública, por razones de eficiencia, debería limitarse la sanción al ámbito administrativo (Olaizola Nogales, 1999, p. 109).

Sin embargo, desde un punto de vista dogmático, es necesario señalar que, como sostiene parte de la doctrina, el principio de *ultima ratio* debe entenderse más bien como una directriz político-criminal, antes que como un mandato vinculante (Roxin, 1997, p. 67; Fernández Cabrera, 2019, p. 23). Esto significa que, respecto de comportamientos merecedores de reproche penal, el legislador tiene cierto margen de discrecionalidad para decidir cuál vía de protección es más adecuada (Greco, 2017, p. 163); o, expresado de otra forma, ante la duda sobre cuál es el medio institucional más conveniente para proteger ciertos intereses, le corresponde al legislador una “prerrogativa de estimación” (Roxin, 1997, p. 67)⁽⁴⁶⁾. Por ello, resulta cuestionable que, especialmente ante

(45) Sobre la situación en España, véase FERNÁNDEZ CABRERA, 2019, pp. 1-43.

(46) Como es sabido, el concepto de discrecionalidad puede interpretarse de distintas formas. En este caso, no se hace referencia a una discrecionalidad en sentido fuerte, esto es, como una decisión que no se halla sujeta a *ningún* estándar. Por el contrario, en este contexto, discrecionalidad debe entenderse en dos sentidos más débiles. En primer lugar, tal concepto refiere a que el estándar de *ultima ratio* no puede aplicarse mecánicamente, sino que confiere a la autoridad encargada de aplicarlo —en este caso, el legislador— *cierto* margen para ejercer su propio criterio sobre cuál es la medida más conveniente, de acuerdo con la información disponible para decidir. Esto no implica, por supuesto, que ese margen sea *ilimitado*. Piénsese en el famoso ejemplo planteado por Dworkin: si un teniente le ordena a un sargento que escoja a sus cinco hombres más experimentados, la orden deja a este último un espacio determinado de libre valoración. El sargento podría utilizar el criterio de “antigüedad en el ejército”, o el de “participación en mayor cantidad de batallas” o, asimismo, el de “más reconocimientos honoríficos por hazañas en combate”. Cualquiera de estos criterios constituye un modo razonablemente adecuado de cumplir con la orden de escoger a los cinco hombres más experimentados, aunque se pueda estar en desacuerdo con alguno de ellos en particular. Empero, no es parte del ámbito de libre valoración del sargento el uso de un criterio racial o de pertenencia religiosa para elegir a los soldados más experimentados. Precisamente, lo mismo rige para la discrecionalidad legislativa respecto del principio de *última ratio*. Si existen dudas acerca de si una sanción administrativa grave permitiría alcanzar el mismo grado de eficiencia que la criminalización de la conducta, debe reconocerse al legislador la facultad de optar tanto por una sanción administrativa severa como por una sanción penal de baja intensidad; ambas opciones son modos razonables de cumplir con el estándar de *última ratio* y, por tanto, forman parte del ámbito de libre valoración legislativa. En cambio, en ese caso, no podría el legislador prever para dicha conducta la aplicación de la pena máxima o de una pena de prisión de larga duración; tales medidas excederían su ámbito de discrecionalidad. En segundo lugar, el término discrecionalidad también hace referencia a que una autoridad, que es parte de un conjunto más amplio de órganos institucionales o jerarquía de funcionarios, tiene la potestad de adoptar la decisión final sobre cierto asunto, la cual no puede ser revisada por *otra* autoridad.

la ausencia de estudios empíricos serios que demuestren la mayor eficiencia del régimen administrativo, los jueces resuelvan, con argumentos fundados en el principio de subsidiariedad, la inaplicabilidad de la norma penal (Fernández Cabrera, 2019, p. 23).

La idea de que le corresponde al legislador un margen de discrecionalidad para determinar cuál es la medida más eficiente de protección no implica que posea dicha facultad en todos los casos⁽⁴⁷⁾. Sin dudas, cuando la ineficiencia de la criminalización de cierta conducta resulta manifiesta, la decisión del legislador puede ser impugnada judicialmente (Greco, 2017, p. 163). Si, efectivamente, existe información empírica confiable sobre la conveniencia de optar por una medida de protección menos severa, en verdad, no se trata de un caso comprendido en la discrecionalidad legislativa y, por tanto, de acuerdo con el principio de *ultima ratio*, los jueces están autorizados a declarar la inconstitucionalidad de la norma penal (Greco, 2017, p.163)⁽⁴⁸⁾. Empero, cuando existen dudas sobre la mayor eficiencia de otras medidas, no puede concederse a las autoridades judiciales la potestad de invalidar la decisión legislativa; en tales casos, la cuestión sobre la necesidad de la criminalización depende de valoraciones ciertamente vagas, que nunca permiten alcanzar una conclusión incontrovertible (Greco, 2017, p. 163). Una interpretación tan estricta del principio de *ultima ratio*, que otorgara a los jueces incluso en situaciones de duda la facultad de impugnar la criminalización de una conducta daría lugar a la consecuencia de que la validez de un amplio sector de la legislación penal dependería de valoraciones controversiales de los órganos judiciales.

En conclusión, si se tienen en cuenta ambos sentidos débiles del término discrecionalidad, con respecto al principio de *última ratio*, todo lo anterior puede resumirse del siguiente modo: en la medida en que se trate de un caso en el que el legislador tiene efectivamente discrecionalidad para decidir, pues no hay certeza sobre la mayor eficiencia de medidas alternativas a la criminalización, y siempre que la medida adoptada esté comprendida en su ámbito *limitado* de discrecionalidad, su decisión es definitiva y no revisable por autoridades judiciales. Sobre el concepto de discrecionalidad, véase DWORKIN, 1977, pp. 31-39.

- (47) En contra, Sancinetti, quien sostiene que la determinación de cuál es la medida de protección más adecuada es de competencia *exclusiva* del legislador y, por tanto, no revisable por los jueces, pues, de otro modo, se “violaría la división de poderes y, con ella, la sujeción del juez a la ley”. Al respecto, véase SANCINETTI, 2005, p. 100.
- (48) Paradigmáticamente, este parece ser el caso de la criminalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal en Argentina, según los estudios citados por el máximo tribunal del país en el fallo Arriola. En efecto, uno de los argumentos invocados por la Corte Suprema de Justicia argentina en contra de la persecución penal de los consumidores se fundamenta en que, según la información que surge de datos estadísticos e informes de diferentes organizaciones internacionales, luego de dieciocho años de la criminalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal en el país, se incrementó la comercialización, producción y consumo de drogas; por tal razón, sostuvo dicho tribunal, que sería más conveniente dar respuesta a la problemática del consumo de estupefacientes a través de medidas sanitarias. CSJN, 25.08.2009 (Carlos S. Fayt).

Ahora bien, aunque desde un punto de vista dogmático la decisión de criminalizar la aceptación y el ofrecimiento de regalos forme parte del ámbito de discrecionalidad del legislador, desde una perspectiva de política criminal, existen razones para suponer que el traslado de la sanción de estos comportamientos al ámbito administrativo no constituye la alternativa más eficiente. En efecto, si bien siempre cuentan en contra de la criminalización de una conducta los mayores costos derivados del sistema penal en comparación con sanciones no penales (Feinberg, 1984, p. 22), en este caso, tales costos podrían resultar compensados por la mayor capacidad de prevención de la criminalización.

En primer lugar, de acuerdo con un *corpus* importante de literatura empírica, el grado efectivo de disuasión de una conducta depende fundamentalmente de dos variables: la probabilidad de detección y sanción, por un lado, y la severidad de las consecuencias, tanto formales como informales, que debe soportar el infractor en caso de ser descubierto (Rose Ackerman, 2001, p. 222; Andenaes, 2002, p. 510)⁽⁴⁹⁾. En este sentido, por la capacidad de estigmatización de la pena y las consecuencias negativas que ello produce en la reputación del infractor, como regla general, cabe esperar que, en comparación con una sanción de tipo administrativo, aquella dé lugar a un mayor nivel de disuasión⁽⁵⁰⁾. Empero, respecto de esta situación en particular, debe tenerse en cuenta, además, que aun la sanción más grave disponible en el régimen disciplinario —i. e., la exclusión de la función pública—, difícilmente pueda ser eficaz para disuadir a los sujetos que tienen un vínculo transitorio con la Administración, como el conjunto de funcionarios políticos de las distintas áreas del Estado (Fernández Cabrera, 2019, p. 30). En tales casos, es evidente que limitar la responsabilidad al ámbito administrativo conllevaría una pérdida adicional de eficacia preventiva.

Asimismo, otro problema de este tipo de procedimientos reside en la ausencia de imparcialidad e independencia de los órganos encargados de imponer las sanciones (Fernández Cabrera, 2019, p. 31). Ciertamente, el hecho de que los que ejercen el poder disciplinario y los sujetos sometidos a tal potestad pertenezcan al mismo ámbito entraña el riesgo de que predomine un espíritu

(49) Con énfasis en cómo la percepción de tales variables afecta la disuasión, y con cita de numerosos estudios empíricos, véase NAGIN, 1998, pp. 12-15.

(50) Existen diferentes estudios empíricos que respaldan la hipótesis de que el temor a la estigmatización de la pena actúa como un factor capaz de disuadir a los agentes, en circunstancias en que otro tipo de sanciones, que no producen consecuencias negativas en el estatus social del infractor, carecen de efectos disuasivos. A modo de ejemplo, en relación con la evasión de impuestos, hay evidencia de que, en caso de que las consecuencias legales de la evasión fueran meramente civiles, el porcentaje de sujetos dispuestos a llevar a cabo este comportamiento sería significativamente mayor en comparación con el escenario en que dichas consecuencias involucrarán también el riesgo de imposición de una sanción penal. Sobre este tema, véase NAGIN, pp. 20-21;

corporativo, y que, finalmente, no se sancionen los comportamientos ilícitos que son tolerados por los miembros de la organización. Esta preocupación no surge de una especulación infundada, sino que tiene apoyo en indicadores empíricos.⁽⁵¹⁾ Así, por ejemplo, numerosos estudios demuestran que, entre los policías, la aceptación de regalos tiende a ser percibida en general como una práctica escasamente problemática desde el punto de vista de los estándares éticos de la institución; a su vez, tales estudios sugieren que la disposición de los policías para denunciar a sus compañeros por aceptar regalos es significativamente baja.⁽⁵²⁾ En consecuencia, si los mecanismos de control de estas conductas se reducen al ámbito interno de la institución, existe el riesgo de que ello se traduzca en una disminución de la probabilidad de imposición de sanciones.

Por último, en favor de la criminalización de la aceptación y el ofrecimiento de regalos en el ámbito de la Administración Pública, debe tenerse en cuenta también la función de reprobación que cumple el castigo. En efecto, a diferencia de otra clase de sanciones, la pena expresa censura sobre el comportamiento de quien delinque; es decir, manifiesta que la conducta llevada a cabo por el agente es merecedora de un reproche⁽⁵³⁾. Esta característica distintiva de la criminalización, como una herramienta que manifiesta desaprobación moral, permite comunicar a los miembros de la sociedad el carácter particularmente censurable de ciertos actos y, de este modo, influir sobre la percepción de su ilicitud (Andenaes, 2002, p. 508)⁽⁵⁴⁾. En este sentido, especialmente cuando se trata de prevenir conductas que no tienen una carga moral negativa tan intensa, como la aceptación y el ofrecimiento de regalos⁽⁵⁵⁾, y que se hallan extendidas socialmente (Andruet, 2019; Guzmán Dálbora, 2020, p. 342-344; Prenzel/Mackay, 1995, p. 16), la legislación penal puede ayudar a

(51) Sobre la situación en España, caracterizada por una muy baja frecuencia en la sustanciación de procedimientos administrativos disciplinarios, véase FERNÁNDEZ CABRERA, 2019, pp. 30-31. Sobre la situación en Chile, véase GUZMÁN DALBORA, 2020, p. 344.

(52) Sobre este tema, con cita de investigaciones realizadas en Australia y Estados Unidos, véase PRENZEL/MACKAY, 1995, p. 16.

(53) Al respecto, véanse SIMESTER/VON HIRSH, 2011, pp. 11 y ss.; FEINBERG, 1965, pp. 397-423.

(54) Se asume aquí que la pena puede cumplir una función de prevención general positiva. Para un examen pormenorizado de esta teoría, con numerosas distinciones analíticas, véase PERALTA, 2008, pp. 1-32. Aunque se discute cuán importante es la influencia del castigo en las percepciones morales y actitudes de los miembros de la sociedad (ANDENAES, 1968, p. 81), parece difícil sostener que ese efecto educativo no se produzca en absoluto. A modo de ejemplo, con respecto a la responsabilidad de las personas jurídicas, se ha demostrado que, en los cinco años siguientes a la imposición de una condena *penal*, las empresas condenadas experimentan disminución de los ingresos y de las ventas en comparación con empresas no condenadas (BAUCUS/BAUCUS, 1997, pp. 129-151). Sobre la influencia del Derecho Penal en las actitudes morales, véanse BALL/FRIEDMAN, 1965, pp. 216 y ss.; ROBINSON/DARLEY, 1997, pp. 471-477.

(55) Sobre la percepción de la ilicitud del ofrecimiento y la aceptación de regalos, véase nota al pie nº 52.

reforzar la conciencia de su incorrección y proporcionarles a los agentes razones adicionales para cumplir con la norma.

De modo tal que, si bien la cuestión de cuál es el medio más eficiente para prevenir la aceptación y el ofrecimiento de regalos solo puede ser resuelta definitivamente por medio de estudios empíricos rigurosos, que comparen los costos y beneficios de los distintos medios de control, en principio, existen argumentos para afirmar que la decisión de criminalizar dichos comportamientos es razonable.

VII. CONCLUSIÓN

En líneas generales, se ha intentado ofrecer una justificación de la criminalización de la aceptación y el ofrecimiento de regalos en el ámbito de la Administración Pública. En primer lugar, es cuestionable la afirmación de que se trata de un delito de sospecha, o sea, de que la razón (ilegítima) de la prohibición penal de estas conductas reside en castigar a los agentes cuando no se logra probar el acuerdo corrupto –*quid pro quo*– entre el funcionario y el particular. Fundamentalmente, porque como demuestran diferentes estudios empíricos, los regalos tienen la capacidad de influir en las decisiones del receptor; por ello, aun cuando no exista un acuerdo para realizar un acto a cambio, la aceptación de obsequios por parte de funcionarios públicos es una práctica riesgosa, al menos en abstracto, para el normal funcionamiento de la Administración Pública. El peligro consiste en que, al colocarse en un conflicto de intereses, los funcionarios tomen decisiones que afecten el modo en que deben operar las distintas instituciones del Estado.

Por otro lado, se analizaron las circunstancias que deben tenerse en cuenta para determinar si la aceptación y el ofrecimiento de regalos se mantienen dentro de lo socialmente adecuado. Además de los obsequios absolutamente insignificantes, que carecen de la capacidad mínima para influir en las decisiones del receptor, en ciertos casos, a pesar de su peligrosidad, tales comportamientos deben ser tolerados. Para establecer el nivel de riesgo permitido, se requiere examinar, principalmente, los beneficios que puede traer aparejados esta práctica en el ámbito de la Administración Pública, como los perjuicios que puede ocasionar la interferencia en la decisión del funcionario. La ponderación en función de estos criterios permite, entonces, al momento de la aplicación de la norma, determinar el umbral de tolerancia a tales comportamientos.

Asimismo, se abordó el problema de cómo distinguir en la práctica la aceptación y el ofrecimiento de *regalos* de los *sobornos*. En líneas generales, la diferencia depende, por un lado, de si el ciudadano ofrece la dádiva con una mera expectativa de influir en una decisión del funcionario o si lo hace

con el propósito de concertar un acuerdo con prestaciones recíprocas; y, por otro lado, de si el funcionario acepta el regalo con consciencia de que pretenden influenciarlo o si, además, lo hace con el propósito de retribuir al dador con un acto del cargo. Ante la ausencia de una manifestación expresa de las partes, se debe inferir el dolo de circunstancias externas, como las características y el valor del objeto que se ofrece, y la eventual conexión temporal entre la entrega de la dádiva y la realización del acto por parte del funcionario.

Por último, con respecto al argumento de que la criminalización de la aceptación y ofrecimiento de regalos es contraria al principio de *ultima ratio*, pues sería suficiente con la sanción en el ámbito administrativo, se ha sostenido que, ante comportamientos merecedores de reproche penal, debe concederse al legislador cierto margen de discrecionalidad para decidir cuál es el medio más adecuado para la protección del bien jurídico. Desde un punto de vista político-criminal, aunque la cuestión solo puede resolverse por medio de investigaciones empíricas, existen razones para entender que la decisión de criminalizar tales conductas está justificada.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALLDRIDGE, P. "Reforming the Criminal Law of Corruption". *Criminal Law Forum*, Vol. 11, 2000, p. 287-322.
- ANDENAES, J. "Deterrence", en: DRESSLER, J. (Ed.) *Encyclopedia of crime and justice*, 2º edition. New York: MacMillan Reference USA, 2002, pp. 507-514.
- ANDRUET, A. "Atenciones de 'mera cortesía' a los jueces y el decoro judicial para su aceptación". *Comercio y Justicia*, 20 de diciembre de 2019. Disponible en: <https://comercioyjusticia.info/blog/opinion/atenciones-de-mera-cortesia-a-los-jueces-y-el-decoro-judicial-para-su-aceptacion/>. Acceso en: 15 en. 2020.
- ARRIBAS LÓPEZ, E., "Sobre el denominado delito de cohecho pasivo impropio". *Diario La Ley*, Nº 19352, 13 de noviembre de 2009.
- ARTAZA, O. "La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta típica en el delito de cohecho". *Política Criminal*, Vol. 11, Nº 21, 2016, p. 307-339.
- BALL, H./FRIEDMAN, L. "The Use of Criminal Sanctions in the Enforcement of Economic Legislation: A Sociological View". *Stanford Law Review*, Vol. 17, Nº 2, 1965, pp. 197-223.

- BAUCUS, M./BAUCUS, D. "Paying the Piper: An Empirical Examination of Longer-Term Financial Consequences of Illegal Corporate Behavior". *The Academy of Management Journal*, Vol. 40, No. 1, 1997, pp. 129-151.
- BUOMPADRE, J. "Cohecho y tráfico de influencias", en BAIGÚN, D./ ZAFFARONI, E. (directores). *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Vol. 10. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, pp. 443-524.
- CREUS, C. *Delitos contra la Administración Pública. Comentarios de los artículos 237 a 281 del Código Penal*. Buenos Aires: Astrea, 1981.
- DE LA MATA BARRANCO, N. "El bien jurídico protegido en el delito de cohecho". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº 17, 2006, pp. 81-152.
- DANA, J./ LOWENSTEIN, G. "A Social Science Perspective on Gifts to Physicians From Industry". *JAMA*, Vol. 290, nº 2, 2003, p. 252-255.
- DONNA, E. *Delitos contra la Administración Pública*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.
- DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
- FEINBERG, J. *Harm to others: The Moral Limits of the Criminal Law, Vol. 1*. New York: Oxford University Press, 1984.
- FEINBERG, J. "The expressive function of punishment". *The Monist*, Vol. 49, nº 3, 1965, pp. 397-423.
- FERNÁNDEZ CABRERA, M. "La intervención mínima como argumento para absolver en delitos de corrupción: crítica dogmática y político-criminal". *InDret*, 3/2019, p. 1-43. disponible en: <https://indret.com/la-intervencion-minima-como-argumento-para-absolver-de-la-comision-de-delitos-de-corrupcion-critica-dogmatica-y-politico-criminal/>. Acceso en: 5 en. 2020.
- GÓMEZ POMAR, F./ORTIZ DE URBINA, I. *Chantaje e intimidación: un análisis jurídico-económico*. Madrid: Thomson-Civitas, 2005.

- GUERRINI, R./GUIDI, D. "Bribery in Italy: an outlook on presents laws and perspectives on reform", en HORDER, J./ALLDRIDGE, P. *Modern Bribery Law. Comparative Perspectives*. New York: Cambridge University Press, 2013, pp. 97-127.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. "El endiablado cohecho impropio". *El Mundo*, 5 de Julio de 2010, p. 23.
- GRECO, L. *Complicidad a través de acciones neutrales: la imputación objetiva en la participación. La problemática de la responsabilidad penal por conductas cotidianas*. Traducción de LASCANO, C/ PERETTI ÁVILA, D. Buenos Aires: Hammurabi, 2017.
- GREEN, S. "What's Wrong With Bribery", en DUFF, R./ GREEN, S (eds.), *Defining Crimes. Essays on the Special Part of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2005, pp. 143-167.
- GREEN, S./KUGLER, M. "Public perceptions of white collar crime culpability: bribery, perjury, and fraud". *Law and Contemporary Problems*, Vol. 75, nº 2, 2012, pp. 33-59.
- GUZMÁN DALBORA, J. "Integridad ministerial y autonomía de las funciones públicas como bien jurídico del delito de cohecho en razón del cargo", en GUZMÁN DALBORA, J./ZÚÑIGA FAJURI, A. (eds.), *Delito, naturaleza y libertad. Temas y problemas de Filosofía del Derecho y Filosofía jurídico-penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 337-368.
- HELLMAN, D. "A Theory of Bribery". *Cardozo Law Review*, Vol. 38, 2017, pp. 1947-1992.
- HUSAK, D. "The Criminal Law as Last Resort". *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol 24, nº 2, 2004, pp. 207-235.
- JAKOBS, G. *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, 1a ed. Buenos Aires: AD-HOC, 1996.
- KINDHÄUSER, U. "Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán", traducción de GARCÍA CAVERO, P. *Política Criminal*, nº 3, 2007, pp. 1-18.

- KLEIN, C. "What Exactly Is an Unlawful Gratuity after United States v. Sun-Diamond Growers". *George Washington Law Review*, Vol. 68, nº 1, 1999, pp. 116-133.
- LINDGREN, J. "The theory, history and practice of the bribery-extortion distinction". *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 141, 1993, pp. 1695-1740.
- LOMBANA VILLALBA, J. *Corrupción, cohecho y tráfico de influencias en España y Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2014.
- LOOS, F. "Del bien jurídico en los delitos de cohecho", en AMBOS, K./RADTKE, H. (coordinadores.), *Estudios filosóficos-jurídicos y penales del Prof. Dr. Fritz Loos. Homenaje a sus 70 años*, traducción de José Luis Germán Dálbora, Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 143-162.
- MACAGNO, M. "La supervivencia de los delitos de sospecha: el caso del artículo 259 del Código Penal argentino". *Anales*, nº 41, 2011, pp. 179-192.
- MAZAR, N./AMIR, O./ARIELY, D. "The Dishonesty of Honest People: A Theory of Self-Concept Maintenance". *Journal of Marketing Research*, Vol. 45, Nº 6, 2008, pp. 633-644.
- NAGIN, D. "Criminal Deterrence Research at the Outset of the Twenty-First Century". *Crime and Justice*, Vol. 23, 1998, pp. 1-42.
- OLAIZOLA NOGALES, I. *El delito de cohecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- OLIVER, C. "Aproximación al delito de cohecho". *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 5, 2004, pp. 83-115.
- PERALTA, J. "Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico. A su vez, una distinción analítica entre distintos conceptos de 'prevención general positiva'". *Indret*, 2/2008, pp. 1-32. Disponible en: <https://indret.com/prevencion-general-positiva-como-respeto-por-el-orden-juridico/>. Acceso en: 15 dic. 2019.
- PÉREZ BARBERÁ, G. "Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental". *Pensar en Derecho*, nº 1, 2012, pp. 169-211.

- PHILIPS, M. "Bribery". *Ethics*, Vol. 94, nº 4, 1984, pp. 621-636.
- PRENZEL, T./MACKAY, P. "Police Attitudes to the Acceptance of Gratuities". *Criminal Justice Ethics*, Vol. 14, nº 1, 1995, pp. 16-25.
- RAGUÉS I VALLÈS, R. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1999.
- ROBINSON, P./DARLEY, J. "The Utility of Desert". *Northwestern University Law Review*, Vol. 91, Nº 2, 1997, pp. 453-499.
- ROSE-ACKERMAN, S. *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, 1ª edición. Traducción de COLODRÓN GÓMEZ, A. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, 2001.
- ROSE-ACKERMAN, S. "The Law and Economics of Bribery and Extortion". *Annual Review of Law and Social Science*, Nº 6, 2001, pp. 217-238.
- ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 1ª edición. Traducción de la 2ª edición alemana y notas de LUZÓN PEÑA, D. (director)/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./REMESAL, V. Madrid: Civitas, 1997.
- RUA, G. "Cohecho y tráfico de influencias", en: BAIGÚN, D./ZAFFARONI, E. (directores). *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Vol. 10. Buenos Aires: Hammurabi, pp. 524-621.
- SAAD-DINIZ, E./RODRÍGUEZ, V. "Persecución penal de la corrupción en el marco brasileño: desde las transformaciones del delito de cohecho hasta la nueva mirada sobre la corrupción empresarial", *Revista de Estudos Brasileños*, Vol. 3, Nº 4, 2016, p. 147-159.
- SAH, S./LOWENSTEIN, G. "Effects of Reminders of Personal Sacrifice and Suggested Rationalizations on Residents' Self-Reported Willingness to Accept Gifts: A Randomized Trial", en: NICHOLS, P./ROBERTSON, D. (Eds.) *Thinking About Bribery. Neuroscience, Moral Cognition and the Psychology of Bribery*, New York: Cambridge University Press, 2017, pp. 155-175.
- SANCINETTI, M. *Casos de Derecho penal. Parte general*. 3ª edición ampliada y revisada. Buenos Aires: HAMMURABI, 2005.

- SANCINETTI, M. *El delito de enriquecimiento ilícito (art. 268, 2, C.P.). Un tipo penal violatorio del Estado de Derecho*. Buenos Aires: ad-hoc, 1994.
- SANDEL, M. *What money can't buy. The moral limits of markets*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2013.
- SIMESTER, A/VON HIRSH, A. *Crimes, Harms, and Wrongs. On the Principles of Criminalisation*. Portland: Hart Publishing, 2011.
- SOUSA MENDES, P. “Os novos crimes de recebimento indevido de vantagem no Código Penal português”. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, N° 68, 2011, p. 238-239.
- STEIN, A., “Corrupt Intentions: Bribery, Unlawful Gratuity, and Honest Services Fraud”. *Law and Contemporary Problems*, Volume 75, n° 2, pp. 61-81, 2012.
- TEACHOUT, Z. *Corruption in America. From Benjamin Franklin's snuff box to Citizen United*. Cambridge: Harvard University Press, 2014.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. “Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones político-criminales sobre el llamado cohecho de facilitación (art. 422 CP)”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, n° 6, 2011, pp. 151-180.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. “El delito de admisión de beneficios en consideración al cargo y la prevención de la corrupción pública en Bolivia”. *Rev. boliv. de Derecho*, n° 22, 2016, pp. 120-143.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, J. *Delitos contra la Administración Pública: estudio crítico del delito de cohecho*. Granada: Comares, 2003.
- WELZEL, H. *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, segunda reimpresión de la 1ª edición en castellano, Barcelona: Ariel, 1964. Traducción de CEREZO MIR, J. Editorial Bdef: Buenos Aires, 2004.
- ZAFFARONI, E./ALAGIA, A./SLOKAR, A. *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición. Buenos Aires: Ediar, 2005.

IX. JURISPRUDENCIA

Tribunal, sala y fecha	Magistrado ponente	Partes
TSJ Córdoba, Sala Penal, 12.2.2010	Aída Tarditti	Barrera, Silvia Alejandra y otros p.ss.aa. falsificación de instrumento público, etc. – Recurso de Casación–
Tribunal, sala y fecha	Magistrado ponente	Partes
CSJN, 25.08.2009	Carlos S. Fayt	Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080 –Recurso de hecho–

TRES ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

FRANCISCO ÁLVAREZ DÁVILA^(*)

I. INTRODUCCIÓN

La relación entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal es una de las tareas más desafiantes para toda persona que se dedica a la dogmática penal y que pretende que sus desarrollos sirvan para una aplicación racional de la potestad punitiva del Estado. En nuestro país, son constantes las interrogantes sobre el proceso de racionalización probatorio (motivación y prueba) para llevar a la convicción judicial de que una persona debe ser condenada, más allá de toda duda razonable. Si bien, en algunos casos, la doctrina tradicional ha realizado una importante labor sobre la delimitación del ámbito típico de los delitos, en los claustros académicos se repiten las críticas: ¿cómo debe probarse el delito?, ¿cuál es el estándar de convencimiento judicial, según las reglas de la sana crítica?

En este sentido, no es extraño apreciar que una constante que refleja el sistema de justicia es que observamos cómo la percepción de la prueba de los diferentes órganos jurisdiccionales alcanza conclusiones tan diferentes y grados de confianza que buscan fundamentar las mismas a partir de evidencias o pruebas similares. En este sentido, acertadamente, un sector de la doctrina extranjera especializada en el ámbito del razonamiento probatorio no deja de tener razón cuando establece que la exigencia probatoria suele adolecer de dos grandes problemas. Específicamente, el profesor Ferrer Beltrán señala lo siguiente:

Las formulaciones a nivel de exigencia probatoria suelen adolecer de dos tipos de problemas. Por un lado, suelen apelar a elementos psicológicos o mentales del decisor que no permiten un control intersubjetivo y que, por tanto, no son aptas para facilitar la revisión de la corrección de la decisión. De otro lado, se encuentran las formulaciones

(*) Abogado y profesor de la Universidad de Piura. Magíster por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente cursa el doctorado en Derecho en la Universidad Austral (Argentina). Socio del Estudio Álvarez Dávila & Asociados.

de pretendidos estándares de prueba vigentes en la mayoría de sistemas que tienen un nivel de vaguedad incompatible con su función de señalar un umbral de suficiente probatoria⁽¹⁾.

No cabe duda de que la motivación del razonamiento de la prueba para la convicción judicial, de una condena o de una absolución, representa una tarea académica de Derecho Procesal Penal y Filosofía del Derecho titánica; sin embargo, considero importante que toda investigación académica que apunte a trabajar el desarrollo de la prueba en un delito debe partir de las bases dogmáticas sobre la configuración del injusto penal. Me explicó: una discusión sobre si “A” habría cometido el delito de obstrucción a la justicia a través de la amenaza para instigar a una persona a que varíe su testimonio necesita, previamente, un trabajo dogmático que determine el contenido interpretativo de dicho concepto. Si –siguiendo el ejemplo descrito– el operador de justicia determina el contenido interpretativo de la amenaza como cualquier anuncio de un mal que, desde la perspectiva de la víctima, le produce un daño, podría considerar como amenaza que “A” le haya dicho al testigo que, si no concurrese a declarar, la Fiscalía podría ordenar su concurrencia compulsiva. Sin embargo, si, como sostiene un sector de la doctrina, uno de los elementos de la amenaza es que tenga un contenido injusto o ilegítimo, esa comprensión tendrá un sentido relevante que negaría la tipicidad del delito y sería aquello objeto de prueba⁽²⁾⁽³⁾.

En este sentido, el presente trabajo busca abordar el tema de la “prueba del delito de negociación incompatible”, a partir de la delimitación típica que debe realizar el operador judicial al momento de interpretar el ámbito de operatividad de dicho injusto. De esta manera, aclaro al lector que este no es un trabajo que ahonda sus bases en el derecho a la prueba o el interesante desarrollo sobre razonamiento probatorio que viene conduciendo la escuela de Girona. Solo una comprensión racional del ámbito de aplicación del delito de negociación incompatible permitirá a los operadores de justicia tener herramientas para precisar el ámbito de prueba, que no es lo mismo que el estándar de convencimiento judicial para superar la presunción de inocencia que recae sobre cada persona sometida al proceso.

(1) FERRER BELTRÁN, Jordi (2021). *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons, p. 19.

(2) GONZÁLES GUERRA, Carlos (2015). *Delitos contra la libertad sexual. Delimitación de la intimidación o amenaza como medio coactivo*. Buenos Aires: Editorial IB de F, Buenos Aires, p. 44 y ss.

(3) Se entendería que, por más que lo afirmado por el abogado sea un mal puesto en perspectiva para la víctima, su contenido sería legal, en tanto el Ministerio Público está facultado legalmente para ordenar la concurrencia compulsiva de una testigo que no desea colaborar con la administración de justicia.

II. DELIMITACIÓN DEL BIEN JURÍDICO

La delimitación del bien jurídico es una tarea importante para entender cada uno de los elementos constitutivos de un delito. Si no se realiza esta labor, la determinación de cada elemento típico de un delito podría llevar a conclusiones equívocas en su interpretación y el ámbito de la prueba. Así, por ejemplo, si se señala que, en el delito de concusión, tipificado en el artículo 382 del Código Penal, lo que se protege es la lesión patrimonial del administrado, que se ve afectado como consecuencia de la infracción de un deber especial atribuido al funcionario de comportarse con lealtad y probidad, se podrá entender que el tipo penal exige que el funcionario obtenga un provecho económico como consecuencia del ejercicio abusivo de sus funciones⁽⁴⁾. De igual manera, por ejemplo, si se llegase a la conclusión de que en el delito de negociación incompatible se protege el patrimonio estatal, se tendría que probar en un proceso penal el daño ocasionado al patrimonio del Estado.

Con base en esta perspectiva, al concepto de bien jurídico se le atribuye una función crítica en la medida en que nos permite determinar cuáles son las expectativas normativas que son merecedoras de protección por la sociedad y que, frente a su incumplimiento, será necesario recurrir a la pena como mecanismo reestabilizador, así como también si resulta correcta o no la incriminación realizada por el legislador. El delito de negociación incompatible deber ser sometido a ese análisis crítico sobre la base del bien jurídico protegido, por tanto, resulta importante determinar cuál es el objeto de interés tutelado.

Un sector de la doctrina entiende que el bien jurídico protegido es garantizar el correcto funcionamiento de la Administración Pública y, específicamente, la imparcialidad y la objetividad con la que deben actuar los funcionarios y

(4) La importancia de la delimitación del bien jurídico para determinar el ámbito de tipicidad de un injusto penal también se puede observar en la Ejecutoria Suprema, Recurso de Nulidad N° 2351-2017/Piura. La postura sostenida por la posición en mayoría establecía que el delito de rehusamiento de entrega de menor era un supuesto específico y reforzado de desobediencia vinculado a la custodia de menores y, partir de allí, determinaba que el injusto típico estaba vinculado al impedimento del ejercicio de la patria potestad que le corresponde a uno de los progenitores a cargo de la custodia del menor que se concretaba a través de la negativa del autor de entregar al menor. Si, como señala la posición en mayoría, se trata de un delito cuyo injusto se caracteriza por la afectación al ejercicio de la patria potestad, es lógico que se entienda que la situación antijurídica se prolongue en el tiempo en tanto el progenitor a cargo del menor no recupera su custodia. Bastante problemática y contradictoria es, por el contrario, la posición en minoría que consideró que el bien jurídico era la seguridad del menor como presupuesto de la libertad en general y de la libertad ambulatoria; sin embargo, luego afirmó que el injusto típico se consumaba en el momento en el que autor del delito manifestaba su voluntad al progenitor a cargo de la custodia de no entregar al menor. En mi opinión si, como señala la postura en minoría, se protege la seguridad y libertad del menor, es claro que la configuración típica sería similar a la del delito de secuestro, con una cualidad especial vinculada a la posición de los padres de familia en la afectación a la libertad del menor.

los servidores públicos⁽⁵⁾. El problema de la primera posición doctrinal es que resulta cuestionable afirmar que el objeto de protección sea la imparcialidad del funcionario, porque se haría referencia a que el funcionario sea un tercero neutral que debe equilibrar los intereses en un contrato o una operación en la que participa un particular y el Estado⁽⁶⁾. Es evidente, a mi juicio, que el funcionario de la Administración Pública debe actuar en exclusivo interés de la administración estatal y siempre en busca del interés general⁽⁷⁾. A ello habría que añadir que la protección de la imparcialidad no es una característica que identifica a este tipo penal, también se podría argumentar que se afecta la imparcialidad, por ejemplo, cuando un funcionario estatal comete un delito de colusión, cohecho, tráfico de influencias, exacción ilegal, entre otros⁽⁸⁾. Finalmente, un tema que también sería objeto de cuestionamiento es cómo entendemos que, por un lado, la mayoría de doctrina y jurisprudencia parece estar a favor de que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro concreto y, por otra parte, concluyen que el bien jurídico es la imparcialidad. Permítanme formular este cuestionamiento a través de la siguiente interrogante: cuando un asesor legal, que pertenece a la Administración Pública, emite un dictamen o una opinión a favor de una ampliación del plazo de una obra pública, a pesar de que conoce que así no estaba previsto en las bases y que ocasionará un perjuicio a la entidad, a cambio de un beneficio del contratista —con quien tiene un vínculo de familiaridad—, ¿acaso no estaría “lesionando” el bien jurídico imparcialidad? ¿Resistiría la tesis interpretativa que esta expresión material del interés indebido, plasmada en el informe legal, sería una mera puesta en peligro de su imparcialidad? La única manera de afirmar —al menos dogmáticamente— una puesta en peligro es considerar que la emisión de informes legales no es acto decisivo y que solo podría lesionar el bien jurídico cuando la autoridad “hace suyo el

- (5) SGRO, Marcelo (2017). *Delito de negociación incompatible con la función pública. Antes y después de la ley de ética en el ejercicio de la función pública*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 61 y ss.; JAREÑO LEAL, Ángeles (2015). *El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos*. Navarra: Aranzadi, p. 19 y ss.; PRECIADO DOMÉNECH, Carlos Hugo (2015). *La corrupción pública en la reforma del Código Penal de 2015*. Pamplona: Thomson Reuters (Civitas), p. 201; BUOMPADRE, Jorge Eduardo (2009). *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*. 3a edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, p. 294 y ss.; DONNA, Edgardo Alberto (2000) *Delitos contra la Administración Pública*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, p. 313 y ss.
- (6) VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (2021). *Delitos contra la Administración pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, p. 274.
- (7) De igual manera, CASTILLO ALVA, José Luis (2015). *El delito de negociación incompatible*. Lima: Instituto Pacífico, p. 20.
- (8) GARCÍA ESPAÑA, Elisa (2002). *Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos: los artículos 439 y 441 del Código Penal de 1995*, p. 52. Recuperado de: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=758341>>. Asimismo, si se afirma que el objeto de protección es la imparcialidad que atañe al funcionario público podría admitirse como un caso penalmente relevante cuando en una operación a cargo de funcionario exista un conflicto de intereses que omitió reportar.

informe”, empero, esta interpretación pondría en crisis la aplicación del delito para informes técnicos o jurídicos⁽⁹⁾. Bajo esta premisa interpretativa, sería bueno que la tesis que está a favor de la imparcialidad responda cómo entender la delimitación del bien jurídico “imparcialidad” con la forma de lesión del bien jurídico (peligro versus lesión).

Otro sector señala que el objeto de protección es la lealtad de los funcionarios en la medida en que estos deben preservar los intereses de la administración⁽¹⁰⁾. Esta posición dogmática afrontaría dos problemas. El primero, por cuanto se vincula la lealtad del funcionario con la imparcialidad, en una relación de género-especie, de manera que no ofrece alguna novedad. Segundo, por cuanto se afirma que detrás de la lealtad lo que se busca sancionar es el conflicto de compatibilidad o intereses de los funcionarios públicos⁽¹¹⁾. El problema, en este sentido, es que la sola existencia de cualquiera de dichas situaciones no podrá determinar la configuración de este injusto penal, aunque sí un ilícito administrativo funcional. Lo que se castiga en el delito de negociación incompatible es la situación del funcionario que usa su competencia específica para intervenir en una operación estatal a través de actos de direccionamiento, para beneficiarse a sí mismo u otro.

Un sector de la jurisprudencia ha indicado que se trata de un delito de peligro concreto, empero, no lo vincula con la imparcialidad, sino la idoneidad de la conducta para poner en peligro el patrimonio estatal a través de la intervención del funcionario en un contrato o una operación⁽¹²⁾. El sustento de

- (9) ÁLVAREZ DÁVILA, Francisco (2021). *El delito de negociación incompatible. Estudio de los aspectos problemáticos del tipo penal*. Lima: Ideas, p. 83 y ss.
- (10) ROJAS VARGAS, Fidel (2017). *Delitos contra la Administración Pública*. 4a edición, corregida y aumentada. Lima: Grijley, p. 818 y ss. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2015). *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. Lima: Jurista Editores, p. 713 y ss. FONTÁN BALESTRA, Carlos (2008). *Derecho Penal, Parte Especial*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 961; NÚÑEZ, Ricardo (2009). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. 4ª edición. Córdoba: Lerner, p. 590.
- (11) ROSALES ARTICA, David (2021). *El delito de negociación incompatible con el ejercicio de la función pública*. Lima: Editores del Centro, p. 54. Quien señala que el delito de negociación incompatible, además de proteger la imparcialidad del funcionario público, busca prevenir los actos de corrupción o de colusión.
- (12) Así lo indicó la sentencia de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima en el Expediente 92-2011: “El delito de negociación incompatible es un delito de peligro concreto y por lo tanto para su consumación no se necesita la producción de un resultado perseguido cuando el funcionario se interesa indebidamente, ya que no ha de inferirse que dicho momento coincida con la celebración del contrato, basta que ello ocurra en el curso de la gestión en cualquier etapa de la contratación pública”. Igualmente, en la Sentencia Casatoria N° 231-2017/Segunda Sala Penal Transitoria: “En este sentido, revisados los autos, se aprecia 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, tampoco obra pericia que así lo haya establecido; por el contrario, la suma egresada por la Municipalidad se justificó con la adquisición de los insumos ofrecidos por la empresa ALABAMA S.A., a quien se le exoneró del proceso de selección, con el fin de satisfacer, en caso de no hacerlo habría ocasionado un perjuicio a los pobladores quienes habrían invertido en la preparación de la tierra para la siembra de las señaladas semillas”.

la prohibición penal, sin embargo, no está en la generación de un perjuicio o de un peligro para el patrimonio del Estado, sino en el irregular desempeño funcional del funcionario; por tanto, debe descartarse que se trate de un delito de lesión patrimonial⁽¹³⁾.

Independientemente de las críticas a las posiciones doctrinales antes mencionadas, estas buscan destacar que los funcionarios que pertenecen a la Administración Pública deben orientar sus actuaciones al interés general, lo cual se lograría a través del correcto ejercicio de las funciones públicas: las decisiones y las actuaciones de los funcionarios deben estar orientadas al bien común o al interés general de la sociedad. De esta manera, el delito de negociación incompatible encuentra su fundamento en los deberes especiales atribuidos al funcionario por la institución del Estado.

En el caso del delito de negociación incompatible se parte del hecho de que al funcionario se le asigna la labor de participar en contrato u operación estatal, con el fin de preservar los intereses patrimoniales del Estado, de allí que la referencia o el objeto material de esta conducta estén vinculados con las operaciones de carácter económico en las que interviene un funcionario estatal. De esta manera, se busca excluir que el funcionario actúe representando los intereses del Estado y un interés particular propio o ajeno. Por tanto, lo que se protege es la expectativa normativa de que el funcionario que actúa, por razón de su cargo, en un contrato u operación, lo haga en resguardo de los intereses de la Administración Pública, evitando cualquier situación de interferencia en la toma o la ejecución de decisiones. Esta expectativa normativa no se infringe por el solo hecho de la existencia de un conflicto de intereses, sino que es necesario que el funcionario haga un uso indebido del cargo con el fin de obtener un provecho propio o para un tercero⁽¹⁴⁾.

III. LA RELACIÓN ENTRE EL INJUSTO TÍPICO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE DE LA COLUSIÓN

Uno de los problemas que ha generado la interpretación del tipo penal de negociación incompatible tiene relación con la tesis que guarda relación con la aceptación de la complicidad en este injusto penal. En este aspecto, resalta la Sentencia Casatoria N° 841-2015, de la Sala Penal Permanente, que negó la posibilidad de admitir una complicidad punible en el delito de negociación

(13) En este sentido, ÁLVAREZ DÁVILA, Francisco (2021). Ob. cit., p. 29 y ss.

(14) A favor de esta tesis la Sentencia Casatoria N° 1059-2018/Sala Penal Transitoria.

incompatible a partir de entender que la participación de un tercero en un delito de infracción de deber dependía de una regulación expresa en el tipo penal, como sucedía en el delito de colusión. En este sentido, el Tribunal Supremo advertía que la estructura típica del delito negaba la intervención de un tercero, pues en dicho caso se configuraba un delito distinto, como la colusión o el cohecho, dependiendo de las circunstancias del caso⁽¹⁵⁾.

Ciertamente, la preocupación por la definición de la relación entre ambos delitos ha generado problemas en el ámbito del proceso seguido contra funcionarios y proveedores o contratistas privados. Así, por un lado, tenemos al Expediente N° 133-2013, de la primera sala penal de apelaciones de Lima, donde se indicó que:

9.1.6. (...) sin embargo, en el caso del delito de negociación incompatible previsto por el artículo 399 del Código Penal, la estructura típica no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, pues de darse estaría configurando un delito distinto (cohecho, colusión, entre otros). No estamos frente a un delito de participación necesaria, como sí lo es la colusión, por lo que la intervención de la parte con la que se celebra el contrato no es necesaria (...). El delito de negociación incompatible, entonces, queda reservado para aquellos casos que el interés indebido del funcionario se materialice sin la intervención de un tercero, porque si la misma se presentara constituiría un delito independiente (...). Por tanto, comprendiendo la imputación fiscal la colaboración de los extraneos para la comisión de los hechos de autos por los autores, en beneficio de dichos extraneos, evidenciando un concierto entre éstos y cada uno de los funcionarios involucrados, con el fin de obtener un provecho patrimonial defraudando al Estado, se advierte que los hechos imputados por el Ministerio Público, no podrían subsumirse en el tipo penal de negociación incompatible, sino por el contrario, se configuraría el delito de colusión

9.1.7. (...) De lo que se desprende que el Tribunal Revisor puede variar la calificación jurídica realizada en cuanto a los hechos en primera instancia, no invocada por las partes, conforme también se contempla en artículo 397 del Código Procesal Penal, siempre que se trate del

(15) En este sentido, ÁLVAREZ DÁVILA. Francisco (2021). Ob. cit., p. 98 y ss.

mismo hecho histórico subsumible en una figura penal que lesione el mismo bien jurídico protegido.

De otro lado, la Corte Suprema en el auto de calificación del Recurso de Casación N° 1059-2018, de la Sala Penal Transitoria, tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto al interés casacional propuesto por un *extranei* por su participación punible en el delito de negociación incompatible y que pretendía que se aplique doctrina jurisprudencial desarrollada en la Sentencia Casatoria N° 782-2015 de la Sala Penal Permanente, señalando que:

6.3. Sobre la tercera causal alegada, respecto al apartamiento de la doctrina jurisprudencial, señaló que no se ha considerado la doctrina jurisprudencial obligatoria contenida en la Casación N° 782-2015/ Ancash, publicada el seis de junio de dos mil dieciséis, al pretender interpretar que la teoría de la ruptura del título de imputación solo se acogería en los casos de enriquecimiento ilícito y no para todos los delitos especiales propios (...)

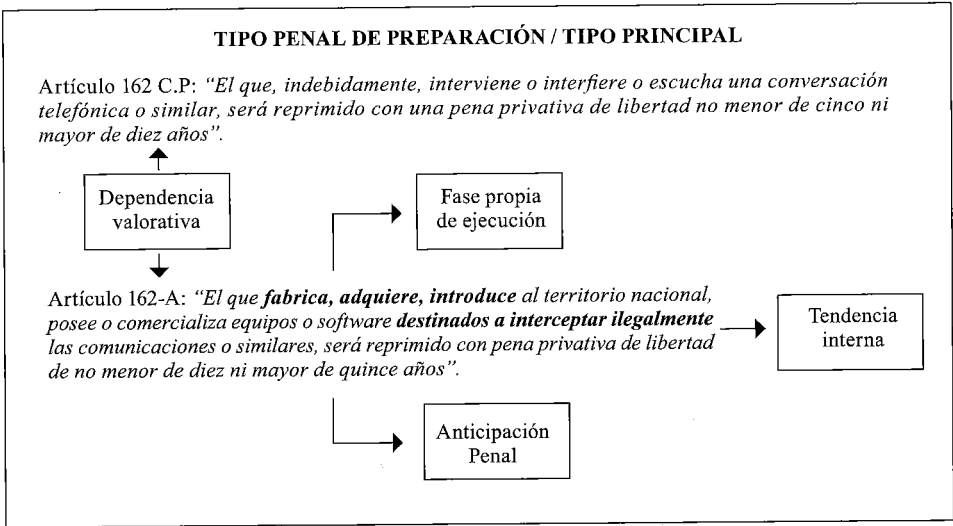
7. Respecto al desarrollo de la doctrina jurisprudencial, señaló que resulta importante que se desarrolle doctrina jurisprudencial respecto a la ruptura del título de imputación en el delito de negociación incompatible. Así propuso que se debe establecer: (...) ii) si un extraneus, sin tener la calidad de funcionario público pueda ser investigado y procesado bajo el tipo penal de un delito especial propio, específicamente por el delito de negociación incompatible; iii) los presupuestos típicos del delito de negociación incompatible, con énfasis en supuestos imputables para referirse al “interés indebido” que demanda el tipo.

9. (...) Respecto a la causal prevista en el inciso cinco del referido Código, referida al apartamiento de lo señalado en el Casación N° 782-2015/Áncash, se advierte que el Acuerdo Plenario N° 03-2016/ CJ-116 del doce de junio de dos mil diecisiete, ya se ha pronunciado sobre lo señalado en dicha Casación; además, el tercer párrafo, del actual artículo veinticinco, del Código Penal, también regula la responsabilidad del cómplice aunque los elementos especiales que fundamentan la punibilidad del tipo penal legal no concurren en él.

Para abordar satisfactoriamente la respuesta a este aspecto problemático, es clave subrayar, en primer término, que para comprender la relación entre ambos injustos se debe partir de que el delito de negociación incompatible es un delito de preparación que forma parte del injusto del delito que realiza

un funcionario que usa su cargo, indebidamente, para direccionar una obra o un servicio público. Los elementos que caracterizan el delito de preparatorio son: la dependencia valorativa respecto al hecho principal⁽¹⁶⁾, su tipificación como delitos de tendencia interna trascendente⁽¹⁷⁾, su tipificación como una fase de anticipación penal, una fase propia de ejecución material⁽¹⁸⁾ y el recurso a la técnica del peligro abstracto⁽¹⁹⁾. Sin embargo, cabe advertir que la categorización de un delito como preparatorio no es un trabajo sencillo; primero, como se habrá advertido, porque los criterios de clasificación son diversos y se requiere una labor de interpretación de cada tipo penal; en segundo lugar, porque el legislador —en algunos casos— no ha tenido criterios referenciales para definir en qué casos se usa la técnica de creación de delitos preparatorios, mientras que en otros se ha recurrido a la creación de determinados comportamientos preparatorios como delitos autónomos, aunque sin la referencia a un bien jurídico propio o autónomo⁽²⁰⁾. Debo advertir al lector que, en contra del poco tratamiento que ha dado la doctrina nacional a este aspecto y el conocimiento de la clásica “regla” de la excepción de punibilidad de la fase preparatoria, hoy en día nuestro Código Penal se ha sumado al fenómeno de la regulación de actos preparatorios a nivel de tipos penales de parte especial. Un ejemplo de los aspectos señalados se puede advertir en la relación entre los delitos tipificados en los artículos 162 (interceptación de comunicaciones) y 162-A (posesión o comercialización de equipos destinados a la interceptación telefónica), como reseño a continuación:

-
- (16) El carácter facilitador de la conducta respecto de un delito doloso no puede confundirse con la idoneidad de una conducta para facilitar otro delito. Por ejemplo: la conducción en estado de ebriedad puede ser paso previo a la comisión de otros delitos, como el homicidio o las lesiones, pero tiene un injusto específico vinculado a la protección de la seguridad en el tráfico. Distinto es el caso del delito de conspiración al sicariato, tipificado en el artículo 108-D, que es un delito de preparación delictiva.
- (17) Debe aclararse que no todo delito de tendencia interna subjetiva es un delito preparatorio como, por ejemplo, el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1106, ley penal de lavado de activos. Si bien el delito tiene una finalidad subjetiva de evitar la identificación de la procedencia ilícita de los activos maculados, se trata de un delito independiente que tiene un objeto autónomo de protección. Aparte del elemento de tendencia interna; en consecuencia, se debe contar con los otros elementos que definen a un delito preparatorio.
- (18) Significa la exteriorización de la conducta y su relación con los actos típicos de ejecución descritos en el tipo penal correspondiente.
- (19) RIMO, Alberto Alonso (2017). “¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación”. En: *InDret*, Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, p. 10 y ss.
- (20) *Ibídem*, p. 45. Quien rescata que será admisible la creación de un delito autónomo en aquellos casos en que la conducta típica, por sí misma y de forma inmediata, produzca un riesgo o peligro relevante para un determinado bien jurídico.



En este sentido, no se puede definir el delito de negociación incompatible como un injusto independiente en sentido estricto. Esta conclusión no significa, como sostiene un sector de la doctrina, que existan diferencias típicas entre ambos delitos: la colusión es un delito bilateral y exige concertación, mientras que la negociación es un delito unilateral y exige el interés indebido; sin embargo, en el propio ámbito de los delitos preparatorios y su relación con el delito principal es clave, como lo señala un sector de la doctrina, que el delito preparatorio tenga una estructura típica propia (aunque relacionada al hecho principal), como sucede en la relación entre el delito de interceptación, del reseñado artículo 162 del Código Penal, con el delito preparatorio del artículo 162-A. La diferencia, en definitiva, entre ambos ilícitos reside en la forma de lesión al bien jurídico tutelado⁽²¹⁾.

SIMILITUDES Y DIFERENCIAS CON EL DELITO DE COLUSIÓN DESLEAL	
Similitudes	
☒ Comparten el mismo bien jurídico: capacidad de gestión patrimonial de los funcionarios.	
☒ Se castiga al funcionario que hace un uso indebido de su capacidad para gestionar los intereses patrimoniales.	
☒ Los asuntos en los que interviene o el objeto material es el mismo: contratos y operaciones.	
Diferencias	
Negociación incompatible	Colusión
☒ Es un delito <u>unilateral</u> y <u>preparatorio</u> : el funcionario se interesa directa y unilateralmente en un contrato sin que medie una concertación con terceros.	☒ Es un delito de <u>participación necesaria</u> y <u>de encuentro</u> : requiere necesariamente de una concertación entre el funcionario y el tercero particular.

(21) ÁLVAREZ DÁVILA, Francisco (2021). Ob. cit., p. 177.

La comprensión de la relación entre el delito de negociación incompatible y de la colusión, entre un delito preparatorio y uno principal, tiene importantes efectos en la solución de los problemas de la determinación de la aplicación de ambos tipos de injustos. Vuelvo en este punto nuevamente a usar la relación entre el delito de interceptación telefónica y el de posesión de equipos para la interceptación, a fin de esclarecer mi posición interpretativa. ¿Cómo podré resolver los problemas concursales entre ambos injustos? Lo propongo con el siguiente ejemplo: un fiscal pretende realizar un allanamiento por la sospecha del delito de interceptación de comunicaciones, sobre la base de información de testigos protegidos y de notas de inteligencia de la Policía Nacional respecto a que en la casa de “X” habría una organización delictiva que se dedicaría a la interceptación de llamadas de reputados políticos. El fiscal obtiene la orden judicial de allanamiento y logra el ingreso a la casa habitación de “X”. Concluida la diligencia, el fiscal, y luego de acopiar unos actos de investigación, decide formalizar la investigación por los delitos tipificados en los artículos 162 y 162-A. Durante toda la fase de investigación preparatoria el fiscal deberá obtener actos de investigación (declaraciones y documentales) para estimar si tiene elementos de convicción para probar que “X” interceptaba comunicaciones y las guardaba o si, por el contrario, solo podría probar la posesión indebida o injustificada de dichos aparatos.

Este ejemplo clarifica que la diferencia para estimar la aplicación entre un delito preparatorio y un delito principal está en función de los elementos de convicción que el fiscal recopile durante la investigación preparatoria pues, como hipótesis, puede darse el caso de que “X” solo se dedicaba a la compra de equipos –era su rol dentro de la organización– y los actos de interceptación los realizaban otros miembros. Lo mismo sucede en el ámbito de la aplicación y de la prueba entre los ilícitos de colusión y negociación incompatible. Cuando el fiscal obtenga medios de prueba de que hay una participación punible del particular para lograr el direccionamiento de un contrato o una operación estatal, deberá utilizar el delito de colusión; sin embargo, cuando solo pueda probar el uso indebido del cargo del funcionario para direccionar un contrato del Estado, solo podría instar la aplicación del delito de negociación incompatible. La estimación del grado de convicción o el umbral de la prueba para estimar, probada la participación punible, será un tema que deberá analizar el órgano jurisdiccional según las circunstancias del caso, y que no formarán parte de esta investigación por razones metodológicas ya expuestas.

Establecida la relación entre la negociación incompatible y la colusión desleal, queda resolver –dogmáticamente– el segundo paradigma de la participación punible en el delito de negociación incompatible. En la Sentencia Casatoria N° 841-2015, la Corte Suprema negó la posibilidad de que el delito de

negociación incompatible admitiría complicidad, empero, esta interpretación restrictiva no se fundamentó en la teoría de ruptura del título de imputación, sino con base en consideraciones de tipicidad. En efecto, la Corte señaló que, dado que el injusto de negociación incompatible no estaba redactado como un delito de participación necesaria, no era viable admitir la intervención delictiva. Así, cuando se producía la intervención de un tercero, se debería ampliar la investigación a un delito de colusión o de cohecho, según las circunstancias del caso. A este pronunciamiento se le suma, como ya se expresó líneas atrás, que en el auto de calificación del Recurso de Casación N° 1059-2018, el Tribunal Supremo indicó que sí era posible estimar la participación punible del *extranei* porque el Acuerdo Plenario N° 03-2016/CJ-116 había aceptado la teoría de la unidad del título de imputación, a lo que sumaba que, a través de la última modificación del artículo 25 del Código Penal, se reguló la responsabilidad del cómplice en delitos especiales de infracción de deber, aun cuando los elementos especiales que fundamentaba la punibilidad del tipo legal no concurrieran en él.

Comparto, como ya expresé en otra publicación académica, que la posición jurisprudencial contenida en la Sentencia Casatoria N° 841-2015/SPP es equívoca, pues existen varios tipos penales en los que, a pesar de no estar tipificados como un delito de participación necesaria, puedan admitir sin problema alguna complicidad delictiva. De hecho, el pronunciamiento judicial antes citado no utilizó la teoría de la ruptura del título de imputación para negar la complicidad punible del particular *extranei*, sino que –repito– el sustento se basó en la redacción del tipo penal como participación necesaria, aspecto con el que discrepo. De otro lado, tampoco es acertado lo expresado en el auto de calificación de la Casación N° 1059-2018 cuando estima “resolver” el problema sobre la base de la adopción legislativa de la unidad del título de imputación⁽²²⁾. Como ya expresé en este acápite, nuestra propuesta es que la discusión sobre la punibilidad del particular *extranei* se resuelve entendiendo que el delito de negociación incompatible es un delito de preparación del delito de colusión. Si esta propuesta fuese aceptada seguramente la objeción sería: ¿Cómo se interpretaría el interés indirecto que regula el artículo 399 del Código Penal? Frente a este escenario planteo dos hipótesis de interpretación. En primer lugar, que el interés indirecto se refiere a los casos de participación no punible del particular, los cuales se presentarán cuando se pueda probar que

(22) VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (2021). Ob. cit., p. 133. Señala que la modificación del artículo 25 del Código Penal no es una validación de la teoría de la unidad del título de imputación, sino más bien un reconocimiento directo de que el sujeto vinculado responde, pero en función de ese acto de organización, conectado con el delito de infracción de deber. El autor concluye indicando que la aplicación de esta modificación normativa solo tendría sentido en los delitos de infracción de deber con componentes de dominio como podrían ser los delitos de peculado doloso y culposos, así como la colusión.

el funcionario, a través de un interés indebido, direccionó un contrato o una obra para favorecer –como elemento de tendencia– a un tercero; por ejemplo: la ahijada de cariño de un funcionario que, sin tener conocimiento de las reglas de contratación, obtiene un contrato público a su favor⁽²³⁾. En segundo lugar, la posibilidad de vincular el interés indebido a través de la actuación punible de funcionarios no competentes que realizan un acuerdo delictivo para que el funcionario competente lo favorezca. A favor de estas tesis, inclusive, existe el precedente de la Sala Penal Transitoria recaído en el Recurso de Nulidad N° 666-2016, en el que se afirma lo siguiente:

Esta negociación incompatible se extiende, como cómplice primario, al teniente Alcalde Alcántara Tarazona, miembro accionista de la empresa G & H Contratistas Generales S.R.L., el mismo que como tal se prestó a esa intervención legalmente proscribida –y, por ello, completa la conducta típica–. Su condición de ser uno de los socios fundadores de la empresa, formada ese mismo año dos mil ocho –una pequeña empresa, sin duda, en la que incluso el gerente general era el otro socio–, determina tanto que el conocimiento de la participación en ese proceso de contratación pública no pueda ser negado, cuanto que estaba en condiciones de concretar la obtención de la buena pro⁽²⁴⁾.

IV. NATURALEZA DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

Otro punto relevante en el análisis dogmático que genera consecuencias en el ámbito de la prueba está relacionado con la naturaleza del delito de negociación incompatible. Esto lo podemos formular a través de dos interrogantes

(23) En este sentido, la jurisprudencia desarrollada en Argentina en la C.C.C.F., Sala I, 7/9/11, causa N° 44.829, indicó: “resulta necesario diferenciar al partícipe del funcionario, por un lado, de los beneficiarios de su conducta ilícita, por el otro, por cuanto el legislador al redactar el tipo penal denominado como ‘negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas’, a diferencia de otros supuestos (como los previstos en el Capítulo VI: ‘Cohecho y tráfico de influencias’, del Título XI, Libro Segundo, del Código Penal), no previó castigo para los últimos”. Así vistas las cosas, el o los terceros cocontratantes con la administración pública no son en principio punibles cuando ninguna injerencia indebida tuvieron para que el negocio se lleve a cabo. Imputar a una persona, distinta del funcionario público, haber intervenido como partícipe necesario en un hecho que es calificado a la luz del tipo penal previsto en el artículo 265 del Código Penal, requiere que esa persona haya contribuido necesariamente en la desviación del interés público en provecho de un beneficio particular, del funcionario o de un tercero. Es por ello por lo que, de acuerdo a las constancias recabadas durante la investigación, no puede calificarse la intervención de los tres socios de la firma N.S.R.L. como parte integrante, y necesaria, de la acción típica de interesarse, llevada a cabo por quien revestía la calidad de funcionario público”.

(24) Entiendo que la dificultad se plantea cuando el cómplice es el tercero particular. Si se trata de un funcionario, no habría ninguna situación concursal con el delito de colusión desleal. Así, por ejemplo, sucede en la investigación seguida contra cuatro funcionarios del Congreso por el caso de compras de computadoras. Si, en este caso, el funcionario competente habría recibido cualquier tipo de cooperación para concretar el interés indebido en un contrato, se puede admitir sin problemas esa participación como punible (me refiero al aporte del funcionario no competente).

que debemos responder. La primera es: ¿El delito de negociación incompatible es un delito de peligro o lesión?, mientras que la segunda interrogante sería ¿cuál es el efecto de la primera declaración en el ámbito de la prueba?

En la doctrina nacional como en la extranjera existe unanimidad sobre que la conducta típica del delito de negociación incompatible exige que el funcionario se interese en un contrato u operación en la que interviene por razón de su cargo. No estamos frente a un delito de lesión patrimonial, en tanto el tipo penal no exige que la actuación interesada del funcionario genere un daño patrimonial a la Administración Pública⁽²⁵⁾; empero, las discrepancias surgen cuando se busca definir si el delito de negociación incompatible es un delito de resultado-lesión o de peligro.

Un sector de la doctrina extranjera entiende, sin embargo, que el delito de negociación incompatible no sería un delito abstracto, sino que se trataría de un delito lesión. No se pone en duda que el delito no exija la lesión patrimonial, lo que pretende este grupo de autores es reconocer que el delito de negociación incompatible tiene un bien jurídico autónomo y que, por tanto, puede ser lesionado a través de los actos que concretan el interés indebido (voto, informe, resolución). Asimismo, se sostiene que el delito sería de resultado en tanto se puede identificar un espacio temporal entre la realización de la acción con el resultado⁽²⁶⁾. Otro sector de la doctrina comparte la conclusión de que sería un delito de resultado y no de mera actividad, amparando su fundamentación en que propiamente no existe una diferencia entre ambas formas de clasificación, pues todo comportamiento delictivo expresaría una lesión o puesta en peligro a un interés jurídico⁽²⁷⁾.

En la doctrina nacional la discusión se ha orientado respecto a si nos encontramos frente a un delito de lesión o un delito de peligro, dejando de lado la interpretación sobre si se tratase de un delito de mera actividad. Conforme a

(25) Más allá de las diferencias que existe en la regulación penal del artículo 240 del Código Penal chileno, el 265 del Código Penal argentino y el artículo 439 del Código Penal español (439°), en ninguna se exige el daño económico a la Administración Pública.

(26) Con sus diferencias, FERNÁNDEZ CABRERA, Marta (2018). *Corrupción en la función pública. El delito de negociaciones prohibidas*. Lima: Tirant lo Blanch, p. 272 y ss., y JAREÑO LEAL, Ángeles (2015). Ob. cit., p. 27. La primera autora sostiene que el delito se consuma cuando el funcionario público participa en el contrato u operación, mientras que la segunda sostiene que el delito se consuma con la participación efectiva en el negocio (obtención del beneficio). Un ejemplo para graficar la diferencia entre ambas posturas: en el caso de un alcalde que interviene votando en la comisión de selección que debe adjudicar el contrato en el que tienen un interés personal, pero no logra conseguir la adjudicación. Según la primera autora, el delito se habría consumado cuando el alcalde interviene votando a favor de la empresa que pretende como ganadora del contrato; mientras que, para la segunda autora, en tanto no se consiguió "la participación efectiva en el contrato o negocio", sería un supuesto de tentativa.

(27) DELGADO GIL, Andrés (2008). *Delitos cometidos por funcionarios públicos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 169 y ss.

la línea de interpretación de la doctrina extranjera, se rechaza que este ilícito sería un delito de lesión patrimonial: no exige el daño o menoscabo patrimonial a la Administración Pública⁽²⁸⁾. Se afirma, sin embargo, mayoritariamente, que el delito sería de peligro concreto. El argumento en conexión con las ideas antes descritas es que el delito sería de peligro concreto en tanto no se exige para su consumación un daño económico⁽²⁹⁾. Finalmente, se admite que el injusto de este ilícito penal admitiría la tentativa.

Podrá advertirse la diferencia marcada entre la posición de la doctrina extranjera y la doctrina nacional. La primera pretende darle al delito de negociación incompatible una autonomía y lesividad propia. En ese sentido, el primer punto de partida es darle al injusto de negociación incompatible autonomía propia con relación al bien jurídico protegido y diferenciarlo respecto al resto de comportamientos que podrían afectar a la Administración Pública. De esta forma, el bien jurídico tendría un ámbito propio de lesividad que lo convertiría en un delito de lesión, y no de peligro. En cambio, la doctrina nacional niega que el delito sea de lesión o de resultado, aparentemente bajo la falta del daño económico a la Administración Pública. Coinciden ambas en la posibilidad de tentativa.

Parecería, en este sentido, que el panorama para diferenciar un delito de peligro de uno de resultado sería la falta de lesión. De esta manera, el común denominador sería que el delito de resultado exige un resultado entendido como la modificación del mundo exterior, mientras que el delito de peligro supondría una amenaza al objeto de protección. En contra de esa forma de presentar la diferencia entre los delitos de peligro y de resultado, una posición de la doctrina sostiene, con relación al caso de este injusto penal, que, si bien reconoce que no se exige la efectiva participación del funcionario en el

(28) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2003). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra Editores, p. 456; ROJAS VARGAS, Fidel (2017). Ob. cit., p. 826; REATEGUI SÁNCHEZ (2015). Ob. cit., p. 736.

(29) En la jurisprudencia la posición sobre el peligro concreto se mantiene. En la sentencia de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el Expediente N° 92-2011: “El delito de negociación incompatible es un delito de peligro concreto y por lo tanto para su consumación no se necesita la producción de un resultado perseguido cuando el funcionario se interesa indebidamente, ya que no ha de inferirse que dicho momento coincida con la celebración del contrato, basta que ello ocurra en el curso de la gestión en cualquier etapa de la contratación pública. Igualmente, en la sentencia casacional N° 231-2017/SPT: ‘En este sentido, revisados los autos se aprecia, 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, tampoco obra pericia que así lo haya establecido; por el contrario, la suma egresada por la Municipalidad se justificó con la adquisición de los insumos ofrecidos por la empresa ALABAMA S.A., a quien se le exoneró del proceso de selección, con el fin de satisfacer, en caso de no hacerlo habría ocasionado un perjuicio a los pobladores quienes habrían invertido en la preparación de la tierra para la siembra de las señaladas semillas’”.

contrato pretendido, ello no convierte al delito como uno de peligro porque sí existe una efectiva lesión al bien jurídico.

La inclusión como delito de resultado de lesión del delito de negociación incompatible, bajo la sospecha de que tiene un bien jurídico propio o autónomo, no parece acertada. Debe recordarse que, bajo los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de lesividad, el Derecho Penal únicamente protege bienes jurídicos de relevante importancia (no todos los bienes jurídicos, ni tampoco cualquier forma de lesión a esos bienes jurídicos) y es necesario que las conductas que los afecten tengan un grado de lesividad propia. Pretender señalar que un determinado delito sería de lesión porque tendría un bien jurídico autónomo, no es correcto. Salvo que se estimara válida la diferencia que hace un sector dogmático en el sentido de que los delitos de peligro son delitos formales (sin referencia a un bien jurídico y contruidos como delitos de mera desobediencia)⁽³⁰⁾. De otro lado, como ya se advirtió, es cuestionable afirmar que el delito de negociación incompatible tenga un bien jurídico autónomo. Ya se explicó su conexión con el delito de colusión y su estructura como delito de preparación. Finalmente, no debe dejarse de lado que, desde el punto de vista normativo, todo delito es de resultado por cuanto produce la defraudación de una norma; la diferencia reside en que, desde el punto de vista de los criterios de imputación objetiva, cada tipo penal presenta diferencias estructurales, de acuerdo con los tipos de intereses que se busca proteger⁽³¹⁾.

De otro lado, es claro, desde la estructura del tipo de negociación incompatible, que no estamos ante un delito de lesión patrimonial, empero es importante comprender cuál es la finalidad de este injusto penal en su relación con la Administración Pública. El delito apunta a sancionar al funcionario que se interesa en un contrato o una operación, el fundamento del castigo reside en el uso indebido del cargo que utiliza el funcionario, que tiene competencia específica para su intervención, para preferir o beneficiar intereses privados, antes que los institucionales. De hecho, el tipo penal establece como un elemento de tendencia que la conducta típica tiene que estar dirigida a obtener un provecho propio o ajeno, lo que no significa que se tenga que probar en el ámbito objetivo. Así las cosas, se trata de un delito de preparación, el legislador no quiso tipificar un delito de lesión patrimonial porque consideró que existen otros comportamientos delictivos que incorporan ese tipo de protección como el delito de colusión.

(30) GARCÍA CAVERO, Percy (2015). *Derecho Penal, Parte General*. 2ª edición completamente actualizada y aumentada. Lima: Instituto Pacifico, p. 125.

(31) *Ibidem*, p. 133.

Es evidente que la posición que se mantiene guarda relación con la vinculación que se sostiene entre la negociación con la colusión desleal. No se niega que el delito de negociación incompatible tenga un interés penalmente relevante de protección, pero se deja constancia de que este tiene vinculación con el interés que se protege en el delito de colusión, como ya anoté en líneas precedentes⁽³²⁾. Asimismo, y de una revisión de los delitos contra la Administración Pública, es posible darse cuenta de que es perfectamente admisible que determinadas formas de ataque a la administración se configuren a través de delitos de lesión como el delito de peculado o el de colusión, mientras que en otros casos se puede recurrir a la anticipación penal como los delitos preparatorios en los que el objeto de protección es determinada institución o relación institucionalizada, como pueden ser los deberes de probidad, los deberes de gestión de intereses patrimoniales, entre otros⁽³³⁾.

Esta forma de comprensión de las instituciones nos lleva a negar que el delito de negociación incompatible sea un delito de lesión; sin embargo, queda por responder si nos encontramos ante un delito de peligro concreto o abstracto. A la consideración de que este injusto penal sería un delito de peligro concreto porque únicamente no exige un daño o perjuicio para el Estado, no se tiene en cuenta que tanto el delito de peligro abstracto como el de peligro concreto no exigen un daño al objeto material. Un delito será de peligro concreto cuando en su estructura típica se describe la exigencia de un resultado de peligro concreto, como sucede con el delito de peligro común, tipificado en el artículo 273. Señalar que un delito sería de peligro concreto porque no se exige un daño al objeto material no plantea realmente una diferencia dogmática real.

En atención a todo lo expresado, se desprende que el delito de negociación incompatible sería un delito de peligro abstracto que se configura con la acción del funcionario de interesarse indebidamente en un contrato u operación, en la que interviene por razón de su cargo⁽³⁴⁾. No se requiere un resultado de lesión o peligro concreto para el patrimonio de la Administración Pública. La conclusión de que el delito de negociación incompatible es de peligro abstracto trae como consecuencia que no se admita el castigo en grado de tentativa, pues aun cuando se pueda pensar en una realización parcial del acto de interesarse, tratándose de un delito preparatorio, no hace razonable adelantar aún más con la punición de la tentativa⁽³⁵⁾.

(32) ÁLVAREZ DÁVILA, Francisco (2021). Ob. cit., p. 192 y ss.

(33) VÍLCHEZ CHINCHAYAN, Ronald (2021). Ob. cit., p. 159 y ss., quien propone dos modelos para entender la configuración de los delitos de peligro: modelo de anticipación y de la desvinculación.

(34) De similar opinión, CASTILLO ALVA, José Luis (2015). Ob. cit., p. 31.

(35) Sentencia Casatoria N° 396-2019/Sala Penal Permanente.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2003). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores.
- ÁLVAREZ DÁVILA, Francisco (2021). *El delito de negociación incompatible. Estudio de los aspectos problemáticos del tipo penal*. Lima: Ideas.
- BUOMPADRE, Jorge Eduardo (2009). *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*. 3ª edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- CASTILLO ALVA, José Luis (2015). *El delito de negociación incompatible*. Lima: Instituto Pacífico.
- DELGADO GIL, Andrés (2008). *Delitos cometidos por funcionarios públicos*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- DONNA, Edgardo Alberto (2000). *Delitos contra la Administración Pública*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- FERNÁNDEZ CABRERA, Marta (2018). *Corrupción en la función pública. El delito de negociaciones prohibidas*. Lima: Tirant lo Blanch.
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2021). *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos (2008). *Derecho Penal, Parte Especial*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- GARCÍA CAVERO, Percy (2015). *Derecho Penal, Parte General*. 2ª edición completamente actualizada y aumentada. Lima: Instituto Pacífico.
- GARCÍA ESPAÑA, Elisa (2002). *Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos: los artículos 439 y 441 del Código Penal de 1995*. Recuperado de: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=758341>>
- JAREÑO LEAL, Ángeles (2015). *El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos*. Navarra: Aranzadi.

- NÚÑEZ, Ricardo (2009). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. 4ª edición. Córdoba: Lerner Editorar S.R.L.
- PRECIADO DOMÉNECH, Carlos Hugo (2015). *La corrupción pública en la reforma del Código Penal de 2015*. Pamplona: Thomson Reuters (Civitas).
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2015). *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. Lima: Jurista Editores.
- RIMO, Alberto Alonso (2017). *¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación*. Barcelona: Indret.
- ROJAS VARGAS, Fidel (2017). *Delitos contra la Administración Pública*. 4ª edición, corregida y aumentada. Lima: Grijley.
- ROSALES ARTICA, David (2021). *El delito de negociación incompatible con el ejercicio de la función pública*. Lima: Editores del Centro.
- SGRO, Marcelo (2017). *Delito de negociación incompatible con la función pública. Antes y después de la ley de ética en el ejercicio de la función pública*. Buenos Aires: Hammurabi.
- VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (2021). *Delitos contra la Administración pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro.

ASPECTOS SUSTANCIALES DEL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS: EN ESPECIAL REFERENCIA AL TÍTULO DE INTERVENCIÓN DEL TERCERO INTERESADO (Artículo 400 del Código Penal)

ALEJANDRA MARIEL MORI SÁENZ^(*)

I. INTRODUCCIÓN

El delito de tráfico de influencias –previsto en el artículo 400 del Código Penal– sanciona al sujeto que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer, para sí o un tercero, algún donativo o promesa o cualquier ventaja o beneficio a cambio de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un proceso judicial o administrativo. El segundo párrafo de dicho tipo penal regula el tráfico de influencias en su modalidad agravada, el cual se configura cuando el sujeto activo (vendedor de influencias) tiene la calidad de funcionario o servidor público.

Del estudio del delito de tráfico de influencias, se advierte diversos aspectos críticos, siendo los más relevantes –a nuestra consideración– el bien jurídico protegido, la legitimación del tráfico de influencias simuladas y la punibilidad del tercero interesado. Existen diversas posturas controversiales sobre dichos temas, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, por lo que es menester llevar a cabo un análisis de cada una de las posiciones y, en consecuencia, realizar las respectivas apreciaciones críticas.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El delito de tráfico de influencias se encuentra comprendido en el Título XVIII del Código Penal, correspondiente a los delitos contra la Administración

^(*) Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Candidata a magíster en Ciencias Penales por la misma casa de estudios. Maestranda en políticas anticorrupción en la Universidad de Salamanca (España). Miembro principal del Taller de Dogmática Penal (UNMSM).

Pública. Por tanto, la tipificación de la conducta de venta de influencias tiene como finalidad evitar que se ponga en peligro –de manera genérica– el correcto funcionamiento de la Administración Pública, no habiendo mayor discusión sobre ello.

Ahora bien, cabe indicar que el correcto funcionamiento de la Administración Pública se debe entender en su sentido material y no formal; esto es, la protección jurídico-penal gira en torno a las funciones o actividades dirigidas a garantizar los bienes, servicios y, en general, las demandas de los ciudadanos, cuya prestación y atención se encuentra a cargo de los entes públicos⁽¹⁾.

No obstante, en cuanto al bien jurídico específico del delito de tráfico de influencias, no existe consenso, advirtiéndose diversas posturas sobre el tema en el plano doctrinario y jurisprudencial.

En ese sentido, a continuación, se desarrollarán las posiciones más importantes, para luego establecer cuál es el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias, institución que juega una función relevante en el ámbito sistemático, interpretativo y de determinación de la pena.

1. Prestigio o buen nombre de la Administración Pública

En la doctrina nacional, un sector señala que la conducta típica del tráfico de influencias se encuentra alejada de afectar o poner en peligro el correcto funcionamiento y la imparcialidad de la Administración Pública⁽²⁾, por lo que habría que resignarse a considerar como bien jurídico protegido el prestigio o buena imagen de la Administración Pública, pues el hecho que en nuestro país no se perciba a la administración de justicia como prestigiosa no es un argumento válido para desvirtuar dicha consideración⁽³⁾.

Asimismo, a favor de la mencionada posición, se refiere que llegar a un consenso respecto del bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias resulta debatible, dado que las influencias reales y simuladas

(1) ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Juan Carlos y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “Bien jurídico en el delito de tráfico de influencias. Especial referencia al tipo penal del art. 430 CP”. En: *Libertas-Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, N° 7, agosto 2018, p. 19.

(2) YON RUESTA, Roger, “Tráfico de influencias. Un análisis al contenido del tipo penal”. En: *Themis Revista de Derecho*, N° 45, diciembre 2002, p. 232.

(3) SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración Pública*, Iustitia & Grijley, Lima, 2016, pp. 591-592.

no devienen en un mismo valor de afectación⁽⁴⁾. Sin embargo, se advierte que, en ambas modalidades de tráfico de influencias, el sujeto activo –*traficante*–, al tomar el nombre de la Administración Pública, específicamente de un funcionario o servidor público que haya conocido, conozca o vaya a conocer un caso judicial o administrativo a cambio de una ventaja económica, muestra a dicha entidad como influenciable, vendible, transable y corrupta⁽⁵⁾, poniendo así en peligro el prestigio y el regular funcionamiento de la Administración Pública, concretamente la administración de justicia jurisdiccional-administrativa.

En el ámbito jurisprudencial, tenemos la Casación N° 374-2015-Lima, en la cual la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República señaló que el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias es la imagen y prestigio de la Administración Pública y, de forma mediata, su regular funcionamiento, toda vez que la mínima lesividad del tráfico de influencias simuladas no afecta el normal desarrollo o correcto funcionamiento de la Administración Pública ni su imparcialidad, sino la imagen y el prestigio de esta, lo que se debe tomar en cuenta al momento de la interpretación en virtud del carácter subsidiario y fragmentario del Derecho Penal (principio de *ultima ratio*).

En similar sentido, un sector de la doctrina española plantea que, en el caso del tipo penal de ofrecimiento de influencias –artículo 430 del Código Penal español–, la supuesta influencia ni siquiera se llega a utilizar. Por este motivo, lo que se pretendería proteger con la regulación de dicha conducta es el prestigio y el buen nombre de la Administración, el cual reside en un concepto ciertamente etéreo y difícilmente aprehensible⁽⁶⁾.

Sin embargo, en contra de la postura expuesta, se considera que la protección del prestigio o buen nombre de la Administración Pública no es un argumento válido para criminalizar la venta de influencias, pues es un concepto demasiado vago; en este subyace la pretensión de calmar la alarma social y utilizar el Derecho Penal para proyectar una imagen de lucha anti-corrupción y, en consecuencia, no satisface las exigencias de los principios

(4) ROJAS VARGAS, Fidel, *Manual operativo de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*, Nomos & Thesis, Lima, 2016, pp. 368-370.

(5) LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “Complicidad primaria y secundaria”. En: SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Comentarios al Código Penal peruano*, Gaceta Jurídica, Lima, 2019, p. 233.

(6) MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 853.

rectores del ejercicio del poder punitivo en un Estado social y democrático de Derecho⁽⁷⁾.

2. Imparcialidad u objetividad de la función pública

Aboso⁽⁸⁾ señala que el interés penalmente tutelado en el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas –denominación otorgada al tráfico de influencias en la normativa penal argentina– es la imparcialidad de los funcionarios públicos en el manejo de las cuestiones públicas objeto de su competencia.

En caso de la regulación española, el delito de tráfico de influencias se orienta a proteger la imparcialidad y objetividad, circunscrito al proceso de toma de la decisión y no en la decisión misma; de tal manera, se resguarda a la función pública de interferencias indebidas, provenientes de intereses privados y en contra del interés público, que puedan supeditar la libertad del funcionario público⁽⁹⁾. La mencionada postura es doctrina mayoritaria con relación a los artículos 428 y 429 del Código Penal español que prevén las conductas de venta de influencias; mientras que, respecto del tipo penal de ofrecimiento de influencias –artículo 430 del Código Penal español–, alegan una inexistencia de bien jurídico protegido, pues dicha conducta se circunscribiría a un acto preparatorio no merecedor de tutela penal. Empero, pese a que el comportamiento previsto se lleva a cabo en el ámbito privado, tiene como objetivo inmediato interferir en la órbita de la Administración Pública, aun efectivizándose por particulares, a través de la solicitud de dádivas, presentes o cualquier otra remuneración o aceptando ofrecimientos o promesas, con la finalidad de lograr la venta de influencias⁽¹⁰⁾.

En la doctrina nacional, San Martín Castro, Caro Coria y Reaño Peschiera⁽¹¹⁾ sostienen que el objeto de protección específico en el delito de trá-

(7) ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Juan Carlos y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *op. cit.*, p. 34.

(8) ABOSO, Gustavo Eduardo, “Los delitos de tráfico pasivo y activo de influencias: aspectos esenciales de su configuración” En: SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson (coord.), *Delitos contra la Administración de Justicia*, IDEMSA, Lima, 2010, p. 70.

(9) ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Juan Carlos, *Estudio de los delitos de tráfico de influencias. Artículos 428, 429 y 430 del Código Penal español y 411 y 411A del Código Penal colombiano*, Tesis para optar el grado de doctor, Universidad de León, León, 2019, p. 240.

(10) ECHEVARRÍA, Marcelo, *Delitos de los funcionarios públicos*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 155-157.

(11) SAN MARTÍN CASTRO, César; CARO CORIA, Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro, *Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, Jurista Editores, Lima, 2002, p. 72.

fico de influencias reside en la imparcialidad u objetividad en el ejercicio de funciones públicas.

En similar línea, Abanto Vásquez⁽¹²⁾ señala que la puesta en venta de influencias –haciendo referencia al tráfico de influencias reales– se concreta en un pacto injusto entre privados que equivale a una compra de la función pública, por lo que, de esa manera, se lesiona el carácter público de la función y, a su vez, se pone en peligro la imparcialidad y, eventualmente, la legalidad de la actividad funcional. En el caso de las influencias simuladas, considera que únicamente será típica cuando incide en el correcto funcionamiento de la Administración Pública a través de la puesta en peligro –aunque sea mínima– de los bienes jurídicos específicos (carácter público de la función, la imparcialidad y la legalidad del ejercicio) de aquellos otros que solamente atentan contra el patrimonio privado.

De otro lado, Rodríguez Delgado⁽¹³⁾ asevera que lo que se protege en el delito de tráfico de influencias es el ejercicio legítimo jurídicamente exigible de la función pública, dado que ningún funcionario público puede actuar fuera de las facultades o límites impuestos por la propia naturaleza de su cargo.

3. Posturas minoritarias

En virtud de lo expuesto respecto de las posturas mencionadas, se advierte que se ha establecido una diferenciación entre el bien jurídico protegido en la modalidad de tráfico de influencias reales y el correspondiente al tráfico de influencias simuladas. Empero, este no puede variar de acuerdo con la conducta, pues debe alcanzar el comportamiento típico prohibido por la norma penal, sin excepciones⁽¹⁴⁾.

Por tanto, un sector de la doctrina defiende que el bien jurídico protegido –tanto en el tráfico de influencias reales como en las simuladas– es la institucionalidad de la Administración Pública, toda vez que el sujeto que ofrezca un *atajo* para obtener un pronunciamiento favorable en instancia administrativa o judicial coloca bajo sospecha no solo su funcionamiento, sino también la

(12) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, “Tráfico de influencias en Perú”. En: ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL y VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, *El delito de tráfico de influencias*, Instituto Pacífico, Lima, 2019, pp. 99-102.

(13) RODRÍGUEZ DELGADO, Julio. “El final de la historia: ¡el interesado en el tráfico de influencias es impune!”. En: *Ius et veritas*, N° 33, 2006, pp. 248-263.

(14) GUIMARAY MORI, Erick, “El delito de tráfico de influencias. Algunos apuntes sobre su tipicidad”. En: MONTOTOY VIVANCO, Yvan (ed.), *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, IDEHPUCP, Lima, 2012, pp. 106-108.

existencia de una institución social que tiene un papel fundamental en nuestra sociedad⁽¹⁵⁾.

De otro lado, a partir de una perspectiva funcionalista-normativista, se sostiene que el objeto de protección del tipo penal del artículo 400 del Código Penal peruano, en la modalidad de tráfico de influencias reales, es la vigencia del deber general negativo de no atentar contra el correcto cumplimiento del deber especial positivo de un funcionario o servidor público que es o será competente para decidir sobre un asunto judicial o administrativo. Mientras que, en la modalidad de tráfico de influencias simuladas, se protege el deber de no menoscabar la confianza normativa que tiene la sociedad en la Administración Pública, pues dicho ofrecimiento –aunque no se cuente con la influencia– logra crear un peligro no permitido en contra de la confianza normativa que posee la sociedad respecto de la correcta Administración Pública⁽¹⁶⁾.

Otra postura minoritaria es la que considera que el delito de tráfico de influencias es un tipo pluriofensivo, que busca proteger la transparencia e independencia de la función pública y la situación de igualdad de los ciudadanos frente a esta, así como el valor de incorruptibilidad funcional, el cual se ve lesionado a través del ejercicio de la acción del tráfico de influencias determinante de una resolución facilitadora por medio de un beneficio económico⁽¹⁷⁾.

Por último, un sector estima que, a través de la tipificación del tráfico de influencias, se ataca el elemento común de los delitos de corrupción, esto es, la desviación de la actividad administrativa de los fines públicos institucionales hacia fines de carácter privado, preservando así el correcto funcionamiento de la Administración Pública acorde con los criterios de objetividad e imparcialidad⁽¹⁸⁾.

4. Postura personal

El bien jurídico ha sido entendido de distintas maneras; empero, únicamente mencionaremos dos concepciones –las más relevantes a nuestro entender–, pues no es objeto de la presente investigación un estudio del bien jurídico.

(15) VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald, *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*, Editores del Centro, Lima, 2021, p. 416.

(16) SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson y LLAMOJA HILARES, Giuliana, *Comentarios sistemáticos y desarrollo jurisprudencial al Código Penal peruano*, Editores del Centro, Lima, 2020, p. 1789.

(17) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*, Jurista Editores, Lima, 2017, p. 986.

(18) MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2000, p. 251.

Un sector de la doctrina parte de un punto de vista político-criminal para brindar contenido material a los bienes jurídicos, entendiéndolos como “circunstancias o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo, en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”⁽¹⁹⁾.

Por otro lado, una concepción institucional del bien jurídico sostiene que, desde el punto de vista del Derecho Penal, este no se debe representar como un objeto físico o algo similar, sino como la expectativa de la norma que establece que una persona no ataque los bienes de otra, siendo que, a través de la aplicación de la pena, se logra devolver la vigencia de la norma cuestionada por quien la vulneró, evitando que dicha defraudación normativa no afecte las instituciones socialmente vigentes⁽²⁰⁾.

Desde nuestra perspectiva, entendemos el bien jurídico como la vigencia de la norma que ordena las actuaciones de manera compatible con las condiciones esenciales para la realización de la persona en sociedad; a su vez, considerando que la persona es portadora de un deber general negativo (no menoscabar el ámbito de competencia de organización de los demás) y, en algunos casos, de deberes positivos especiales (derivados de una relación con una institución social y estatal previamente dada).

Ahora bien, respecto del bien jurídico en el delito de tráfico de influencias, desvirtuamos que consista en la imparcialidad u objetividad de los funcionarios públicos, por cuanto el tipo penal no requiere que las influencias invocadas se efectivicen ante el funcionario o servidor público que haya conocido, esté conociendo o vaya a conocer el caso judicial o administrativo. Asimismo, descartamos totalmente que el objeto de protección sea la buena imagen y prestigio de la Administración Pública, toda vez que ello resulta un concepto etéreo y ambiguo, pues, como señala Kindhäuser⁽²¹⁾, en un Estado en el que la corrupción es el *pan de cada día* y no existe confianza en la Administración Pública, la corrupción no podría ser castigada al faltar una confianza que proteger.

Por tanto, el objeto de protección radica en la vigencia de la expectativa que tiene la sociedad respecto de que los intervinientes (en caso del tipo base, sería un particular y, en el tipo agravado, un funcionario o servidor público)

(19) ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, Civitas, Madrid, 1997, p. 56.

(20) JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el Derecho Penal, bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”. En: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Vol. 7, N° 11, 2001, p. 26.

(21) KINDHÄUSER, Urs, “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán”. En: *Política Criminal: Revista electrónica semestral de políticas públicas en materias penales*, N° 3, 2007, p. 9.

no abusen de las influencias que ostenten o pretendan ostentar (entiéndase en el tráfico de influencias reales y simuladas, respectivamente) y, de esa manera, pongan en peligro los intereses sociales. En sentido similar, sobre el delito de colusión, Martínez Huamán⁽²²⁾ acertadamente refiere que el bien jurídico en dicho ilícito penal es la expectativa normativa de conducta de que los intervinientes (funcionario y particular), en los procesos de contratación pública, no abusarán de sus facultades o incumplirán sus deberes que provienen de su participación por medio de la concertación ilegal, a fin de evitar defraudar al Estado.

Finalmente, cabe señalar que, generalmente, la doctrina y la jurisprudencia establecen bienes jurídicos distintos en el tráfico de influencias reales y simuladas, pues esta última modalidad era considerada como un excesivo adelantamiento de la barrera de punibilidad y requería otro fundamento u objeto de protección, diferente al de las influencias reales. Sin embargo, dicho inconveniente se ve superado al adoptar la posición aquí planteada, toda vez que la expectativa normativa es puesta en peligro tanto en el caso de la invocación de influencias reales como en el de las simuladas, siendo el bien jurídico u objeto de protección del delito de tráfico de influencias el mismo en ambas modalidades.

III. OBJETO DEL DELITO: INFLUENCIAS REALES Y SIMULADAS

Previamente, cabe señalar que, en ciertas legislaciones, es punible el tráfico de influencias reales y simuladas, mientras que, en otras, únicamente se prevé el tráfico de influencias simuladas, pues su génesis es la denominada *vendita di fumo* y, en cambio, el tráfico de influencias reales es regulado en el delito de cohecho⁽²³⁾.

En nuestro país, el Código Penal, en su artículo 400, prevé el tráfico de influencias en dos modalidades: reales y simuladas. La primera no presenta cuestionamiento alguno, a diferencia de la segunda, que ha sido objeto de discusión tanto en el ámbito doctrinario como en el jurisprudencial, por lo que, en líneas posteriores, se desarrollarán ambas modalidades, brindando mayores alcances sobre el tráfico de influencias simuladas.

(22) MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl, "Delito de colusión: Cuestiones problemáticas del artículo 384 del CP". En: MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (dir.), *La Corrupción: Criminología, Derecho Penal. Parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal*, Editores del Centro, Lima, 2020, pp. 455-456.

(23) LEÓN TOMASTO, Jean Marco. "Problemas sustanciales en el delito de tráfico de influencias: el bien jurídico protegido y la punibilidad del tercero interesado". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 99, setiembre 2017, p. 155.

1. Influencias reales

La influencia puede ser definida como cualquier situación de predominio o posición favorable con respecto a centros de decisión⁽²⁴⁾.

Una influencia real surge en circunstancias en las que el agente realmente tiene contacto con los funcionarios o servidores públicos de la administración de justicia y tiene poder o capacidad de dirigir su voluntad hacia una dirección determinada valiéndose de su superioridad jerárquica o de cualquier relación de la que se derive una posición de ascendencia, a cambio de obtener una ventaja efectiva o potencial⁽²⁵⁾. Es una especie de chantaje moral al funcionario o servidor público que solo se puede llevar a cabo por tener cierta ascendencia sobre él, fundada en las relaciones especificadas⁽²⁶⁾.

Es decir, dicha influencia debe ser determinada objetivamente, a partir de relaciones personales entabladas entre el vendedor de influencias y el funcionario o servidor público que esté conociendo, vaya conocer o haya conocido el caso judicial o administrativo, las cuales pueden ser de naturaleza familiar, amical, afectuosa o política.

2. Influencias simuladas

Las influencias pueden sustentarse también en la falsa percepción generada, en el que da o promete, de los poderes del invocante, quien se vanagloria de poseer influencias –aparentes– sobre los funcionarios o servidores públicos señalados en el tipo penal⁽²⁷⁾.

La legitimidad de la tipificación del tráfico de influencias simuladas ha sido objeto de discusión en los ámbitos doctrinario y jurisprudencial, al igual que en el caso del bien jurídico protegido.

En contra del tráfico de influencias simuladas, se sostiene que el peligro de perturbar de manera efectiva la decisión de parte de un funcionario o servidor público en los entornos judicial o administrativo es muy lejano en estos casos, violándose de esa manera el principio de recurrir al Derecho Penal únicamente cuando un bien jurídico fundamental es perjudicado o puesto en

(24) CUGAT MAURI, Miriam, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Cedecs Editorial S.L., Barcelona, 1997, p. 26.

(25) SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración Pública*, Grijley, Lima, 2014, p. 588.

(26) MUÑOZ LORENTE, José. “Delito de tráfico de influencias”. En: *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 7, septiembre 2014, p. 254.

(27) ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, Grijley, Lima, 2007, p. 790.

peligro de manera significativa⁽²⁸⁾. En ese sentido, en el caso del tráfico de influencias simuladas, no existiría una referencia clara, directa y perceptible al bien jurídico de imparcialidad y objetividad en el ejercicio de las funciones públicas dentro del marco del correcto funcionamiento de la Administración Pública, encontrándonos ante una modalidad ilegítima que no supera los baremos del principio de lesividad⁽²⁹⁾.

A favor del tráfico de influencias simuladas, se argumenta que una interpretación teleológica permitiría fundamentar la necesidad de sancionar el tráfico de influencias—incluso cuando estas sean irreales—, por cuanto el Estado peruano mantiene un compromiso institucional en la lucha anticorrupción en virtud de los fines y objetivos constitucionales, así como por la suscripción de instrumentos internacionales en la materia. Asimismo, señala que la legitimidad del tráfico de influencias simuladas está relacionada con el fin preventivo de la norma penal propio de un Estado Constitucional de Derecho que apela a la capacidad de motivación de los destinatarios de la norma. Es decir, el sujeto a quien le ofrecen interceder a su favor ante un funcionario o servidor público no puede tener certeza si las influencias son reales o simuladas y, aun así, decide aceptar las influencias, realizando de tal manera un comportamiento de riesgo prohibido contra el bien jurídico—institucionalidad de la Administración Pública—a fin de evitar el mensaje de una Administración endeble e influenciable⁽³⁰⁾.

A nivel internacional, en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, se recomendó a los Estados firmantes la tipificación y sanción del tráfico de influencias simuladas, refiriendo lo siguiente:

(...) cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otras índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: (...) b) la solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido.

(28) HURTADO POZO, José. “Interpretación y aplicación del art. 400 del Perú: delito llamado de tráfico de influencias”. En: HURTADO POZO, José (dir.), *Anuario de Derecho Penal: Derecho Penal y pluralidad cultural*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2006, pp. 288-289.

(29) HERRERA GUERRERO, Mercedes. “La participación del interesado en el delito de tráfico de influencias y la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas”. En: *Actualidad Penal*, N° 26, agosto 2016, p. 141.

(30) GUIMARAY MORI, Erick, *op. cit.*, pp. 115-116.

En nuestro país, la Corte Suprema, en la Casación N° 374-2015-Lima (*Caso Aurelio Pastor*), consideró, en su fundamento jurídico décimo quinto, que el bien jurídico en el tráfico de influencias simuladas no podría ser el normal desarrollo o correcto funcionamiento de la Administración Pública ni su imparcialidad, sino la imagen y prestigio de esta. Asimismo, sostuvo que, en el tráfico de influencias simuladas, se criminalizaban actos con una mínima lesividad debido a la ineficacia de la afectación del bien jurídico mencionado, por lo que se debía realizar una interpretación conforme al carácter subsidiario y fragmentario del Derecho Penal. Sin embargo, lo mencionado por la corte resulta dogmáticamente contradictorio con sus posteriores afirmaciones en cuanto a la aplicación de la causa de justificación del ejercicio legítimo de la profesión de abogado, dado que, si no se llegase a afectar el bien jurídico en mérito de la escasa lesividad de la conducta, no procedería aplicar una causa de justificación al no ser una conducta típica⁽³¹⁾.

En similar línea, en el Acuerdo Plenario N° 03-2015/CIJ-116, la corte defiende la relevancia jurídico-penal del tráfico de influencias simuladas, considerando que el carácter punible de dicha conducta se fundamenta en su idoneidad para lesionar el bien jurídico, entendido este como prestigio y buen nombre de la Administración Pública.

3. Posición personal

Las influencias reales deben ser determinadas objetivamente, a partir de relaciones personales entabladas entre el vendedor de influencias y el funcionario o servidor público que esté conociendo, vaya conocer o haya conocido el caso judicial o administrativo. Dichas influencias pueden ser de naturaleza familiar, amical, afectuosa o política.

Por otro lado, el carácter legítimo de las influencias simuladas –como modalidad del delito de tráfico de influencias–, tanto en el ámbito doctrinal como en el jurisprudencial, ha sido objeto de cuestionamiento.

Un sector alega que la invocación de influencias inexistentes no llegaría a poner en peligro el bien jurídico protegido y, en consecuencia, la criminalización de dicho tipo de compraventa de influencias resultaría un gran adelantamiento de la barrera de punibilidad, incluso mucho mayor al propio de la naturaleza de los delitos de peligro abstracto. Mientras tanto, otro sector considera que la compraventa de las influencias simuladas sí pondría en

(31) MUÑOZ LORENTE, José, *op. cit.*, p. 72.

peligro el bien jurídico protegido, entendiendo a este como la buena imagen y prestigio de la Administración Pública.

Por tanto, como es de verse, la legitimación del tipo penal del artículo 400 del Código Penal –en su modalidad de tráfico de influencias simuladas– gira en torno a la concepción de bien jurídico que uno adopte para dicho ilícito penal. En ese sentido, tal y como lo hemos señalado anteriormente, el objeto de protección en el delito de tráfico de influencias es la expectativa normativa que tiene la sociedad respecto de que los intervinientes –particular o un funcionario o servidor público– no abusen de las influencias que ostenten o pretendan ostentar –y, de esa manera, pongan en peligro los intereses sociales–. Esta situación se presentaría ante casos de compraventa de influencias reales y simuladas, no existiendo óbice alguno para considerar al delito de tráfico de influencias simuladas como legítimo y conforme a Derecho.

IV. EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS COMO TIPO PLURIPERSONAL ¿DELITO DE ENCUENTRO O DE CONVERGENCIA?

1. Concepto de delitos pluripersonales

Los delitos pluripersonales son aquellos que están configurados en el Código Penal de manera que, para su realización, sea necesaria la intervención de varios sujetos, a diferencia de los demás tipos penales, que pueden ser cometidos aisladamente por un solo individuo⁽³²⁾.

En ese sentido, nos encontramos ante un delito pluripersonal cuando, aunada a la pluralidad de conductas, exista pluralidad de sujetos; verbigracia, los delitos de bigamia (artículo 139 CP) y usura (artículo 214 CP). En ambos tipos penales resulta necesaria, además de la conducta del sujeto activo, que concurra otro sujeto que coadyuve a la realización del verbo rector, como “obligar o hacer prometer” y “contraer” respectivamente.

Cabe señalar que los delitos pluripersonales como tales son reconocidos en los sectores de la doctrina de manera distinta.

La doctrina italiana hace uso de la expresión “delitos plurisubjetivos o pluripersonales” (*reato plurissoggettivo*), ubicando la perspectiva de su estudio en la tipicidad, a diferencia de la escasa bibliografía alemana, española y latinoamericana, que, al emplear el término “participación necesaria” –para

(32) CARRASCO ANDRINO, María del Mar, *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Comares, Granada, 2002, p. 1.

hacer referencia a dicho tipo de delitos—, lo relaciona con las reglas generales de la autoría y participación. Mientras tanto, la doctrina italiana considera que, para hablar de dicho tipo de delitos, se requiere la exigencia o necesidad de concurrencia de varios sujetos y que las conductas de los participantes sean punibles sin acudir a las reglas generales de autoría y participación⁽³³⁾. A su vez, la doctrina se encuentra dividida, dado que un sector ampara un concepto estricto de los delitos plurisubjetivos, considerando dentro de aquel grupo los casos en los cuales todos los intervinientes son objeto de punición; mientras que el otro defiende una tesis amplia, comprendiendo tanto al tipo penal que prevé expresamente la punibilidad de todos los intervinientes (delitos plurisubjetivos propios), como al que únicamente prevé la punibilidad de alguno o algunos de ellos (delitos plurisubjetivos impropios)⁽³⁴⁾.

En Alemania, son denominados “delitos de participación necesaria” (*Die notwendige Teilnahme*) y son definidos como el tipo penal que, de acuerdo con su estructura, requiere conceptualmente de la intervención de varias personas para su realización⁽³⁵⁾. Sin embargo, dicha terminología sería equívoca al abarcar constelaciones que no guardan relación con la verdadera *participación*, pues el *partícipe necesario* podría realizar conductas que materialmente equivaldrían a una *coautoría* o no podrían constituir “participación” en sentido penal y quedar impunes⁽³⁶⁾.

En la doctrina española, algunos autores hacen uso del término “delitos pluripersonales”, mientras que otro sector los reconocen como “delitos de participación necesaria”⁽³⁷⁾ —al igual que la doctrina alemana—, lo cual —en opinión de Carrasco⁽³⁸⁾— se refiere a los casos en los que la intervención de un sujeto no se conmina penalmente en la norma de la Parte Especial, pese a que típicamente es necesario para que el delito tenga lugar.

(33) GARCÍA ARROYO, Cristina, *El delito de cohecho subsiguiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 49.

(34) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, “Participación necesaria, intervención necesaria o delitos plurisubjetivos. Una aproximación a la discusión”. En: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la Administración Pública*, Grijley, Lima, 2014, p. 415.

(35) WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner y SATZGER, Helmut, *Derecho Penal. Parte General. El delito y su estructura*, Instituto Pacífico, Lima, 2018, p. 409.

(36) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, “Participación necesaria, intervención necesaria o delitos plurisubjetivos. Una aproximación a la discusión”, *op. cit.*, pp. 413-414.

(37) COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho Penal. Parte General*, 5a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 439-440; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho Penal español. Parte General. Volumen II*, Editorial Dykinson, Madrid, 2009, p. 325.

(38) CARRASCO ANDRINO, María del Mar, *op. cit.*, p. 7.

En la doctrina nacional, García Caveró⁽³⁹⁾ equipara a los delitos plurisubjetivos a los de intervención necesaria, considerando que son aquellos tipos penales que requieren necesariamente la intervención de una pluralidad de personas, no siendo posible la comisión de dichos delitos por un solo sujeto.

2. Clases de delitos pluripersonales

2.1. Delitos de encuentro (*Begegnungsdelikte*)

En general, la doctrina entiende que, en los delitos de encuentro, las expresiones de la voluntad de los intervinientes se encuentran dirigidas hacia el mismo objetivo, pero provienen de distintos lados; siendo que, si la ley solo menciona la punibilidad de uno de los intervinientes, el otro debe quedar impune al no exceder la medida de la participación necesaria⁽⁴⁰⁾.

En ese sentido, los delitos de encuentro presuponen una pluralidad de personas para la comisión del delito, cuyas actuaciones están dirigidas desde posiciones enfrentadas hacia un encuentro mediante un acuerdo u otro modo; es decir, las colaboraciones de los partícipes necesarios son correlativas o complementarias, que se dirigen las unas hacia las otras o se sitúan unas frente a otras⁽⁴¹⁾.

Ahora bien, los delitos de encuentro se pueden subdividir entre los que presentan conductas homogéneas y los que presentan conductas heterogéneas. Los primeros se caracterizan por una colaboración de todos los intervinientes a fin de obtener un mismo objetivo, mientras que los últimos consisten en conductas complementarias entre los intervinientes⁽⁴²⁾.

Respecto de la punibilidad de los partícipes necesarios en los delitos de encuentro, existen distintas posturas doctrinarias, por cuanto, en dicho tipo de delitos —a diferencia de los de convergencia—, existen casos en los que la conducta del partícipe necesario no se encuentra conminada en la norma penal, verbigracia, en los delitos de tráfico de influencias (artículo 400 CP) y colusión (artículo 384 CP). En tal escenario, se plantea la interrogante si se le puede atribuir la comisión del delito a título de partícipe, luego de la aplicación de las reglas generales de participación.

(39) GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal. Parte General*, 3a ed., Editorial Ideas, Lima, 2019, p. 398.

(40) OTTO, Haro, *Manual de Derecho Penal. Teoría general del Derecho Penal*, Atelier, Barcelona, 2017, p. 507.

(41) CARRASCO ANDRINO, María del Mar, *op. cit.*, p. 60.

(42) CARRASCO ANDRINO, María del Mar, *op. cit.*, pp. 64-67.

2.2. Delitos de convergencia (*Konvergenzdelikte*)

En los delitos de convergencia, el tipo solo se comete cuando varias personas procuran el resultado sumando esfuerzos, los cuales fundamentan o cualifican el comportamiento delictivo frente a otros; así, todos los intervinientes responden recíprocamente por la comisión del tipo penal y los casos de inducción y complicidad son tratados conforme a las reglas generales de la participación⁽⁴³⁾.

Las aportaciones en dicho tipo de delitos al hecho por parte de varias personas operan del mismo modo y en la misma dirección hacia la lesión del bien jurídico, debiendo ser castigados todos los intervinientes por el respectivo delito, no generándose problemática que requiera un ulterior tratamiento en la Parte General⁽⁴⁴⁾.

En ese sentido, en los delitos de convergencia, las actividades de los intervinientes están dirigidas conjuntamente al mismo objetivo, no advirtiéndose el problema de la participación necesaria, pues, en virtud de la normativa, en dichos supuestos todos los intervinientes son punibles como autores⁽⁴⁵⁾.

Por tanto, todos los intervinientes responderán como autores de la comisión del ilícito penal –verbigracia, los delitos de disturbio (artículo 315 del CP) y motín (artículo 348 del CP)–, no presentándose la problemática de la impunidad de alguno de los intervinientes, como en los delitos de encuentro⁽⁴⁶⁾. Por su parte, la instigación y la participación son considerados posibles según las reglas generales⁽⁴⁷⁾.

3. El tráfico de influencias: ¿delito de encuentro o delito de convergencia?

Teniendo en cuenta que el objeto del presente artículo gira en torno al delito de tráfico de influencias, consideramos oportuno adecuar las características de los tipos pluripersonales al mencionado ilícito penal, de manera similar a lo realizado por García Arroyo en cuanto al delito de cohecho español.

(43) JAKOBS, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, De Gruyter, Berlin, 1991, pp. 694-695.

(44) ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, Civitas, Pamplona, 2014, p. 220.

(45) JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Instituto Pacífico, Lima, 2014, p. 1042.

(46) MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl, “Delito de colusión. Responsabilidad penal del tercero interesado”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 141, 2021, p. 130

(47) ZIFFER, Patricia, *El delito de asociación ilícita*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 137.

Los aspectos por analizar serán la necesidad de la intervención de una pluralidad de personas, único bien jurídico lesionado y unidad de delito, y, por último, una distinción entre el plano típico y lesivo y el desvalor personal que implica el delito⁽⁴⁸⁾.

3.1. Pluralidad de intervinientes

Conforme a la redacción del tipo penal de tráfico de influencias, se advierte que es menester la contribución de dos personas; es decir, el sujeto activo, que invocará influencias reales o simuladas ante el tercero interesado, y este último, que otorgará o prometerá una contraprestación a cambio de dicha invocación.

Aunado a ello, se debe precisar que nos encontramos ante un delito de encuentro, pues las conductas del vendedor de influencias y del tercero interesado –que persiguen un mismo fin, pero en diferentes direcciones– finalmente confluyen en la puesta en peligro del bien jurídico, confirmándose de esa manera la concurrencia del primer requisito.

3.2. Único bien jurídico lesionado y unidad de delito

En primer lugar, cabe indicar que, desde nuestra perspectiva, entendemos que el objeto de protección del Derecho Penal es la vigencia de la norma que ordena las actuaciones de manera compatible con las condiciones esenciales para la realización de la persona en sociedad; a su vez, considerando que la persona es portadora de un deber general negativo (no menoscabar el ámbito de competencia de organización de los demás) y, en algunos casos, de deberes positivos especiales (derivados de una relación con una institución social y estatal previamente dada).

En ese sentido, teniendo en cuenta nuestra postura, el Derecho Penal no protegería en sí bienes jurídicos, sino expectativas normativas –las cuales pueden ser lesionadas o puestas en peligro por los sujetos que forman parte de la sociedad–, pues los primeros hacen referencia a “valores”. Sin embargo, para efectos prácticos, en la presente investigación se deberá entender, cuando se mencione a un bien jurídico, como una expectativa normativa.

Reiteramos que el objeto de la protección en el delito de tráfico de influencias radica en la vigencia de expectativa que tiene la sociedad respecto de que los intervinientes –en el caso del tipo base sería un particular y, en el tipo agravado, un funcionario o servidor público– no abusen de las influencias que

(48) GARCÍA ARROYO, Cristina, op. cit., pp. 58-68.

ostenten o pretendan ostentar –entiéndase en el tráfico de influencias reales y simuladas, respectivamente– y, de esa manera, pongan en peligro los intereses sociales.

En el mencionado ilícito penal, debido a su carácter de delito de peligro abstracto, no se produce la lesión del bien jurídico, sino su puesta en peligro.

Por tanto, se verifica el cumplimiento del segundo requisito, toda vez que el tipo penal de tráfico de influencias es un delito de encuentro, en el cual confluyen las intervenciones tanto del comprador de influencias como del tercero interesado y ponen en peligro el mismo bien jurídico o las mismas expectativas normativas –conforme se señaló anteriormente–, desvirtuando así que la concurrencia de más de una persona conlleve la existencia de distintos bienes jurídicos.

3.3. Distinción entre el plano típico y lesivo y el desvalor personal que implica el delito

Este requisito hace referencia a la distinción autónoma e independiente que debe existir entre el plano típico y lesivo, y el desvalor personal del injusto, pues la punibilidad concreta de cada uno de los comportamientos de los intervinientes no será determinante para considerar a un tipo penal como delito plurisubjetivo⁽⁴⁹⁾.

Desde nuestra perspectiva, consideramos que dicho requisito se puede apreciar con mayor claridad en los delitos de encuentro que en los de convergencia, dado que, en estos últimos, todos los intervinientes son considerados como autores y contarán con un mismo marco abstracto de punibilidad; empero, concretamente, el reproche personal será establecido para cada uno de los sujetos. Mientras tanto, en los delitos de encuentro, generalmente, las conductas de todos los intervinientes no son previstas en el tipo penal, así como tampoco son consideradas como punibles.

En el caso concreto del delito de tráfico de influencias, se cumple con este tercer requisito, por cuanto el legislador peruano, en mérito al principio de proporcionalidad, estableció como punible la conducta del vendedor de influencias; la del tercero interesado, no. Ello en razón de que la conducta consistente en otorgar o prometer una contraprestación sería menos grave que la conducta consistente en invocar influencias a cambio de dicha contraprestación para una posterior intercesión ante un funcionario o servidor público que resuelva de manera determinada un caso judicial o administrativo. No obstante,

(49) GARCÍA ARROYO, Cristina, *op. cit.*, p. 66.

estimamos que la conducta del tercero interesado puede ser punible bajo las reglas generales de la participación. Ello será evaluado en el siguiente acápite.

V. PUNIBILIDAD DEL TERCERO INTERESADO EN EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

1. Punibilidad del partícipe necesario en los delitos pluripersonales

La doctrina, a lo largo de los años, ha planteado cuatro supuestos a fin de determinar la punibilidad o no del partícipe necesario en los delitos pluripersonales. A continuación, se desarrollará cada uno de dichos supuestos.

1.1. El partícipe necesario como titular de bien jurídico protegido

En el caso de que el partícipe —o interviniente— necesario se encuentre del lado de la víctima, su conducta resulta impune, en tanto y en cuanto esta no sobrepase la medida de la participación prevista en el tipo penal, el cual debe estar dirigido a la protección del bien jurídico protegido de su titularidad⁽⁵⁰⁾.

Por ejemplo, en los casos del colegial que permite el tocamiento impúdico por parte de su maestro, de la colegiala que induce a su maestro a mantener relaciones sexuales con ella, del menor de edad que coopera a la frustración del derecho a la custodia de personas o de la prestataria que induce al prestamista al perfeccionamiento de la transacción usurera⁽⁵¹⁾.

Cabe señalar que la impunidad de la víctima no responde a que esta pueda *disponer* del bien jurídico, sino hasta dónde llega la protección del bien jurídico prevista en el tipo penal concreto⁽⁵²⁾.

1.2. El partícipe necesario en una situación análoga al estado de necesidad

A partir del fundamento del castigo de la participación, se establece la impunidad del interviniente necesario cuando se encuentre en una situación análoga al estado de necesidad; verbigracia, los casos de autoliberación y encubrimiento a su favor, comprendiendo la conducta del interviniente que represente una cooperación y/o inducción⁽⁵³⁾.

(50) HILGENDORF, Eric y VALERIUS, Brian, *Derecho Penal. Parte General*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2015, pp. 206-207.

(51) JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, op. cit., p. 1044.

(52) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, "Participación necesaria, intervención necesaria o delitos plurisubjetivos. Una aproximación a la discusión", op. cit., p. 423.

(53) ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*. Tomo II, op. cit., p. 222.

Es decir, se acepta la impunidad de la participación activa del beneficiado en tipos penales que prohíben el apoyo al autor del delito, en mérito a la situación motivacional que genera una colaboración que excede la que le corresponde, tales como los casos de la liberación de presos, del encubrimiento personal y del real⁽⁵⁴⁾.

1.3. Punibilidad del partícipe necesario por la contribución típica

Si el legislador, en la descripción del tipo penal, ha puesto de manifiesto la conducta del sujeto partícipe y, empero, la ha dejado sin penalidad, ello obedece a que no estima que merezca reproche penal, careciendo de sentido castigar la conducta de participación necesaria en mérito del principio de legalidad⁽⁵⁵⁾.

En opinión de Roxin⁽⁵⁶⁾, el principio de colaboración mínima impune, a lo largo de los años, no ha tenido una fundamentación suficiente, pues el argumento de que, si el legislador en los delitos de encuentro quiere considerar punibles a uno o todos los intervinientes lo hace expresamente y que, de lo contrario, nos encontraríamos ante un caso de “participación mínima atípica”, no resulta vinculante, toda vez que, si falta previsión especial de punición para el partícipe necesario, podría recurrirse a las reglas generales de participación. Sin embargo, el profesor alemán termina decantándose por la solución de la doctrina mayoritaria, considerando que hay que mantener la impunidad de la intervención mínima, pues esta se aparta demasiado de la imagen normal de la cooperación o complicidad como para poder ser equiparada con ella.

Al respecto, Jakobs⁽⁵⁷⁾ señala que la fundamentación de Roxin incurre en un círculo vicioso por cuanto no habría un principio con validez general que establezca que, si un sujeto se mantiene dentro del papel mínimo, se encuentre exento de punibilidad. Propone como ejemplos al acreedor en el delito de favorecimiento de acreedores, previsto en el artículo 283 del Código Penal alemán, o una de las partes en la prevaricación del abogado, en el delito previsto en el artículo 356 del mismo cuerpo normativo, situaciones en las cuales están libres de responsabilidad en casos excepcionales, pues generalmente tienen responsabilidad.

En el delito de tráfico de influencias, se advierte que la punibilidad de la conducta del comprador de influencias o tercero interesado no se encuentra

(54) JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, op. cit., p. 1044.

(55) GARCÍA ARROYO, Cristina, op. cit., p. 51.

(56) ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*. Tomo II, op. cit., pp. 224-225.

(57) JAKOBS, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, op. cit., p. 696.

regulada en el tipo penal del artículo 400 de nuestro Código Penal, lo que nos llevaría a plantearnos la interrogante si nos encontramos ante una participación mínima atípica o si puede ser conducida bajo las reglas generales de la participación.

Desde nuestra perspectiva, consideramos que, si el tercero interesado realiza su contribución típica, es decir, acepta la invocación de influencias por parte del vendedor de influencias y le otorga o promete una contraprestación, respondería por el delito de tráfico de influencias a título de cómplice primario. Asimismo, si el tercero interesado genera la decisión en un particular o funcionario público de invocar influencias a cambio de recibir una prebenda, se le imputaría el ilícito penal a título de instigador. La mencionada postura es desarrollada a detalle en el acápite V del presente artículo.

1.4. Punibilidad del partícipe necesario por contribuciones adicionales no necesarias

Si la intervención no es necesaria para la comisión del delito o va más allá de la medida necesaria, queda impune en caso dicho interviniente se encuentre protegido por la ley penal. Asimismo, en casos en los que el hecho punible deba favorecer a otra persona, se pueden presentar razones y, de esa manera, dejar impune su intervención, aun cuando esta de ningún modo sea necesaria⁽⁵⁸⁾.

En situación distinta, si una intervención excede la participación necesaria, se puede establecer la punibilidad tanto a nivel de cómplice como de instigador, según sea el caso⁽⁵⁹⁾.

2. Punibilidad del tercero interesado en el delito de tráfico de influencias. Posturas doctrinarias y jurisprudenciales

Desde la jurisprudencia de la Corte Suprema, en el fundamento jurídico noveno del Acuerdo Plenario N° 03-2015/CIJ-116, se señaló que el tercero interesado en el delito de tráfico de influencias no puede ostentar el título de cómplice, aunque su intervención sea indispensable para la venta de influencias, pues esta no contribuye propiamente a la configuración de los elementos típicos del delito de tráfico de influencias, tales como recibir o solicitar una ventaja indebida luego de haber invocado la existencia de influencias. Sin

(58) STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal. Parte General I*, trad. CANCIO MELIÁ, Manuel y SANCINETTI, Marco, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 446.

(59) MEZGER, Edmund, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., Buenos Aires, 1958, p. 324.

embargo, la Corte Suprema, en su fundamento jurídico undécimo, refirió que el tercero interesado podría ser considerado como instigador del ilícito penal de tráfico de influencias si, en fase previa a la ejecución, crea o refuerza la resolución criminal del vendedor de influencias a través de un influjo psíquico.

En la doctrina existen dos posturas: una a favor de la punibilidad del tercero interesado en el delito de tráfico de influencias como cómplice y/o instigador, y otra que defiende que la conducta del tercero interesado deviene en impune al ser considerado partícipe necesario en el ilícito penal de tráfico de influencias.

En el ámbito nacional, Reaño Peschiera sostiene que el tercero interesado puede responder a título de cómplice en el delito de tráfico de influencias, por cuanto la aceptación ante el ofrecimiento del traficante de influencias constituye un riesgo jurídicamente relevante e idóneo para lesionar los intereses garantizados en el tipo penal como la credibilidad en la imparcialidad y objetividad de la Administración Pública. El mencionado autor fundamenta su postura indicando que, en los tipos penales con estructura de intervención necesaria, en donde no se haya previsto expresamente la punición del concurrente ni se encuentren orientados a su protección, se debe determinar la punición o impunidad del interviniente necesario de acuerdo con el delito en concreto; es decir, cuando el aporte del partícipe necesario se considere penalmente relevante, responderá a título de cómplice conforme a lo previsto en el artículo 25 del Código Penal. Respecto de la punibilidad del tercero interesado como instigador, refiere que esta es posible cuando su intervención exceda la aceptación de la oferta de la intercesión formulada por el traficante, debiéndose observar una solicitud de parte del interesado hacia el traficante a fin de que interceda a su favor en un caso judicial o administrativo y mostrándose dispuesto a entregarle una ventaja por sus servicios. Dichas circunstancias ocasionan que sea como cualquier instigador y no propiamente como un interesado, dado que abandona su papel típico de aceptar el ofrecimiento del traficante de influencias⁽⁶⁰⁾.

En sentido contrario, se menciona que el “comprador de influencias” no puede ser cómplice en el delito de tráfico de influencias, pues, para ello, tendría que ayudar al “traficante” en la realización del verbo rector del tipo penal –*invocar influencias*–; asimismo, se indica que existen casos en donde el tercero interesado puede ser considerado instigador, siempre y cuando, en fase anterior a la ejecución, mediante influjo psíquico, haya resuelto al traficante

(60) REAÑO PESCHIERA, José Leandro, “¿Una historia sin fin? La responsabilidad penal del interesado en el tráfico de influencias”. En: *Ius et veritas*, N° 28, 2004, pp. 114-116.

a cometer el ilícito penal. De lo contrario, su conducta será impune, al no exceder su rol⁽⁶¹⁾.

Otra postura reside en sostener la no punibilidad del partícipe necesario cuyo aporte no haya excedido el *mínimo necesario*, pues, en el caso de influencias reales, si el tercero interesado únicamente se limita a aceptar la ventaja ofrecida por el traficante y otorga una contraprestación a cambio de ello, su comportamiento devendría en impune. Empero, en el supuesto de que el interesado busque al vendedor de la influencia y le solicite que le venda la influencia, tal conducta podría ser subsumida en el tipo penal de tráfico de influencias a título de instigación si se llegara a comprobar que ha habido una determinación a realizar el hecho; además, en el caso de que el interesado facilite la compraventa de influencias –verbigracia, organice la reunión para tratar los términos de compraventa–, podría haber complicidad de parte de este en el ilícito penal de tráfico de influencias⁽⁶²⁾.

Sobre la responsabilidad penal del comprador de influencias a título de instigador, Vélchez Chinchayán⁽⁶³⁾ señala que ello únicamente se cumpliría si el tercero interesado busca al vendedor de influencias con el fin de escuchar su propuesta y luego la acepta. Aunado a ello, Torres Pachas⁽⁶⁴⁾ considera que, si el tercero interesado induce al vendedor de influencias y posteriormente interviene en la comisión del delito, se debe optar por la forma de participación más intensa; es decir, la complicidad, bajo la lógica de que el tipo penal de tráfico de influencias –al ser un delito de encuentro– requiere la intervención del tercero interesado para su consumación.

Estando a la problemática antes expuesta, ciertos autores plantean la creación de un tipo penal autónomo en la Parte Especial del Código Penal que regule la punibilidad del *tercero interesado* en el delito de tráfico de influencias.

En el ámbito nacional, se propone que, a fin de evitar cuestionamientos de legalidad, se debe tipificar el comportamiento del interesado en un artículo de la Parte Especial, tal y como se hizo para el delito de cohecho activo⁽⁶⁵⁾.

(61) RODRÍGUEZ DELGADO, Julio, *op. cit.*, p. 258.

(62) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, “Tráfico de influencias en Perú”, *op. cit.*, pp. 163-169.

(63) VÉLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald, *op. cit.*, p. 425.

(64) TORRES PACHAS, David, “La responsabilidad penal del interesado en el delito de tráfico de influencias”. En: GARCÍA TORRES, Romy Victoria y MARTINEZ PACHAS, Josselyn Marjorit (coords.), *Delitos de corrupción de funcionarios públicos: doctrina y jurisprudencia*, Instituto Pacífico, Lima, 2021, pp. 288-289.

(65) PARIONA ARANA, Raúl, “El marco normativo anticorrupción” En: PARIONA ARANA, Raúl, *Derecho Penal. Consideraciones dogmáticas y político criminales*, Instituto Pacífico, Lima, 2014, p. 56.

En la doctrina extranjera, advierten que, en el artículo 430 del Código Penal español –en el cual se prevé el delito de tráfico de influencias–, no se ha contemplado sanción para quien ofrece o hace efectiva la dádiva, no existiendo una figura similar al cohecho activo⁽⁶⁶⁾.

3. POSTURA PERSONAL

3.1. Punto de partida metodológico: sistema de intervención delictiva

Resulta necesario esbozar nuestra postura sobre la intervención delictiva, antes de analizar su aplicación en el delito de tráfico de influencias.

Actualmente, la teoría del dominio del hecho es doctrina dominante en nuestro contexto legal como criterio definidor de la autoría, lo cual no resulta adecuado desde la perspectiva político-criminal. Dicha teoría es recomendable para los ordenamientos jurídicos como el alemán, que no contemplan la figura del cómplice primario, toda vez que, al acoger un sistema de atenuación de la pena del cómplice –secundario–, la teoría del dominio del hecho permite que una contribución no ejecutiva pero importante al hecho se considere autoría o reciba una pena atenuada. No obstante, en regulaciones penales como la nuestra –que prevé una figura intermedia como el cómplice primario, el cual recibe la misma pena del autor aunque no se le considere como tal–, la teoría del dominio del hecho resulta insuficiente para explicar satisfactoriamente el citado tipo de complicidad⁽⁶⁷⁾.

Si bien Roxin advirtió que la teoría del dominio del hecho no podía ser aplicada en otro tipo de delitos distintos a los de propia mano y elaboró la teoría de los delitos de infracción de deber a efectos de ser utilizada para la determinación de la autoría y participación en dichos ilícitos penales, empero, en los ámbitos dogmático y metodológico, no es correcto hacer uso de criterios fenomenológicos en un tipo de delitos como los de dominio y, en los de infracción deber, usar criterios de naturaleza normativa.

Por tanto, al asumir una dogmática jurídico-penal de carácter funcionalista-normativista, se arriban a resultados deseables, pues, a través de un solo tipo de criterio, como el normativista, se puede explicar el fenómeno de la intervención delictiva en todo tipo de delitos.

(66) VALEIJE ÁLVAREZ, Inma, “Tráfico de influencias (arts. 428 y ss.)”. En: GONZÁLES CUSSAC, José Luis (ed.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal del 2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1194.

(67) LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, *op. cit.*, pp. 385-387.

Jakobs⁽⁶⁸⁾ elabora una teoría de la intervención delictiva con la finalidad de responder las interrogantes de cuándo y por qué la conducta de una persona concierne en algo a otra persona. Considera que la distinción entre autoría y participación desempeña un papel solamente marginal, siendo correcta en algo dicha vieja diferenciación; empero, es posible que sea cuestión de realizar una asignación globalizada de cantidades de competencia.

El fundamento de la teoría de la intervención, básicamente, consiste en que el injusto es la realización del tipo, ejemplificado en el caso de los delitos contra la persona, cuyo injusto empieza con la arrogación de una esfera ajena de organización y acaba con la producción del resultado o la finalización de este⁽⁶⁹⁾.

En ese sentido, el profesor Jakobs⁽⁷⁰⁾ señala que las reglas de imputación en la intervención de varias personas en un hecho delictivo son diferentes de acuerdo con la determinada preconfiguración social que está en “juego” en el supuesto analizado.

La primera preconfiguración social es el deber negativo que atañe a todos y consiste en la prohibición de no lesionar a otros, así como el deber de aseguramiento en el tráfico, la asunción o la injerencia de velar por un estado inocuo de la propia esfera de organización⁽⁷¹⁾. Por ejemplo, en el delito de lesiones se tipifica la infracción del deber negativo consistente en no menoscabar la integridad física o mental de otras personas que forman parte de la sociedad.

La última preconfiguración social es el deber positivo, cuyo contenido es poner en funcionamiento y mantener una institución socialmente irrenunciable, no siendo delito la mera desatención, sino que es necesario que se presenten efectos negativos en el ámbito que debe abarcar la institución; solo se encuentran obligados por este deber los titulares del estatus especial⁽⁷²⁾. Ejemplificando lo referido, a través de los delitos de corrupción de funcionarios, se tipifica la infracción de un deber positivo proveniente de la pertenencia a una institución social específica.

Por tanto, se advierte que existen dos tipos de delitos: i) delitos de organización (conocidos como delitos de dominio según la teoría del dominio del

(68) JAKOBS, Günther, *Teoría de la intervención*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, p. 11.

(69) JAKOBS, Günther, *Teoría de la intervención*, op. cit., p. 12.

(70) JAKOBS, Günther, *Teoría de la intervención*, op. cit., p. 15.

(71) JAKOBS, Günther, *Teoría de la intervención*, op. cit., pp. 15-16.

(72) JAKOBS, Günther, *Teoría de la intervención*, op. cit., pp. 16-17.

hecho) y ii) delitos de infracción de deber o deber institucionales⁽⁷³⁾. Si bien la doctrina tradicional distinguía entre delitos comunes y delitos especiales en virtud de un criterio de carácter formal, empero, la bipartición enunciada se fundamenta en el criterio material de rol atribuido, esto es, en el deber infringido⁽⁷⁴⁾. A continuación, se desarrollarán de manera breve y concisa ambos tipos de delitos.

3.1.1. Delitos de organización

El ordenamiento jurídico-penal exige al ciudadano el mantenimiento de un estado de libertades del que se beneficia toda la comunidad, originándose de esa manera el deber negativo o de abstención, que genera competencias de respeto a las esferas de libertad ajenas; es decir, en términos de Hegel, “dejar al otro tal como está” o como el imperativo latino *neminem laedere*⁽⁷⁵⁾.

En ese sentido, los delitos de organización se estructuran en mérito a la infracción del deber negativo de no dañar a los demás, el cual atañe a todos; sin embargo, ello no implica que todos los intervinientes en un delito de dominio sean considerados autores, pues depende de quién posea la competencia por organización preferente, que es determinada a partir de un mayor dominio cuantitativo.

De lo mencionado, se colige que el concepto de autor es un subconcepto, secundario y posterior con relación al más amplio y primario concepto de “interviniente” en el delito⁽⁷⁶⁾, ciertamente distinto al planteamiento de la teoría del dominio del hecho que concibe al autor como la figura central del hecho delictivo. La teoría dominante, como señala Robles Planas⁽⁷⁷⁾, en un primer momento identifica las propiedades de un determinado tipo de intervinientes –los autores– y luego, a partir de ello, construye la responsabilidad del otro tipo de intervinientes –los partícipes–; dicho esquema obedecería a que, según la doctrina tradicional, entre autores y partícipes reside una diferencia cualitativa, imputándoles a los primeros el hecho como *propio* y a los últimos como *ajeno*.

(73) BERRUEZO, Rafael, *Autoría y participación desde una visión normativa*, Editorial BdeF, Buenos Aires, 2012, p. 287.

(74) GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 737.

(75) FALCONE, Andrés. “¿Delitos especiales? Reducción del “círculo de autores” en delitos de infracción de un deber de fomento”. En: *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, N° 1, 2020, pp. 209-210.

(76) BERRUEZO, Rafael, op. cit., p. 290.

(77) ROBLES PLANAS, Ricardo, “La estructura de la intervención en el delito”. *Política Criminal: Revista electrónica semestral de políticas públicas en materias penales*, N° 30, 2020, pp. 997.

Robles Planas⁽⁷⁸⁾ refiere que, en la problemática de la intervención delictiva, se observan dos momentos: i) la fundamentación de la intervención y ii) la decisión sobre la calificación de la intervención. En el primero se determina quién llevó a cabo un comportamiento no permitido, evaluando si la conducta del sujeto tiene significado delictivo o se encuentra en el ámbito de lo típicamente permitido. En el segundo, se gradúa la responsabilidad de los intervinientes de acuerdo con la relevancia de las aportaciones de cada interviniente⁽⁷⁹⁾.

Así las cosas, se tiene definido de manera clara y precisa cuándo un sujeto es calificado como interviniente en la comisión de un delito al haber llevado a cabo una conducta en un contexto delictivo; sin embargo, como resalta Orozco López⁽⁸⁰⁾, la teoría de la intervención delictiva únicamente se ha contentado con señalar que la distinción de los intervinientes –en el segundo momento– debe basarse en el *quantum* de sus aportes y no han desarrollado un sistema para la graduación de la intervención delictiva.

En consecuencia, de lo señalado hasta el momento, se advierte que, cuando nos encontramos ante varios sujetos que brindan distintos aportes en un mismo acontecer delictivo, la comisión del delito de organización pertenece al colectivo, pues el injusto es la *obra común* al generar los agentes con su conducta una razón para que se les impute la ejecución también como suya⁽⁸¹⁾. Es decir, la ejecución se torna común a todos, diferente a lo planteado por la teoría tradicional que vincula la ejecución únicamente con los autores y otorgándole al partícipe una definición subsidiaria y dependiente del concepto de autor.

Ahora bien, cabe precisar que, si bien al asumir una teoría normativista de la intervención delictiva desestimamos al dominio del hecho como un criterio fundante para determinar alguna diferencia entre autoría y participación, no obstante, dicho criterio es requerido para establecer una distinción cuantitativa entre las competencias de los intervinientes. Así, el dominio del hecho será relevante para fijar una diferencia cuantitativa entre la autoría y la participación, luego de haber identificado que los intervinientes son competentes

(78) ROBLES PLANAS, Ricardo. “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito: (El ejemplo de la intervención por omisión)”. En: *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, N° 2, 2012, p. 2.

(79) ROBLES PLANAS, Ricardo. “La estructura de la intervención en el delito”, *op. cit.*, p. 995.

(80) OROZCO LÓPEZ, Hernán Darío. “La graduación de la intervención delictiva. Líneas generales del modelo tipológico de la influencia sobre el hecho [*Tatprägung*]”. En: *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, N° 2, 2021, p. 161

(81) JAKOBS, Günther. “El ocaso del dominio del hecho: Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”. En: JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. *El sistema funcionalista del Derecho Penal: ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal. (Lima, 29-31 de agosto y 1 de septiembre de 2000)*, Grijley, Lima, 2000, p. 176.

por el hecho delictivo, pues –en palabras del profesor Jakobs⁽⁸²⁾– “el dominio sin competencia no es de interés ni jurídico-penalmente ni en los demás aspectos de la vida social”.

Respecto a la medida de la cantidad de la intervención, Jakobs⁽⁸³⁾ señala que no se debe recurrir a una distinción entre ejecución de propia mano y ejecución por medio de mano ajena para efectos de la cuantificación, dado que ello implicaría remitirse al ámbito naturalístico. Asimismo, plantea algunos grupos de ejemplos relacionados con la imputación específica de la intervención, pues considera que un desarrollo completo significaría integrar una teoría de la determinación de la pena relativa a la intervención. Por ello, el jurista alemán brinda, en resumen, dos pautas generales en cuanto a la determinación de la intensidad: i) La intensidad de la aportación varía si dicho aporte puede ser llevado a cabo por cualquiera o solo por un sujeto con capacidades especiales y ii) Las prestaciones en el estadio previo se imputa de manera más intensa cuando son requeridas capacidades especiales.

En similar línea, Robles Planas⁽⁸⁴⁾ sostiene que una aportación debe valorarse como de menor importancia no a partir de si se encuentra en el estadio preejecutivo, sino cuando configura el hecho en menor medida.

Por su parte, van Weezel⁽⁸⁵⁾ refiere que, en atención a que la responsabilidad de todos los intervinientes es idéntica en fundamento y objeto, la diferencia entre ellos solo radica en las cuotas de responsabilidad, que, en caso de los delitos de dominio, se constituye en mérito a la medida de configuración de la realización del tipo, la cual puede ser determinada con la ayuda del criterio del dominio del hecho. Así, también indica que, con las cantidades de configuración, se pueden trazar correctamente los contornos de la intervención del inductor con respecto a la del autor, pues la inducción es únicamente la proposición del fin que es la realización del ilícito penal a través de otros intervinientes autorresponsables, por lo que, de esa manera, se le puede atribuir la comisión del hecho delictivo al instigador como propia y justificar la imposición de la misma pena del autor.

De lo expuesto, se advierte que Jakobs, Robles Planas y van Weezel ofrecen directivas generales para la cuantificación de la intensidad de la intervención

(82) JAKOBS, Günther, “El ocaso del dominio del hecho: Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”, *op. cit.*, p. 169.

(83) JAKOBS, Günther, *Teoría de la intervención*, *op. cit.*, pp. 88-92.

(84) ROBLES PLANAS, Ricardo, “La estructura de la intervención en el delito”, *op. cit.*, p. 1003.

(85) VAN WEEZEL, Alex, *Límites de la imputación penal. Estudios de 2000-2010*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 240-243.

y, así, finalmente, determinar la autoría y la participación. Sin embargo, consideramos que, a fin de evitar una aplicación arbitraria del Derecho Penal, se debería seguir el sistema de graduación de la intervención delictiva propuesto por Orozco López⁽⁸⁶⁾.

3.1.2. Delitos de infracción de deber

Si bien el Derecho Penal tiene como función el aseguramiento de esferas de libertad externas de forma negativa a través de la regulación de los delitos de dominio, empero se exige también el establecimiento de relaciones positivas mediante las instituciones positivas, que se manifiestan en los delitos de infracción de deber⁽⁸⁷⁾.

En ese sentido, el obligado positivamente que quebranta su deber responde siempre como autor de un delito de infracción de deber, independientemente de la importancia de su contribución o de su dominio del hecho, a diferencia de lo que sucede en los delitos de dominio antes desarrollados. Cabe precisar que no basta con la mera infracción del deber institucional; debe tenerse en cuenta también que la conducta del obligado especial cumpla con las exigencias del tipo penal⁽⁸⁸⁾.

Un claro ejemplo de ello son los delitos de funcionarios, en los cuales no es la calidad de funcionario ni el dominio fáctico de la situación típica lo que transforma al sujeto en autor del delito, sino el deber infringido como portador de un deber estatal de comportarse correctamente en el ejercicio de la Administración Pública⁽⁸⁹⁾.

Conforme se ha señalado, la lesión del deber positivo fundamenta la autoría en dicho tipo de delitos, esto es, todas las formas de intervención se equiparan bajo el manto de la autoría, ya sea mediante una acción u omisión⁽⁹⁰⁾.

(86) Véase OROZCO LÓPEZ, Hernán Darío, “La graduación de la intervención delictiva. Líneas generales del modelo tipológico de la influencia sobre el hecho [Tatprägung]”, *op. cit.*, pp. 166-182. Para una revisión general del planteamiento del referido autor, véase MORI SAENZ, Alejandra Mariel. *El tercero interesado en el delito de tráfico de influencias*. Manuscrito de tesis para optar el grado de magister en Ciencias Penales. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2022, apartado IV del capítulo III “Participación delictiva”.

(87) SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 101.

(88) GARCÍA CAVERO, Percy, *op. cit.*, pp. 758-759.

(89) CARO JOHN, José Antonio, “Autoría y participación: Los grados de intervención delictiva”. En: CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico - práctico de teoría del delito. Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*, ARA Editores, Lima, 2014, p. 185.

(90) SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *op. cit.*, p. 184.

Ahora bien, no existe mayor discusión en caso únicamente intervengan obligados especiales en la comisión de un delito de infracción deber especial positivo, pues indudablemente responderán a título de autores; sin embargo, la problemática se presenta en casos en los cuales el ilícito penal se lleva a cabo coadyuvado por un *extraneus*.

Respecto de la intervención de un particular como partícipe en un delito de infracción de deber, algunos sectores de la doctrina consideran que el *extraneus* no puede ser partícipe porque no puede cometer el ilícito penal a título de autor y tampoco se encuentra en la posibilidad de defraudar las expectativas que surgen de la institución positiva. Asimismo, debido a la naturaleza altamente personal de los delitos de infracción de deber, no se puede imputar estos a un no obligado en mérito al principio de accesoriedad⁽⁹¹⁾.

Sin embargo, desde la perspectiva de la teoría de infracción de deber —la cual se defiende en la presente investigación—, el particular o *extraneus* puede ser partícipe en un delito de infracción de deber, dado que su conducta resulta vinculante a partir de la aplicación de las reglas de la imputación objetiva, pues se le atribuirá la comisión del ilícito penal en calidad de interviniente por haber infringido el deber negativo que impone no intervenir en un delito de infracción de deber especial positivo, recordando que todo deber especial se erige sobre un deber negativo⁽⁹²⁾. En ese sentido, la institución positiva engloba a la institución negativa, pues, en el lado material u organizacional del delito de infracción —deber positivo— se efectúa la comunicación entre el obligado especial (*intraneus*) y el *extraneus*, posibilitando así que este último responda por el mismo delito que el *intraneus*, al adherir su conducta a la lesión del deber positivo llevado a cabo por el obligado especial⁽⁹³⁾.

Así las cosas, tal y como se indicó respecto de los delitos de organización, para la determinación de la intervención delictiva es necesario transitar por dos estadios.

En el caso de los delitos de infracción de deber, de igual manera que en los delitos de organización, el primer nivel de análisis está dirigido a establecer, a partir de los criterios de imputación objetiva, qué sujetos actúan en marco de un contexto delictivo y son competentes por la comisión del ilícito penal.

(91) SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *op. cit.*, pp. 216-217.

(92) FALCONE, Andrés, *op. cit.*, pp. 215-216.

(93) CARO JOHN, José Antonio, “La intervención del particular en los delitos cometidos por funcionarios públicos”. En: MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (dir.), *La Corrupción: Criminología, Derecho Penal. Parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal*, Editores del Centro, Lima, 2020, pp. 377-378.

El segundo nivel se desarrollará de manera distinta en este tipo de delitos. No se requerirá al dominio del hecho como criterio cuantitativo para distinguir entre los aportes de los autores y partícipes, por cuanto, en los delitos de deber institucionales, la diferencia entre los autores y partícipes es cualitativa en virtud de la infracción de un deber especial positivo.

Sin perjuicio de ello, el sistema de cuantificación de los aportes de los intervinientes propuesto por Orozco López resultaría útil a efectos de determinar la participación en los delitos de infracción deber especial positivo. El profesor colombiano, en su artículo intitulado *Jakobs' Theorie der Beteiligung*⁽⁹⁴⁾, refiere que las dos dimensiones de influencia sobre el suceso típico e influencia sobre los cointervinientes no pierden su importancia en los delitos de infracción de deber positivo, debido a que los partícipes también influyen sobre los obligados especiales y realizan aportes intelectuales o materiales para la comisión del hecho delictivo; sin embargo, propone que se añada el criterio de jerarquía de los responsables ("*Hierarchie der Pflichten*") como dimensión irreductible de la graduación relacionada con la participación de los incumplimientos del deber o si debe calificarse como un elemento parcial de las dos dimensiones citadas.

Previo al análisis de la punibilidad del tercero interesado en el delito de tráfico de influencias a título de cómplice y/o instigador, cabe señalar que el mencionado ilícito penal presenta dos modalidades. El artículo 400 del Código Penal, que prevé el delito de tráfico de influencias, regula en su primer párrafo la conducta de un sujeto particular que invoca influencias y recibe una contraprestación a cambio de interceder ante un funcionario o servidor público que conozca un caso judicial o administrativo en el que esté involucrado el tercero interesado; es decir, la primera modalidad del tráfico de influencias consiste en un delito de dominio, donde la determinación de la autoría y participación se fijará en mérito a criterios cuantitativos relacionados con los aportes organizativos que realicen los intervinientes a la comisión del hecho delictivo. En el segundo párrafo del tipo penal, se prevé la conducta del funcionario o servidor público que invoca influencias y recibe una contraprestación a cambio del interceder ante un funcionario o servidor público (este debe ser distinto al vendedor de influencias) que conozca un caso judicial o administrativo en el que esté involucrado el tercero interesado; así, la segunda modalidad del tráfico de influencias es un delito de infracción de deber positivo, en el cual la determinación de la autoría y participación se establece en virtud de criterios

(94) OROZCO LÓPEZ, Hernán Darío, "Jakobs' Theorie der Beteiligung". En: KINDHÄUSER, Urs; KREß, Claus; PAWLIK, Michael; y STUCKENBERG, Carl-Friedrich, *Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019, pp. 607-608.

cualitativos, como la infracción del deber positivo por parte del obligado especial (funcionario o servidor público).

3.2. El tercero interesado como cómplice en el delito de tráfico de influencias

La complicidad es una de las formas de participación que consiste en la contribución al autor antes o durante la ejecución del delito, excluyéndose las acciones llevadas a cabo luego de la comisión del ilícito penal, tales como ocultamiento de sujetos involucrados o de elementos materiales utilizados en la realización del hecho delictivo, pues estas devendrían en impunes o configurarían el delito de encubrimiento real o personal según corresponda.

El artículo 25 del Código Penal peruano prevé dos formas de complicidad. La complicidad primaria es definida —legalmente— como la prestación del auxilio para la realización del hecho punible, sin la cual no se hubiera cometido el delito, mientras que la complicidad secundaria es entendida como la prestación de asistencia en la comisión del hecho delictivo. Dichas categorías serán examinadas con mayor profundidad en un siguiente acápite. Ahora bien, la ley únicamente describe a ambos tipos de complicidad como un auxilio o asistencia en la realización del ilícito penal; empero, no precisa los medios a través de los cuales se deban llevar a cabo los actos de cooperación, debiéndose comprender tanto los aportes materiales como los psicológicos. Ejemplos de aportes materiales son otorgar medicamentos a una mujer para causar un aborto o un arma punzocortante a un hombre a fin de que lesione a otro; ejemplos de aportes psíquicos son reforzar la decisión de un sujeto a cometer un delito a través de arengas —en ese punto nos encontraremos ante un supuesto de complicidad psíquica— o brindar información relevante sobre la dirección que tomará una persona que será secuestrada⁽⁹⁵⁾.

La complicidad requiere de la concurrencia de dos elementos para su configuración. El primero es la prestación de auxilio o apoyo para la comisión del delito. La conducta del cómplice será evaluada preliminarmente, si se encuentra bajo los parámetros de la imputación objetiva y forma parte de un contexto delictivo, para luego ser determinada como complicidad primaria o secundaria, en función al dominio que posea sobre la realización del ilícito penal. El segundo elemento es el dolo; es decir, el cómplice debe tener

(95) STRATENWERTH, Günter, *op. cit.*, p. 427; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2006, p. 521; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*. Reppertor, Barcelona, 2016, p. 425.

conocimiento que el aporte material o psíquico que lleva a cabo está dirigido a la comisión de un delito⁽⁹⁶⁾.

En el delito de tráfico de influencias, un supuesto de complicidad primaria se observa en la conducta del tercero interesado, quien acepta la invocación de influencias por parte del vendedor de influencias y le otorga una prebenda a cambio, constituyendo dicha conducta un aporte relevante para la compra-venta de influencias. En ese sentido, se desvirtúa que el tercero interesado pueda ser considerado como coautor junto al vendedor de influencias, pues la medida cuantitativa de dominio que posee no estima que se ha configurado lo característico del delito, sino que ha facilitado el ilícito penal.

En cambio, un supuesto de complicidad secundaria se presentaría cuando un sujeto se encargue de la reservación de un restaurante donde el vendedor de influencias *invocará* ante un tercero interesado ostentar influencias.

Sin embargo, parte de la doctrina y jurisprudencia ha venido cuestionando que la conducta del tercero interesado pueda ser subsumida en la figura de la complicidad primaria. Sobre el particular, estimamos que el tercero interesado es un contribuyente necesario en el delito de tráfico de influencias. Empero, ello no impide que este pueda ser considerado cómplice –por llevar a cabo la conducta de entregar o prometer la entrega de un beneficio o ventaja al vendedor de influencias y, así, prestar auxilio para la realización del hecho punible–, por cuanto la impunidad del partícipe necesario en un delito de encuentro depende de la naturaleza del tipo penal, como cuando la tipificación del hecho delictivo se oriente a su protección –por ejemplo, en el delito de estafa–, lo cual no ocurre en el tráfico de influencias de manera expresa, pues el sujeto pasivo del delito es el Estado. Al respecto, Peña Cabrera Freyre⁽⁹⁷⁾, acertadamente, refiere que la punibilidad o no del tercero interesado debe fijarse sobre la base de la naturaleza del bien jurídico y del sujeto pasivo del delito, variables que se desprenden de la interpretación del tipo penal y no de su lectura literal. Así, no se puede configurar el delito de tráfico de influencias sin la participación del tercero interesado y, al no ser víctima del delito, no se sustenta válidamente su impunidad, debiendo su intervención ser punible a título de cómplice primario.

(96) GARCÍA CAVERO, Percy, *op. cit.*, pp. 784-786.

(97) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, “La impunidad del comprador de humos (el tercero interesado) A la luz del Acuerdo Plenario 3-2015/CJ-116”. En: CALCINA HANCO, Aldo y PAREDES VERA, José Antonio, *Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos y particulares en el marco de las contrataciones con el Estado*, Grijley, Lima, 2021, pp. 251, 254.

En contra de la punibilidad del tercero interesado como cómplice primario, Pariona Arana⁽⁹⁸⁾, comentando una situación similar planteada en el delito de colusión, sostiene que el interesado no solo ayuda al funcionario público –entiéndase, sujeto activo– para que cometa *su* delito de colusión, sino que lo cometen conjuntamente. Asimismo, el mencionado profesor señala que atribuirle la comisión del delito al tercero interesado a título de instigador o cómplice implica una vulneración al principio de accesoriedad de la participación, pues la intervención del interesado es imprescindible para la configuración del delito, es decir, es fundante y no accesorio, siendo que el funcionario público no puede cometer el ilícito penal de colusión sin la intervención del interesado.

Al respecto, cabe precisar que la determinación del injusto inicia con la tentativa; en el caso concreto del delito objeto de investigación residiría en la “invocación de influencias” por parte del sujeto activo. Si dicha invocación es aceptada por parte del tercero interesado y le entrega o promete una contraprestación al vendedor de influencias, se consuma el delito de tráfico de influencias. En ese sentido, la conducta del tercero interesado no determina en sí el injusto de tráfico de influencias, pues ello recae en el actuar del vendedor de influencias, por lo que lo llevado a cabo por el tercero interesado sería en realidad un auxilio para la comisión del hecho punible por parte del autor, tal y como es definida legalmente la complicidad. En efecto, como sostiene Mendoza Vaez⁽⁹⁹⁾, “el acto de complicidad o ayuda por parte del interesado no es realizar los verbos rectores por sí mismo, pues lógicamente estos comportamientos están pensados para el autor, sino en tanto tales comportamientos tengan una extensión contraria o negativa como dos caras de la misma moneda que inevitablemente se traducirá en la configuración de tales verbos rectores por parte del autor”.

Aunado a ello, debe abandonarse el término “accesoriedad” o, en todo caso, entenderlo de manera general, dejando de lado la dependencia del partícipe en relación con el autor, sino interpretarlo como un vínculo entre cada interviniente y el hecho configurado por el colectivo⁽¹⁰⁰⁾. En ese sentido, conforme a lo señalado por Robles Planas⁽¹⁰¹⁾, se debe reformular la noción de accesoriedad, entendiéndola como la relación mínima necesaria existente entre todo

(98) PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, Instituto Pacífico, Lima, 2017, pp. 121-122.

(99) MENDOZA VAEZ, Paul. “El tipo penal de tráfico de influencias. Breves comentarios a partir del Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116”. En: CALCINA HANCO, Aldo y PAREDES VERA, José Antonio, *Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos y particulares en el marco de las contrataciones con el Estado*, Grijley, Lima, 2021, p. 276.

(100) CARO JOHN, José Antonio, “La intervención del particular en los delitos cometidos por funcionarios públicos”, *op. cit.*, p. 176.

(101) ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: Fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 169.

interviniente y hecho para poder atribuir responsabilidad penal, toda vez que, desde una perspectiva funcionalista- normativista, se concibe al hecho delictivo como un injusto colectivo, en el cual los intervinientes infringen deberes y vulneran o ponen en peligro las expectativas normativas en un contexto delictivo de manera colectiva, no existiendo ninguna diferencia cualitativa entre ellos, pues la autoría y la participación se determinará en virtud de las cantidades de configuración típica; así, deja de ser el autor la figura central del hecho, como lo propugna la doctrina tradicional. Por tanto, el partícipe ya no será definido de manera negativa ni sobre la base del concepto de autor, pues este también forma parte del injusto colectivo y cualitativamente se encuentra al mismo nivel del autor como interviniente, debiendo desterrarse la idea de dependencia del hecho del partícipe sobre el hecho del autor.

Ahora bien, conforme se mencionó líneas arriba, el delito de tráfico de influencias posee dos modalidades. En la primera modalidad, ante la concurrencia de un particular como sujeto activo y del tercero interesado —conforme a nuestro punto de partida metodológico antes desarrollado—, en el primer nivel de análisis (cualitativo) ambos serían considerados intervinientes, pues ambas conductas de invocación de influencias (de parte del sujeto activo) y la aceptación de la venta de influencias seguida de la dación de una contraprestación (de parte del tercero interesado) se llevan a cabo en un contexto delictivo de compraventa de influencias superando el riesgo permitido, infringiendo el deber general negativo de no cometer ilícitos penales y poniendo en peligro la vigencia de la expectativa normativa consistente en que los sujetos no abusen de las influencias que ostenten o pretendan ostentar. En el segundo nivel (cuantitativo), se realiza la distinción entre autores y partícipes en virtud de la cantidad de dominio sobre el hecho delictivo. Así, el particular sería el autor debido a que su conducta (invocación de influencias) constituye el sentido del injusto y configura la realización concreta del tipo, teniendo mayor dominio sobre la puesta en peligro de la expectativa normativa consistente en que las personas no abusen de las influencias que posean o aduzcan tener, en tanto y en cuanto la realización o no del ilícito penal depende del comportamiento del sujeto activo —y no del comportamiento del tercero interesado—, ya que posee la (presunta) capacidad de ejercer en un futuro sus influencias ante un funcionario o servidor público. Por su parte, el tercero interesado sería cómplice primario, en atención a su aporte de aceptación de la venta de influencias seguida de la entrega o promesa de una contraprestación al vendedor de influencias, porque su conducta únicamente configura un aspecto de la realización concreta del tipo, que necesita de una previa invocación de influencias por parte de un particular para su comisión. En consecuencia, posee menor dominio sobre la puesta en peligro de la expectativa normativa, consistente en que las personas no abusen de las influencias que posean o aduzcan tener.

En la segunda modalidad, ante la concurrencia de un obligado especial (funcionario o servidor público) como sujeto activo y del tercero interesado, en el primer nivel de análisis ambos serían considerados intervinientes, pues ambas conductas de invocación de influencias (de parte del sujeto activo) y la dación de una contraprestación (de parte del tercero interesado) se llevaron a cabo en un contexto delictivo de compraventa de influencias superando el riesgo permitido, infringiendo el deber general negativo de no intervenir en la comisión de ilícitos penales y poniendo en peligro la vigencia de la expectativa normativa de que los sujetos no abusen de las influencias que ostenten o pretendan ostentar. En el segundo nivel, se llevaría a cabo la distinción entre autores y partícipes en mérito a la infracción del deber institucional y a la cuantificación de los aportes de los partícipes, en atención al mayor dominio sobre el hecho delictivo. En efecto, el funcionario o servidor público indiscutiblemente sería autor, pues vulneró el deber positivo que poseía en su condición de obligado especial al momento de invocar influencias ante el tercero interesado, mientras que este último, al no tener la calidad de obligado especial, sería partícipe, habiendo infringido el deber general negativo de no intervenir en la comisión de ilícitos penales; específicamente, sería cómplice primario, debido a la relevancia de su aporte en la compraventa de las influencias reales o simuladas.

En virtud de la fundamentación expuesta, se evitaría la impunidad del tercero interesado que pone en peligro de manera general –conjuntamente al vendedor de influencias– el correcto funcionamiento de la Administración Pública, al aplicarle las reglas generales de la participación e imputarle la realización del delito de tráfico de influencias a título de cómplice primario.

Finalmente, se debe señalar que, en el caso de que el tercero interesado actúe a través de un representante y no sea él quien acepte la invocación de influencias de parte del sujeto activo y luego otorgue la contraprestación, esa otra persona será quien responderá a título de cómplice primario por el delito de tráfico de influencias y el tercero interesado quedará impune, toda vez que este último no podría ser considerado instigador del representante, pues uno de los presupuestos básicos de la figura de la instigación es la determinación del autor para la comisión del delito; es decir, no se puede “instigar” a partícipes, sino solo a autores. Asimismo, el tercero interesado tampoco podría ser cómplice de su representante, dado que este último fungiría como cómplice primario del sujeto activo en la compraventa de influencias y resultaría inadmisibles *una complicidad de otra complicidad*, pues dicha figura reside en la prestación de auxilio para la realización del delito y no para la participación en el ilícito penal. Aunado al argumento dogmático esgrimido, cabe indicar que la punibilidad del tercero interesado, cuando ha intervenido en

la compraventa de influencias a través de un representante, es cuestionable desde la perspectiva político- criminal, toda vez que ello implicaría un excesivo adelantamiento de las barreras punitivas, máxime si el delito de tráfico de influencias es considerado como la sanción de actos preparatorios de un futuro cohecho.

3.3. El tercero interesado como instigador en el delito de tráfico de influencias

La instigación es una forma de participación que consiste en determinar o generar la resolución criminal en un sujeto para cometer un delito, dejando de lado las conductas basadas en *reforzar* la decisión ya tomada previamente por el autor en llevar a cabo un hecho delictivo, pues estas configurarían la figura de complicidad psíquica y no de inducción.

Asimismo, la instigación debe contar con tres elementos. Primero, el elemento objetivo radica en crear la decisión en un sujeto de cometer un ilícito penal. Ello debe ser realizado a través de mecanismos idóneos, es decir, resulta insuficiente un mero consejo o comentario, por lo que el medio que utilice el instigador deberá superar los parámetros del riesgo permitido y enmarcarse en un contexto delictivo. Segundo, el elemento subjetivo exige que el inductor posea el conocimiento de que su conducta tiene como consecuencia que un sujeto cometa un delito. Por último, el elemento final consiste en que el instigado lleve a cabo el ilícito penal al que fue determinado por el instigador, lo que permitiría materializar el influjo psíquico ejercido por el inductor⁽¹⁰²⁾.

En el delito de tráfico de influencias, un supuesto de instigación se presenta cuando el tercero interesado crea la resolución en el vendedor de influencias de invocar estas ante su persona y recibir a cambio un beneficio o ventaja, toda vez que, si bien el tercero interesado es un contribuyente necesario, ello no implica que no se pueda subsumir su conducta bajo la figura de la inducción, pues –como se mencionó *supra*– la impunidad del partícipe necesario en un delito de encuentro depende de la naturaleza del tipo penal, como cuando la tipificación del hecho delictivo se oriente a su protección, situación que no se presenta en el ilícito penal objeto de análisis.

Al respecto, Peña Cabrera Freyre⁽¹⁰³⁾ y la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 03-2015 sostienen que el tercero interesado será instigador en el supuesto en que cree o refuerce la resolución criminal del vendedor de influencias; empero, consideramos que la instigación únicamente se produce cuando

(102) GARCÍA CAVERO, Percy, *op. cit.*, pp. 775-780.

(103) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *op. cit.*, p. 260.

el inductor determina al autor a cometer el delito, siendo insuficiente un mero “refuerzo” a un sujeto con una resolución criminal preconcebida, tal supuesto configuraría la figura de complicidad psíquica, pues su aporte a través de un medio psíquico ha fungido de apoyo al autor para la comisión del delito.

En sentido contrario al asumido en la presente, Mendoza Vaez⁽¹⁰⁴⁾ refiere que la instigación por parte del tercero interesado es materialmente imposible en atención a la redacción del tipo penal, dado que este puede determinar al vendedor de influencias para que interceda ante un funcionario o servidor público, pero del elemento objetivo se colige que dicha intercesión debe ser por la iniciativa de ofrecimiento del traficante de influencias. Sin embargo, en mi opinión, conforme a la naturaleza de la figura de la instigación, el instigado toma la decisión de cometer un hecho delictivo, si bien como consecuencia de la determinación ejercida por el instigador, por resolución propia y libre de algún tipo de coacción o inducción al error. Por tanto, en el supuesto de que el tercero interesado genere la voluntad del vendedor de influencias de invocar las mismas, la decisión de emprender la realización del delito por parte del vendedor de influencias se encuentra exenta de algún tipo de presión por parte del tercero interesado y responderá por la comisión del ilícito penal en virtud del principio de autorresponsabilidad, desvirtuando que, debido a la redacción del tipo penal, resulte materialmente imposible el mencionado supuesto, pues el que el vendedor de influencias interceda ante un funcionario o servidor público a favor del tercero interesado se llevaría a cabo por decisión propia conforme a los elementos objetivos del delito. Además, se debe indicar que la intercesión a favor del tercero interesado no forma parte de la configuración del delito de tráfico de influencias, sino de un posible cohecho.

Ahora bien, habiendo sentado nuestra posición en cuanto a la posibilidad de que el tercero interesado pueda ser instigador, si determina al vendedor de influencias a cometer el delito, nos preguntamos lo siguiente: ¿qué ocurriría si, aunada a una inducción por parte del tercero interesado, este también acepta la invocación de influencias por parte del sujeto activo y le otorga o promete una contraprestación? Conforme a la postura asumida, en el mencionado supuesto, concurriría tanto la figura de instigación como de complicidad en el tercero interesado. Por razones dogmáticas, deberá prevalecer solo una de las formas de participación, optándose por la más fuerte o grave. En ese sentido, para la configuración del delito de tráfico de influencias en su estadio de consumación, se requiere que el tercero interesado acepte el ofrecimiento de influencias y otorgue una prebenda al traficante, lo que no sería posible si únicamente el tercero interesado determina al vendedor de influencias a

(104) MENDOZA VAEZ, Paul, *op. cit.*, p. 276.

cometer el delito, quedándose en fase de tentativa. Por tanto, teniendo en cuenta la naturaleza del ilícito penal de tráfico de influencias como delito de encuentro, se deberá entender como la intervención más lesiva el comportamiento del tercero interesado como cómplice primario⁽¹⁰⁵⁾.

Finalmente, otro aspecto problemático a dilucidar es la instigación en cadena. Un amplio sector de la doctrina desvirtúa la configuración de dicha figura dogmática, lo cual resulta acertado y correcto, debido a que, de concurrir dos sujetos presuntamente influenciando al autor, solo uno de ellos realmente ejercerá influjo psíquico en el autor, pues el otro será un mero transmisor del *mensaje instigador*. La dogmática tradicional resuelve el cuestionado supuesto aseverando que el sujeto que tome contacto directo con el autor y lo instigue será el inductor, mientras que el que se encuentre en primer orden será cómplice. No obstante, se debe tener en cuenta que el principal presupuesto de la complicidad es que el autor ya se encuentre resuelto a la realización del hecho delictivo y el cómplice solo lo auxilie antes o durante la ejecución; y, en el caso planteado, el primer sujeto actúa antes de que el autor tome la decisión de cometer el delito. En el delito de tráfico de influencias, ante el supuesto de que un sujeto envíe a su representante o abogado para que determine al traficante a invocar sus influencias, la conducta del primero quedaría impune, por cuanto el representante o abogado, quien ejercerá influjo psíquico sobre el vendedor de influencias, fungiría como el *tercero interesado* y no el sujeto que envió a este y, así, su conducta quedaría impune por los argumentos anteriormente esgrimidos. Además, ello implicaría un exceso en el adelantamiento de las barreras punitivas, máxime si el delito de tráfico de influencias es considerado como la sanción de los actos preparatorios de un futuro cohecho.

VI. CONCLUSIONES

- En cuanto al bien jurídico en el delito de tráfico de influencias, desvirtuamos que consista en la imparcialidad u objetividad de los funcionarios públicos, por cuanto el tipo penal no requiere que las influencias invocadas se efectivicen ante el funcionario o servidor público que haya conocido, esté conociendo o vaya a conocer el caso judicial o administrativo. Asimismo, descartamos totalmente que el objeto de protección en el ilícito penal de tráfico de influencias sea la buena imagen y prestigio de la Administración Pública, toda vez que ello deviene de expectativas por parte de las personas que conforman la sociedad de que los funcionarios o servidores públicos se conduzcan

(105) TORRES PACHAS, David, *op. cit.*, p. 290. En sentido contrario, REAÑO PESCHIERA, José Leandro, *op. cit.*, p. 117.

acorde con las funciones establecidas por determinada entidad pública, resultando un concepto etéreo y ambiguo.

- El bien jurídico en el delito de tráfico de influencias debe ser el mismo en ambas modalidades, es decir, en el tráfico de influencias reales y simuladas. En ese sentido, el objeto de la protección radica en la vigencia de la expectativa que tiene la sociedad respecto de que los intervinientes –en caso del tipo base sería un particular y, en el tipo agravado, un funcionario o servidor público– no abusen de las influencias que ostenten o pretendan ostentar –entiéndase en el tráfico de influencias reales y simuladas, respectivamente– y, de esa manera, pongan en peligro los intereses sociales.
- Generalmente, la legitimidad del delito de tráfico de influencias simuladas es puesta en discusión, debido a que la invocación de influencias que no existen en la realidad no llegaría a poner en peligro el bien jurídico protegido. Al respecto, algunos autores sostienen que consiste en un gran adelantamiento de la barrera de punibilidad, mucho mayor al propio de los delitos de peligro abstracto. Por otro lado, otros juristas justifican la legitimación del delito de tráfico de influencias simuladas al entender como bien jurídico protegido la buena imagen y prestigio de la Administración Pública, la cual se vería puesta en peligro, aunque las influencias no existan.
- En ese sentido, como es de verse, la legitimación de tipo penal del artículo 400 del Código Penal –en su modalidad de tráfico de influencias simuladas– depende mucho de la concepción de bien jurídico sostenido respecto de dicho ilícito penal. Por tanto, el objeto de protección en el delito de tráfico de influencias es la expectativa normativa institucionalizada –ya sea el sujeto activo un particular o un funcionario o servidor público–, la cual se vería puesta en peligro en ambas modalidades de tráfico de influencias, reales y simuladas.
- El tráfico de influencias es un delito plurisubjetivo de encuentro, pues requiere el acuerdo de dos voluntades; es decir, por un lado, el traficante invoca influencias reales o simuladas ante el interesado y le ofrece interceder a su favor ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo y, de otra parte, el tercero interesado acepta dicha oferta y, a cambio, ofrece o promete la entrega de una ventaja o beneficio. Por tanto, las conductas del vendedor de influencias y del tercero interesado persiguen un mismo fin, pero se encuentran en diferentes direcciones y confluyen en la puesta en peligro del bien jurídico, el

cual es la vigencia de la expectativa que tiene la sociedad respecto de que los intervinientes –en caso del tipo base sería un particular y, en el tipo agravado, un funcionario o servidor público– no abusen de las influencias que ostenten o pretendan ostentar –entiéndase en el tráfico de influencias reales y simuladas, respectivamente– y, de esa manera, pongan en peligro los intereses sociales.

- En el caso del delito de tráfico de influencias, el legislador peruano estableció como punible la conducta del vendedor de influencias y la del tercero interesado, no. Ello por cuanto se habría entendido que resulta más grave que un particular o funcionario público invoque influencias y, en un estadio posterior, acuda a un funcionario o servidor público que emita pronunciamiento a favor del tercero interesado en un proceso judicial o administrativo, poniendo en peligro el correcto funcionamiento de la administración pública, frente a la conducta del tercero interesado de otorgar a un particular o funcionario público una prebenda, que carecería de relevancia penal, si previamente no hubiese una invocación de influencias y promesa de intercesión ante un funcionario o servidor público que conozca un caso judicial o administrativo seguido en su contra. Aunado a ello, consideramos que el legislador peruano entendió equivocadamente que, al tercero interesado, únicamente por tener la calidad de partícipe necesario en un delito de encuentro, no se le pueda imputar el delito de tráfico de influencias a título de cómplice o instigador, sin tener en cuenta que, si el concurrente necesario no es titular del bien jurídico protegido, puede responder penalmente por la comisión del ilícito penal.
- En el delito de tráfico de influencias, se advierte que la punibilidad de la conducta del comprador de influencias o tercero interesado no se encuentra regulada en el tipo penal del artículo 400 de nuestro Código Penal, lo que nos llevaría a plantearnos la interrogante si nos encontramos ante una participación mínima atípica o si puede ser conducida bajo las reglas generales de la participación.
- Desde nuestra perspectiva, consideramos que, si el tercero interesado realiza su contribución típica, es decir, si acepta la invocación de influencias por parte del vendedor de influencias y le otorga o promete una contraprestación, respondería por el delito de tráfico de influencias a título de cómplice primario. Asimismo, si el tercero interesado genera la decisión en un particular o funcionario público de invocar influencias a cambio de recibir una prebenda, se le imputaría el ilícito penal a título de instigador.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, “Tráfico de influencias en Perú”. En: ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL y VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, *El delito de tráfico de influencias*, Instituto Pacífico, Lima, 2019, pp. 95-190.
- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, “Participación necesaria, intervención necesaria o delitos plurisubjetivos. Una aproximación a la discusión”. En: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*, Grijley, Lima, 2014, pp. 411-438.
- ABOSO, Gustavo Eduardo, “Los delitos de tráfico pasivo y activo de influencias: aspectos esenciales de su configuración” En: SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson (coord.), *Delitos contra la Administración de Justicia*, IDEMSA, Lima, 2010, pp. 377-406.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Juan Carlos, *Estudio de los delitos de tráfico de influencias. Artículos 428, 429 y 430 del Código Penal español y 411 y 411A del Código Penal colombiano*, Tesis para optar el grado de doctor, Universidad de León, León, 2019.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Juan Carlos y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “Bien jurídico en el delito de tráfico de influencias. Especial referencia al tipo penal del art. 430 CP”. En: *Libertas - Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, N° 7, agosto 2018, pp. 10-36.
- BERRUEZO, Rafael, *Autoría y participación desde una visión normativa*, Editorial BdeF, Buenos Aires, 2012.
- CARO JOHN, José Antonio, “Autoría y participación: Los grados de intervención delictiva”. En: CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico - práctico de teoría del delito. Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*, ARA Editores, Lima, 2014, pp. 157-225.
- CARO JOHN, José Antonio, “La intervención del particular en los delitos cometidos por funcionarios públicos”. En: MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (dir.), *La Corrupción: Criminología, Derecho Penal parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal*, Editores del Centro, Lima, 2020, pp. 359-383.

- CARRASCO ANDRINO, María del Mar, *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Comares, Granada, 2002.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho Penal. Parte general*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho Penal español. Parte General. Volumen II*, Editorial Dykinson, Madrid, 2009.
- CUGAT MAURI, Miriam, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Cedecs Editorial S.L., Barcelona, 1997.
- ECHEVARRÍA, Marcelo, *Delitos de los funcionarios públicos*, Dykinson, Madrid, 2019.
- FALCONE, Andrés. “¿Delitos especiales? Reducción del “círculo de autores” en delitos de infracción de un deber de fomento”. En: *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, N° 1, 2020, pp. 201-253.
- GARCÍA ARROYO, Cristina, *El delito de cohecho subsiguiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Editorial Ideas, Lima, 2019.
- GUIMARAY MORI, Erick, “El delito de tráfico de influencias. Algunos apuntes sobre su tipicidad”. En: MONTOYA VIVANCO, Yvan (ed.), *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, IDEHPUCP, Lima, 2012, pp. 101-117.
- HERRERA GUERRERO, Mercedes. “La participación del interesado en el delito de tráfico de influencias y la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas”. En: *Actualidad Penal*, N° 26, agosto 2016, pp. 127-144.
- HILGENDORF, Eric y VALERIUS, Brian, *Derecho Penal. Parte General*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2015.
- HURTADO POZO, José. “Interpretación y aplicación del art. 400 del Perú: delito llamado de tráfico de influencias”. En: HURTADO POZO, José (dir.), *Anuario de Derecho Penal: Derecho Penal y pluralidad cultural*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2006, pp. 269-301.

- JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el Derecho Penal, bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”. En: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, vol. 7, N° 11, 2001, pp. 23-42.
- JAKOBS, Günther, “El ocaso del dominio del hecho: Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”. En: JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel, *El sistema funcionalista del Derecho Penal: ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal. (Lima, 29-31 de agosto y 1 de septiembre de 2000)*, Grijley, Lima, 2000, pp. 165-194.
- JAKOBS, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, De Gruyter, Berlin, 1991.
- JAKOBS, Günther, *Teoría de la intervención*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Instituto Pacífico, Lima, 2014.
- KINDHÄUSER, Urs, “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán”. En: *Política Criminal: Revista electrónica semestral de políticas públicas en materias penales*, N° 3, 2007, pp. 1-18.
- LEÓN TOMASTO, Jean Marco. “Problemas sustanciales en el delito de tráfico de influencias: el bien jurídico protegido y la punibilidad del tercero interesado”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 99, setiembre 2017, pp. 153-168.
- LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “Complicidad primaria y secundaria”. En: SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Comentarios al Código Penal peruano*, Gaceta Jurídica, Lima, 2019, pp. 379-419.
- MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl, “Delito de colusión: Cuestiones problemáticas del artículo 384 del CP”. En: MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (dir.), *La Corrupción: Criminología, Derecho Penal parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal*, Editores del Centro, Lima, 2020, pp. 446-511.
- MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl, “Delito de colusión. Responsabilidad penal del tercero interesado”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 141, 2021, pp. 119-147.

- MENDOZA VAEZ, Paul. “El tipo penal de tráfico de influencias. Breves comentarios a partir del Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116”. En: CALCINA HANCO, Aldo y PAREDES VERA, José Antonio, *Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos y particulares en el marco de las contrataciones con el Estado*, Grijley, Lima, 2021, pp. 261-279.
- MEZGER, Edmund, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., Buenos Aires, 1958.
- MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2000.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*. Reppertor, Barcelona, 2016.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MORI SÁENZ, Alejandra Mariel, *El tercero interesado en el delito de tráfico de influencias*. Manuscrito de tesis para optar el grado de magister en Ciencias Penales, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2022.
- MUÑOZ LORENTE, José. “Delito de tráfico de influencias”. En: *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 7, septiembre 2014, pp. 248-255.
- OROZCO LÓPEZ, Hernán Darío, “Jakobs’ Theorie der Beteiligung”. En: KINDHÄUSER, Urs; KREß, Claus; PAWLIK, Michael; y STUCKENBERG, Carl-Friedrich, *Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019, pp. 585-611.
- OROZCO LÓPEZ, Hernán Darío, “La graduación de la intervención delictiva. Líneas generales del modelo tipológico de la influencia sobre el hecho [Tatprägung]”. En: *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, N° 2, 2021, pp. 150-194.
- OTTO, Haro, *Manual de Derecho Penal. Teoría general del Derecho Penal*, Atelier, Barcelona, 2017.
- PARIONA ARANA, Raúl, “El marco normativo anticorrupción”. En: PARIONA ARANA, Raúl, *Derecho Penal. Consideraciones*

- dogmáticas y político criminales*, Instituto Pacífico, Lima, 2014, pp. 49-59.
- PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, Instituto Pacífico, Lima, 2017.
 - PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, “La impunidad del comprador de humos (el tercero interesado) A la luz del Acuerdo Plenario 3-2015/CJ-116”. En: CALCINA HANCO, Aldo y PAREDES VERA, José Antonio, *Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos y particulares en el marco de las contrataciones con el Estado*, Grijley, Lima, 2021, pp. 241-260.
 - REAÑO PESCHIERA, José Leandro, “¿Una historia sin fin? La responsabilidad penal del interesado en el tráfico de influencias”. En: *Ius et veritas*, N° 28, 2004, pp. 100-121.
 - REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*, Jurista Editores, Lima, 2017.
 - ROBLES PLANAS, Ricardo, “La estructura de la intervención en el delito”. *Política Criminal: Revista electrónica semestral de políticas públicas en materias penales*, N° 30, 2020, pp. 993-1007
 - ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: Fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
 - ROBLES PLANAS, Ricardo. “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito: (El ejemplo de la intervención por omisión)”. En: *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, N° 2, 2012, pp. 1-25.
 - RODRÍGUEZ DELGADO, Julio. “El final de la historia: ¿el interesado en el tráfico de influencias es impune!”. En: *Ius et veritas*, N° 33, 2006, pp. 248-263.
 - ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, Grijley, Lima, 2007.
 - ROJAS VARGAS, Fidel, *Manual operativo de los Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, Nomos & Thesis, Lima, 2016.
 - ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, Civitas, Madrid, 1997.

- ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, Civitas, Pamplona, 2014.
- SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson y LLAMOJA HILARES, Giuliana, *Comentarios sistemáticos y desarrollo jurisprudencial al Código penal peruano*, Editores del Centro, Lima, 2020.
- SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración Pública*, Iustitia & Grijley, Lima, 2016.
- SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración Pública*, Grijley, Lima, 2014.
- SAN MARTÍN CASTRO, César; CARO CORIA, Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro, *Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, Jurista Editores, Lima, 2002.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal. Parte General I*, trad. CANCIO MELIÁ, Manuel y SANCINETTI, Marcelo, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- TORRES PACHAS, David, “La responsabilidad penal del interesado en el delito de tráfico de influencias”. En: GARCÍA TORRES, Romy Victoria y MARTÍNEZ PACHAS, Josselyn Marjorit (coords.), *Delitos de corrupción de funcionarios públicos: doctrina y jurisprudencia*, Instituto Pacífico, Lima, 2021, pp. 265-292.
- VALEIJE ÁLVAREZ, Inma, “Tráfico de influencias (arts. 428 y ss)”. En: GONZÁLES CUSSAC, José Luis (ed.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal del 2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1193-1204.
- VAN WEEZEL, Alex, *Límites de la imputación penal. Estudios de 2000-2010*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.
- VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald, *Delitos contra la administración pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*, Editores del Centro, Lima, 2021.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2006.

- WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner y SATZGER, Helmut, *Derecho Penal. Parte General. El delito y su estructura*, Instituto Pacífico, Lima, 2018.
- YON RUESTA, Roger, “Tráfico de influencias. Un análisis al contenido del tipo penal”. En: *THEMIS Revista de Derecho*, N° 45, diciembre 2002, pp. 229-242.
- ZIFFER, Patricia, *El delito de asociación ilícita*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

LA PARTICIPACIÓN DEL INTERESADO EN EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y LA LEGITIMIDAD DE LA INTERVENCIÓN PENAL EN LA MODALIDAD DE INFLUENCIAS SIMULADAS

Comentarios al Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116

MERCEDES HERRERA GUERRERO^(*)

I. INTRODUCCIÓN

En el marco del IX Pleno Jurisdiccional Penal, realizado en septiembre de 2015, la Corte Suprema emitió cinco acuerdos vinculantes, los que fueron publicados el 21 de junio de 2016. Uno de ellos es el Acuerdo Plenario N° 3-2015/CJ-116, en el cual se analiza la participación del interesado en el delito de tráfico de influencias y la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas.

El art. 400 del CP castiga al que, invocando influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer, para sí o para un tercero, donativo, 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.

El autor del delito es el traficante de influencias, quien, como acto ejecutivo, ofrece su intercesión ante un funcionario o servidor público invocando influencias, reales o simuladas, a cambio de una ventaja u obtiene una promesa determinada; no necesariamente ha de tener connotación económica. La redacción del precepto no exige que el autor lleve a la práctica el ofrecimiento o que haya conseguido el propósito buscado con la intercesión, esto es, la provocación en el funcionario influido de una determinada decisión favorable al interesado.

(*) Máster en Derecho Penal por la Universidad de Alcalá (España). Doctora en Derecho (Doctorado europeo) por la Universidad de Navarra (España). Socia de Mendoza & Herrera Abogados. Profesora de la Academia de la Magistratura. Correo: herrera Mercedes@gmail.com.

El tipo penal no exige un efectivo uso de esas influencias, las que incluso podrían ser “simuladas”. Por ello, en la doctrina se habla de un delito de “tendencia interna trascendente”, ya que se exige obrar con la finalidad de llevar a cabo una conducta posterior a la conducta típica. En otras palabras, la intercesión efectiva ante el funcionario por parte de traficante va más allá del “tráfico de influencias”, y se erige en una conducta autónoma que debe ser abarcada por un tipo penal distinto⁽¹⁾.

La creación de un tipo penal de peligro, en algunos casos abstracto, como el de tráfico de influencias implica una decisión político-criminal de anticipar las barreras de la punibilidad a un estado previo a los actos de cohecho. Así, se empieza a sancionar actos preparatorios de delitos de corrupción como cohecho, colusión o prevaricato, como lo son los que constituyen tráfico de influencias. Se entiende que adelantar esas barreras es eficaz en orden a combatir los actos de corrupción, que de otro modo quedarían impunes y afectarían gravemente al correcto funcionamiento de la Administración Pública⁽²⁾.

II. LA PARTICIPACIÓN DEL INTERESADO EN EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

El art. 400 del CP ha suscitado diversas interpretaciones acerca de la intervención del tercero interesado en el tráfico de influencias; sin embargo, podemos identificar básicamente dos posiciones doctrinales: a) conforme a la primera se trataría de un cómplice primario; b) un segundo sector doctrinal, entiende más bien que el interesado (real o potencial beneficiario del tráfico de influencias) responde como instigador.

El citado Acuerdo Plenario intenta dar una respuesta a esta cuestión a partir de un análisis más profundo acerca de los fundamentos de cada una de estas posturas.

Los jueces supremos señalan: “El cómplice es quien realiza un aporte material (o psicológico) orientado siempre a auxiliar al autor en la realización del tipo penal. A partir de esta premisa, se tiene que el delito de tráfico de influencias admite casos de complicidad...sin embargo, ‘el comprador o solicitante de influencias’ nunca podrá ser considerado cómplice según los alcances del artículo 25° CP, como la persona que auxilia o colabora dolosamente

(1) Vid. César, SAN MARTÍN CASTRO; Caro CORIA, Dino; REAÑO PESCHIERA, José. *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*. Jurista Editores, Lima, 2002, p. 26 y ss.

(2) Vid. César, SAN MARTÍN CASTRO; Caro CORIA, DINO; REAÑO PESCHIERA, José. Ob. cit., p. 27 y ss.

con la realización del tipo penal, pues para ello tendría que ayudar al ‘vendedor de influencias’ en la realización del verbo rector, esto es, en la invocación de influencias, cosas que es materialmente imposible bajo cualquier circunstancia” (FJ 8).

Los auxilios que presta el cómplice, útiles para la realización del hecho delictivo deben, de una parte, cumplir con los criterios de la imputación objetiva: y de otra, ser expresión de un dominio sobre el hecho delictivo, o competencia sobre el mismo⁽³⁾. La realización del delito requiere que el partícipe prepare o continúe la conducta del autor, que en este caso sería la de contribuir en el acto de invocar influencias. Así, en el citado Acuerdo Plenario, se concluye que el tercero interesado en el delito de tráfico de influencias; es decir, el que promete o entrega donativo, no puede ser considerado cómplice, ya que no presta ningún tipo de colaboración en la comisión del delito de acuerdo con la estructura típica del delito. El interesado no colabora con los actos típicos tales como recibir o solicitar una ventaja. Se trata, por el contrario, de una colaboración “necesaria” en un delito de encuentro⁽⁴⁾.

La participación es un concepto de referencia, en la medida en que significa la cooperación dolosa en un delito ajeno. Solo con base en la conducta del autor puede juzgarse el hecho del partícipe como jurídico-penalmente relevante⁽⁵⁾.

Es cómplice quien contribuye a la realización del delito, de tal forma que la conducta del tercero tenga cierta eficacia causal –aunque sea mínima– respecto al comportamiento del autor y reunir además cierta peligrosidad para el bien jurídico, conforme a los criterios de la imputación objetiva⁽⁶⁾. En este sentido, es cómplice quien acelera, facilita o asegura la ejecución del hecho delictivo.

La complicidad puede tener lugar tanto por acción como por omisión. Carece de relevancia una diferencia de corte naturalista. El factor determinante para calificar una determinada conducta como complicidad por el delito es la competencia por el riesgo, con independencia de si los medios utilizados son materiales o psíquicos. En cualquier caso, para que esa contribución a la

(3) Vid. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte general*. 2da edición, Jurista Editores, Lima, 2012, p. 713.

(4) Vid. FJ 9.

(5) Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte general*. Tirant lo Blanch, 5ta edición, Valencia, 2002, p. 454 y ss.

(6) Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 465.

creación del riesgo penalmente prohibido le sea atribuibles al sujeto en cuestión, es preciso aplicar las reglas de la imputación objetiva⁽⁷⁾.

En el Acuerdo Plenario no se ingresa –no es quizá la oportunidad más señalada– a analizar a fondo, algunas de las cuestiones más discutidas en la doctrina penal acerca de los fundamentos de la participación delictiva. Así, por ejemplo, el concepto restrictivo de autor reúne a su vez dos conceptos claramente distinguibles, como acertadamente señala Robles Planas: a) la fundamentación del injusto típico, y b) la calificación de la intervención.

El primero se determina conforme a las reglas de la imputación objetiva, mientras que el segundo atañe a la teoría del delito como cuantificación de la concreta contribución en el delito⁽⁸⁾.

Después de concluir que el interesado en el tráfico de influencias no puede responder como cómplice, se postula que sí es posible que este responda como instigador: “En consecuencia, el ‘comprador solicitante de influencias’, o ‘el interesado’ en el delito de tráfico de influencias será instigador cuando no encontrándose el instigado propenso o proclive a actos de corrupción, le haya convencido a este a cometer el delito. En este caso, como el ‘comprador solicitante de influencias’ habrá hecho nacer del todo la resolución criminal en el autor, no habrá entonces duda alguna sobre su rol de instigador. Ahora bien, en el supuesto de que el autor esté ya **decidido a vender las influencias al ‘comprador o solicitante de influencias’, pudiendo parecer mínima la aportación de este último, inclusive en este caso él es instigador pues habrá reforzado la resolución criminal del autor**”⁽⁹⁾.

Es en esta última parte –a mi juicio– donde los jueces supremos se equivocan, quizás en un afán de evitar la impunidad del tercero que ofrece, da o promete una ventaja o beneficio al funcionario o particular que trafica con las influencias. En el Acuerdo Plenario se pretende ampliar los alcances dogmáticos del concepto de instigación o inducción. En la inducción el inductor hace surgir en otra persona (el inducido) la idea de cometer un delito. No obstante, el autor conserva el dominio sobre la realización del hecho delictivo. La inducción debe ser de suficiente entidad que puedan vincularse causalmente, desde el punto de vista psíquico con la voluntad del inducido⁽¹⁰⁾.

(7) Vid. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 713 y ss.

(8) Vid. ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito: fundamento y límites*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 2003, p. 267.

(9) FJ 10.

(10) Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 458 y ss.

El medio empleado para inducir debe ser eficaz, no obstante, debe dejar en todo momento al autor la capacidad de decisión sobre la ejecución, ya que de lo contrario el dominio del hecho lo tendría el tercero y estaríamos frente a una autoría mediata⁽¹¹⁾.

No debe olvidarse que existe un límite mínimo para considera inducción a una determinada conducta y ese consiste precisamente en la eficacia del medio para convencer al autor de cometer el delito. De tal suerte, que una simple recomendación o consejo solo puede fundamentar la denominada complicidad psíquica o moral. De la misma manera, se pueden considerar supuestos de complicidad aquellos casos en los que el inducido estaba ya resuelto, antes de la inducción a cometer el delito, en la medida que la conducta del tercero se encamine a reforzar la decisión (previa) de cometer un determinado delito⁽¹²⁾.

En consecuencia, cuando el autor estaba ya previamente decidido a vender las influencias y el comprador únicamente refuerza su decisión, no puede considerarse instigador. Podría –de manera general y abstracta– responder como cómplice. No obstante, en un análisis concreto de la complicidad –según la propia línea de argumentación desarrollada en este Acuerdo Plenario– se advierte claramente, que el interesado en la “compra” de las influencias no podría responder como cómplice, y en ese caso la conducta del tercero que solicita las influencias quedaría impune.

Tal como concluye Roxin⁽¹³⁾, la inducción supone algo más que un mero influjo psíquico. Es preciso que la inducción consista en cierta colusión entre el inductor y el autor, una incitación dirigida a un objetivo. Solo una incitación de estas características puede verse como ataque al bien jurídico. Así, instigar implica determinar a otro mediante un influjo psíquico o psicológico a realizar determinado hecho delictivo. Esto es, que el instigado se decida a cometer un delito como consecuencia directa de la intervención del instigador⁽¹⁴⁾.

Los medios de los que se puede valer el instigador son diversos. Así puede servirse de promesas, consejos, ruegos, apuestas, etc., siempre que estos resulten eficaces para determinar al autor a cometer el hecho delictivo⁽¹⁵⁾.

(11) Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 460.

(12) Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte general*. Tirant lo Blanch, 5ta edición, Valencia, 2002, p. 461.

(13) Vid. ROXIN, CLAUS. *La teoría del delito en la discusión actual*. Trad. Manuel ABANTO VÁSQUEZ. Grijley, 2007, p. 502.

(14) Vid. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2006, p. 514 y ss.

(15) Vid. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 516.

La doctrina distingue claramente la inducción de la complicidad, precisamente a través de un elemento básico: el influjo espiritual o psíquico, el mismo que debe ser eficaz; es decir, determinante para que el autor se mueva a la realización del hecho delictivo. En sentido contrario, si esta influencia⁽¹⁶⁾.

De tal modo que los requisitos de la inducción conforme a la doctrina son⁽¹⁷⁾:

- a) La inducción ha de ser concreta y específica; es decir ejercitarse sobre un individuo determinado.
- b) La conducta del tercero debe ser determinante o eficaz. Es decir, la decisión de cometer el delito es consecuencia directa del influjo psíquico del inductor.
- c) La inducción ha de ser dolosa, en la medida que se dirige a la formación de una decisión en el autor, no podría ejercerse tal influjo de manera culposa.

III. LEGITIMIDAD DEL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS SIMULADAS

En lo que concierne a la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas en el Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116, los jueces supremos se pronuncian en los siguientes términos:

- 1) El art. 400 del CP contempla dos bienes jurídicos distintos, según la modalidad de la que se trate. Cuando estamos frente a una influencia real el bien protegido sería el correcto funcionamiento de la Administración Pública. En cambio, cuando se trate de influencias simuladas el bien jurídico protegido sería el prestigio y buen nombre de la administración pública, “que se ve dañada por el sujeto activo que lucra a costa de ella”.
- 2) La modalidad de tráfico de influencias simuladas cumple con el principio de lesividad por cuanto el sujeto activo logra hacer dar o prometer una ventaja económica al afirmar que tiene una

(16) Vid. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquín Cuello Contreras; José Luis GONZÁLEZ DE MURILLO. 2da edición, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 805.

(17) Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 632.

influencia en la administración pública; y con ello se lesiona un bien jurídico fundamental como es el prestigio y buen nombre de la administración pública⁽¹⁸⁾.

Asimismo, en el FJ 15 del citado Acuerdo Plenario se afirma: “En un Estado donde no se criminaliza la conducta de alguien que afirma que sus poderes son corruptos, es un Estado inviable. De hecho, el supremo intérprete de la Constitución ha señalado que ‘en modo alguno [...] necesariamente la persecución penal de los actos de tráfico de influencias cuando estas sean simuladas resulte inconstitucional’ [Exp.00017-2011-PI/TC, de 03 de mayo de 2012, FJ 36]. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción señala en su artículo 18° que “Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) la promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona; b) la solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido”.

Con esto se evidencia que, con la criminalización del tráfico de influencias, no solo se está protegiendo bienes jurídicos fundamentales para la sociedad en un Estado de Derecho, sino que se está dando cumplimiento a la Convención contra la Corrupción suscrita por el Perú. Asimismo, en la medida que el Tribunal Constitucional no encuentra disconformidad con la persecución penal del tráfico de influencias simulado, se entiende que su punición es deseable en tanto optimiza la lucha contra la corrupción”.

El tipo penal de tráfico de influencias regulado por el art. 400 de nuestro Código Penal contempla dos modalidades típicas: la primera se refiere a influencias reales, conducta que efectivamente pone en peligro el bien jurídico imparcialidad u objetividad en el ejercicio de las funciones públicas. Algo distinto sucede con la modalidad que concierne a la invocación de influencias simuladas.

(18) Ver FJ 14 a 17.

En esta línea, hace ya varios años, San Martín Castro, Caro Coria y Reaño Peschiera ponían de manifiesto los problemas para identificar el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias simuladas, ya que no existe posibilidad alguna de que la influencia invocada pueda materializarse y, por ende, no hay ni afectación, ni puesta en peligro siquiera abstracta del bien jurídico en cuestión⁽¹⁹⁾.

El concepto de bien jurídico es formulado de diversas formas en la doctrina penal. Von Liszt definía el bien jurídico como: “El interés legalmente protegido. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales, intereses del individuo o de la comunidad. El ordenamiento jurídico no crea ese interés y lo eleva a bien jurídico protegido, sino que la necesidad crea la protección”⁽²⁰⁾. Se trata de un concepto metafísico, porque según este autor la norma no crea ese concepto, sino que reconoce el valor de una realidad preexistente⁽²¹⁾.

ROXIN define los bienes jurídicos como: “aquellas realidades o fines a seguir necesarios para garantizar una convivencia libre, segura y respetuosa de los derechos de los hombres; así como aquellos objetivos que son esenciales para el mantenimiento del sistema”⁽²²⁾. En términos parecidos, MARX se refiere a los bienes jurídicos como “aquellos objetos, que los hombres necesitan para su libre autorrealización”⁽²³⁾.

Para KINDHÄUSER los bienes jurídicos son: “aquellas propiedades de personas, cosas o instituciones —por ejemplo, el cuerpo, la libertad, la propiedad, la administración de justicia— que en una sociedad constitucional y democrática sirven al libre desarrollo del individuo y de sus derechos”⁽²⁴⁾.

Característica común de los conceptos antes citados es precisamente el carácter esencial de aquellas condiciones para una vida pacífica, que permite o facilita el desarrollo de la persona en sociedad. De esta definición puede extraerse ya una primera consideración: podrá ser considerado un bien jurídico legítimo, esto es susceptible de protección jurídico-penal, aquel que proteja condiciones esenciales personales o colectivas básicas para la vida en sociedad.

(19) Vid. César, SAN MARTÍN CASTRO; CARO CORIA, Dino; REAÑO PESCHIERA, José. Ob. cit., p. 31.

(20) Cfr. LISZT, FRANZ VON. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. 23 ed., Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1921, p. 4 y ss.

(21) Vid. HASSEMER, WINFRIED. *Theorie und Soziologie des Verbrechenens*. Ob. cit., p. 37.

(22) Cfr. ROXIN, CLAUD. “Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts”, en: HEFENDEHL, ROLAND (Edit.) *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitische Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*. Carl Heymanns, Berlin, 2005, p. 139.

(23) Cfr. MARX, MICHAEL. *Zur definition des Begriffs “Rechtsgut”*. Prolegomena einer materialen Verbrechenlehre. Carl Heymanns, München, 1972, p. 62.

(24) Cfr. KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Ob.cit., p. 36.

En el marco de la teoría del bien jurídico se distingue entre bienes jurídicos individuales o colectivos, según la titularidad del mismo se atribuya a una persona, o a una institución. En relación a esta clasificación se desarrollan la doctrina personal del bien jurídico y la teoría dualista⁽²⁵⁾.

La doctrina personal del bien jurídico intenta funcionalizar los intereses colectivos a partir de los intereses humanos individuales. Con ello, trata de poner freno a tendencias que ponen tanto énfasis en los “intereses sociales”, que amplían fáctica o temporalmente la protección del Derecho Penal, y que incluso sitúan a la persona más que como sujeto, como objeto⁽²⁶⁾.

Esta teoría –defendida principalmente⁽²⁷⁾ por Hassemer y Hohmann⁽²⁸⁾– toma como centro de toda noción de Estado y de Derecho a la persona y a su libre desarrollo y propone funcionalizar los intereses de la comunidad y del Estado a partir de los intereses del individuo. Por ello, aunque se reconoce que en la sociedad actual no se puede renunciar a los bienes jurídicos colectivos, propone que estos se formulen del modo más preciso posible (es decir, que se funcionalicen) a partir de los bienes jurídicos individuales⁽²⁹⁾.

Los defensores de la teoría personal del bien jurídico consideran que esta permite afrontar mejor la tendencia –sobre todo cuando se trata de bienes jurídicos universales– a utilizar el Derecho Penal no como como *ultima ratio* sino como *prima ratio*⁽³⁰⁾. Sus defensores le atribuyen una función crítica: a) permite identificar los bienes jurídicos aparentes, en la medida que excluye bienes que no constituyen requisitos o condiciones de desarrollo de la persona; b) Se exige una “causalidad real” entre el bien y el comportamiento; y c) los

(25) Vid. WOHLERS, WOLFGANG. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts. Zur Dogmatik “modernen Gefährdungsdelikte*. Ob. cit., p. 221 y ss.

(26) Vid. GÜNTHER, KLAUS. “Die Person der personalen Rechtsgutslehre”, en: NEUMANN, ULFRID; PRITTWITZ, CORNELIUS (Edit). *Personale Rechtsgutslehre und Oferorientierung im Strafrecht*. Peter Lang, 2007, p. 15 y ss.

(27) También por MARX, MICHAEL. *Zur definition des Begriffs “Rechtsguts. Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre*”. Ob. cit.; Stächelin acoge la teoría personal del bien jurídico y la vincula a la Constitución. Vid. STÄCHELIN, GREGOR. *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*. Duncker & Humblodt, Berlin, 1998, p. 99 y ss.

(28) Vid. HOHMANN, OLAF. *Das Rechtsgut der Umweltdelikte. Grenzen des strafrechtlichen Umweltschutzes*. Peter Lang, Frankfurt am Main, 1991, p. 53 y ss; HOHMANN, OLAF. “Von dem Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht” en *GA* 1992, Decker’s, Heidelberg, p. 76 y ss.

(29) Vid. HASSEMER, WINFRIED. “Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre” en PHILIPPS, LOTHAR; SCHOLLER, HEINRICH (Edit). *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65 Geburtstag*. Decker & Müller, Heildeberg, 1989, p. 91; HASSEMER, WINFRIED. “Kennzeichnen und Krisen des modernen Strafrechts”. Ob. cit., p. 383; HOHMANN, OLAF. “Von dem Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht”. Ob. cit., p. 79.

(30) Vid. HASSEMER, WINFRIED. “Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre”. Ob. cit., p. 93.

bienes jurídicos universales deben derivarse de los personales, lo que permite una clasificación del alcance y medida de protección penal⁽³¹⁾.

La doctrina dualista de Tiedemann⁽³²⁾ postula que, frente a bienes jurídicos de carácter individual, existen otros que protegen valores comunes autónomos, por ejemplo, bienes de tipo económico que no se pueden reducir a los intereses del individuo, sino que tienen autonomía propia⁽³³⁾. Este autor afirma además que hay bienes de carácter institucional, es decir, bienes sociales que tienen un carácter supraindividual que coexisten paralelamente a los bienes jurídicos que se pueden denominar “clásicos”⁽³⁴⁾.

La doctrina dualista del bien jurídico⁽³⁵⁾ reconoce la legitimidad de los bienes jurídicos colectivos. Permite incluir dos tipos de bienes: 1) bienes que permitan crear espacios de libertad necesarios para la realización del individuo (por ejemplo, la administración de justicia) y 2) condiciones necesarias para garantizar la existencia o subsistencia del Estado, sin las cuales este no estaría en condiciones de crear espacios de libertad para el individuo⁽³⁶⁾.

Si el Derecho Penal no tomase en cuenta las características de la sociedad moderna, no se daría una respuesta satisfactoria a la función de protección de bienes jurídicos del Derecho Penal⁽³⁷⁾. En este sentido, el Derecho Penal moderno es un fenómeno inevitable, pero al mismo tiempo, se presenta como ineludible realizar una valoración crítica del mismo⁽³⁸⁾. Conviene hacer una observación, que coincide con el sentido de lo expuesto por SILVA SÁNCHEZ en su análisis de la expansión del Derecho Penal⁽³⁹⁾: el problema consiste, sobre todo, en mantener un sistema con las mismas características y garantías cuando estamos frente a distintas calidades de delitos.

(31) Vid. HOHMANN, OLAF. “Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht”. Ob. cit., p. 79.

(32) Vid. TIEDEMANN, KLAUS. *Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht*. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1969, p. 119 y ss; también Vid. TIEDEMANN, KLAUS. *Wirtschaftsbetrug*. De Gruyter, 1999, p. XIII y ss.

(33) Vid. TIEDEMANN, KLAUS. *Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht*. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1969, p. 119 y ss.

(34) Vid. TIEDEMANN, KLAUS. *Wirtschaftsbetrug*. De Gruyter, 1999, p. XIII y ss.

(35) Defendida también por SCHÜNEMANN, BERND. “Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft”. Ob. cit., p. 209 y ss; HEFENDEHL, ROLAND. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Ob. cit., p. 73 y ss.

(36) Vid. HEFENDEHL, ROLAND. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Ob. cit., p. 113.

(37) Vid. SCHÜNEMANN, BERND. “Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft”. Ob. cit., p. 213.

(38) Cfr. Ibidem, p. 214.

(39) Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*. Ob. cit., p. 167 y ss.

Frente a la tendencia a la expansión del Derecho Penal, tal como señala Schünemann, la dogmática jurídico-penal tiene, en efecto, la importante tarea de diferenciar los bienes jurídicos reales de los aparentes e impedir que bienes jurídicos importantes queden desprotegidos⁽⁴⁰⁾.

En los últimos años, cada vez más autores postulan que frente a los delitos de peligro abstracto no se puede adoptar una solución global y declarar la ilegitimidad *per se* de todos ellos, sino que se debe evaluar en cada caso concreto la legitimidad de estos tipos penales⁽⁴¹⁾. Tal como concluye Wohlers, la legitimidad de la norma en el Derecho Penal de riesgo depende de dos tipos de análisis, primero el que atañe al bien jurídico. Se debe determinar si el bien jurídico merece protección jurídico-penal. Y, en segundo lugar, se examinará la estructura del tipo. Para WOHLERS los problemas se producen por lo general en este nivel (pone como ejemplo el art. 324 del CP alemán) cuya legitimación depende esencialmente de si se pueden esperar con suficiente seguridad daños relevantes en los efectos acumulativos⁽⁴²⁾.

Es esencial diferenciar el bien jurídico de la estructura delictiva, como manifiestan algunos autores. Especialmente HEFENDEHL, quien en su trabajo sobre los bienes jurídicos colectivos destaca especialmente esta diferencia⁽⁴³⁾.

ROXIN también postula la necesidad de proteger los bienes jurídicos colectivos en la medida que permiten la subsistencia de una sociedad moderna, pero entiende que tales bienes son legítimos en la medida que sirven al ciudadano; es decir, se trata de bienes que no son ilegítimos por sí mismos⁽⁴⁴⁾.

Una de las principales funciones del Estado es mantener y garantizar las condiciones que permiten al hombre llevar una vida digna. Y hoy en día, la vida del hombre no podría imaginarse sin una serie de instituciones como la economía, la Administración de Justicia, la familia, las escuelas, etc.⁽⁴⁵⁾; en este sentido los bienes jurídicos colectivos son necesarios.

(40) Vid. SCHÜNEMANN, BERND. "Aufgabe und Grenzen der Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert". Ob. cit., p. 48 y ss.

(41) Vid. WOHLERS, WOLFGANG. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts. Zur Dogmatik "modernen Gefährungsdelikte"*. Ob. cit., p. 338; Vid. KUHLEN, LOTHAR. "Zum Strafrecht der Risikogesellschaft". Ob. cit., p. 367.

(42) Vid. WOHLERS, WOLFGANG. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts. Zur Dogmatik "modernen Gefährungsdelikte"*. Ob. cit., p. 339-343.

(43) Vid. HEFENDEHL, ROLAND. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Ob. cit., p. 147 y ss; También Vid. GRECO, Luis. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur Gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*. Ob. cit., p. 341.

(44) Cfr. ROXIN, CLAUD. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Ob. cit., p. 17.

(45) Vid. HEFENDEHL, ROLAND. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Ob. cit., p. 76 y ss.

De otra parte, algunos autores postulan la necesidad de buscar una legitimación adicional, sobre todo en algunos campos; por ejemplo, frente a los delitos de peligro abstracto, cuando no exista una relación de causalidad respecto a la lesión o cuando se protejan bienes jurídicos institucionales, es preciso acudir a un equivalente material⁽⁴⁶⁾. En esta línea se sitúa la definición de bien jurídico de Hefendehl como un “objeto real”, no necesariamente material, pero –según este autor– no puede tratarse de un “valor ideal” sin entidad real, sino de estados de las cosas susceptibles de ser lesionados (pone como ejemplo el delito de cohecho, así puede considerarse bien jurídico la confianza en la integridad del ejercicio de la función pública)⁽⁴⁷⁾.

Ahora bien, el principio de protección de bienes jurídicos no es suficiente por sí mismo para delimitar el ámbito de lo permitido y no permitido en el Derecho Penal. Este criterio debe ser complementado por las reflexiones acerca de las barreras deontológicas⁽⁴⁸⁾. A partir de estas se podrá determinar cuándo el Estado está legitimado para intervenir y la esfera personal de la que el ciudadano dispone y en la que el Estado no debe intervenir⁽⁴⁹⁾. Así, por ejemplo, este tipo de barreras permiten afrontar de modo crítico los tipos penales de carácter paternalista. Pero, además, la amenaza o lesión a un bien jurídico es condición necesaria pero no suficiente para calificar una conducta como delictiva. Se deben tener en cuenta también otros elementos que fundamenten el merecimiento de pena, como por ejemplo la dañosidad social⁽⁵⁰⁾.

El prestigio y buen nombre de la Administración Pública es un concepto vago y genérico, que, a mi juicio, no cumple los estándares de legitimidad de un bien jurídico susceptible de tutela penal, de acuerdo con las consideraciones aquí expuestas⁽⁵¹⁾. Desde nuestra perspectiva, el bien jurídico protegido es la imparcialidad u objetividad en el ejercicio de las funciones públicas⁽⁵²⁾

(46) Vid. HEFENDEHL, ROLAND. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Ob. cit., 384.

(47) Vid. HEFENDEHL, ROLAND. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Ob. cit., p. 28 y ss.

(48) Vid. GRECO, LUIS. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur Gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*. Ob. cit., p. 349 y ss; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Ob. cit., p. 130.

(49) Vid. GRECO, LUIS. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur Gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*. Ob. cit., p. 349 y ss.

(50) Vid. HASSEMER, WINFRIED. “Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre”. Ob. cit., p. 88.

(51) No obstante, en la doctrina nacional autores como FIDEL ROJAS sostienen que el bien jurídico protegido es el prestigio y regular funcionamiento de la Administración Pública. Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Grijley, 4ta edición, 2007, p. 785.

(52) Vid. César, SAN MARTÍN CASTRO; CARO CORIA, Dino; REAÑO PESCHIERA, José. *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*. Jurista Editores, Lima, 2002, p. 38.

dentro del marco de un bien jurídico más general de correcto funcionamiento de la Administración Pública.

En este punto estoy de acuerdo con Abanto Vásquez, en cuanto sostiene que el bien jurídico específico no puede ser el “prestigio” o “buen nombre” de la administración, ya que este bien no armoniza con un Estado social y democrático de Derecho, lo que está en peligro (abstracto o concreto según el caso) es la imparcialidad del funcionario público⁽⁵³⁾. La protección de este bien jurídico encuentra su fundamento en el art. 139 inciso 2 de la Constitución, que reconoce el principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Cuando las influencias invocadas son reales se afecta, siquiera de modo abstracto este bien reconocido en nuestra Carta Magna.

En el caso de las influencias simuladas lo único que se pone en peligro o se lesiona es el patrimonio individual del particular, no hay atentando alguno contra el buen funcionamiento de la Administración Pública en su vertiente de imparcialidad⁽⁵⁴⁾. En efecto, en el caso de las influencias simuladas el único bien que se lesiona o pone en peligro es —en caso de que la ventaja sea de tipo económica— es el patrimonio. No obstante, allí surge la discusión acerca de si sería posible imputarle al traficante de influencias el delito de estafa, en la medida que esta recae sobre un objeto ilícito⁽⁵⁵⁾.

Efectivamente, tal como está redactado el art. 400 de nuestro Código Penal, no se exige que la influencia realmente exista, ya que esta puede ser real o simulada. No obstante, si analizamos más detenidamente el fundamento de este tipo penal, advertimos que la influencia simulada nada tiene que ver con el “tráfico de influencias”. Cuando se invoquen influencias simuladas en todo caso estaríamos frente a un atentado contra el patrimonio, una forma *sui generis* de estafa. Al respecto, Abanto Vásquez postula que en todo caso este último supuesto debe referirse a aquellos casos en los que la influencia invocada sea simulada, pero se cuente con obtenerla oportunamente. No obstante, considera que sí debe ser real el interés en la influencia y la existencia de un funcionario susceptible de ser influenciado⁽⁵⁶⁾.

(53) Vid. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Palestra, Lima, 2001, p. 462 y ss.

(54) Vid. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Palestra, Lima, 2001, p. 465.

(55) Vid. César, SAN MARTÍN CASTRO; CARO CORIA, Dino; REAÑO PESCHIERA, José. *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*. Jurista Editores, Lima, 2002, p. 32.

(56) Vid. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Palestra, Lima, 2001, p. 466.

Desde nuestra perspectiva, difícilmente una influencia simulada puede materializarse y llegar siquiera de forma abstracta a poner en peligro los intereses de la Administración Pública, en su vertiente de correcto funcionamiento referido a la imparcialidad y objetividad en el ejercicio de las funciones públicas. Ahora bien, aun cuando se postule una afectación al “prestigio y buen nombre de la Administración Pública” tal afectación es irreal y carece de lesividad. Además, el prestigio y buen funcionamiento de la Administración pública no deja de ser un concepto vago, genérico, difícilmente aprehensible⁽⁵⁷⁾.

Si consideramos como bien jurídico protegido el correcto funcionamiento de la Administración Pública en su vertiente de imparcialidad, advertimos que las influencias simuladas no pueden siquiera poner en peligro este bien en cuestión. Nos encontraríamos frente a una suerte de tentativa inidónea, que conforme al art. 17 de nuestro Código Penal es impune. Si se aprecian los hechos *ex ante*, la conducta del “traficante de influencias” es *per se* inocua, inadecuada para poner en peligro el bien jurídico⁽⁵⁸⁾.

La comisión de la segunda modalidad: influencias simuladas no lesiona bien jurídico institucional alguno. Ante la ineficacia de las influencias, jamás existirá peligro –siquiera abstracto– para el buen funcionamiento de la Administración Pública. Se trataría de un supuesto de “venta de humo”, en el que el tercero interesado que “compra” las influencias es víctima de una “estafa”⁽⁵⁹⁾.

En el delito de tráfico de influencias regulado por el art. 400 del Código Penal, advertimos que la imparcialidad y objetividad en el ejercicio de las funciones públicas dentro del marco del correcto funcionamiento de la Administración Pública si es un bien necesario para crear espacios de libertad que permiten la realización del individuo⁽⁶⁰⁾, dentro del contexto del carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal. Por el contrario, cuando nos situamos frente al tráfico de influencias simuladas, no es posible afirmar que recibir, hacer dar o prometer para sí o para un tercero alguna ventaja invocando **influencias simuladas** con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor

(57) Vid. César, SAN MARTÍN CASTRO; CARO CORIA, Dino; REAÑO PESCHIERA, José. *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*. Jurista Editores, Lima, 2002, p. 32 y ss.

(58) Vid. César, SAN MARTÍN CASTRO; CARO CORIA, Dino; REAÑO PESCHIERA, José. *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*. Jurista Editores, Lima, 2002, p. 32.

(59) Vid. César, SAN MARTÍN CASTRO; CARO CORIA, Dino; REAÑO PESCHIERA, José. *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*. Jurista Editores, Lima, 2002, p. 29 y ss.

(60) Sobre la teoría del bien jurídico en general y sobre los bienes jurídicos colectivos Vid. HEFENDEHL, ROLAND. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Carl Heymanns, Köln, 2002.

público, constituya un acto que ponga en peligro (siquiera abstracto) la imparcialidad y objetividad de la Administración Pública.

El principio de lesividad es un axioma político-criminal, un límite al *ius puniendi* del Estado, expresamente regulado en nuestro ordenamiento en el artículo IV del TP del CP, conforme al cual la intervención del Estado a través del Derecho Penal requiere la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

Según este principio, los delitos de peligro abstracto como técnica legislativa solo son legítimos en la medida que a) la conducta prohibida esté claramente descrita; b) que sea visible su referencia a un bien jurídico; y c) que no vulnere el principio de culpabilidad⁽⁶¹⁾. En el delito de tráfico de influencias simuladas no hay una referencia clara, directa, perceptible al bien jurídico de imparcialidad y objetividad en el ejercicio de las funciones públicas dentro del marco del correcto funcionamiento de la Administración Pública, de tal suerte que nos encontramos frente a una modalidad ilegítima, que no supera los baremos que impone el principio de lesividad.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

En ocasiones, el legislador utiliza de modo impreciso o inadecuado ciertos tipos penales, como los delitos de peligro abstracto y los tipos penales de acumulación. Se trata de la denominada “legislación simbólica” o “Derecho Penal simbólico”, que comprende todos aquellos tipos penales que en realidad no sirven a la protección del bien jurídico, puesto que no son necesarias para el aseguramiento de una vida en común pacífica, sino que persiguen fines extra jurídico-penales (por ejemplo, fines políticos)⁽⁶²⁾.

La legitimidad finalidad de combatir la corrupción no puede alcanzarse a cualquier precio. Es preciso atender también a la actual discusión dogmática acerca de la legitimidad del bien jurídico como criterio para limitar y delimitar la intervención del Derecho Penal, de la cual puede válidamente concluirse que la modalidad de influencias simuladas no protege ningún bien esencial para la convivencia social pacífica y justa.

Aplicando las consideraciones de Hefendehl⁽⁶³⁾ —antes citadas— el “prestigio de la Administración Pública”, no es un “objeto real”, con entidad o

(61) Vid. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte general*. Jurista Editores, Segunda edición, Lima, 2012, p. 131.

(62) Vid. ROXIN, Claus. “Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts”. Ob. cit., p. 142; Vid. STRENG, FRANZ. *Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen*. Ob. cit., p. 6.

(63) Vid. HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Op. cit., p. 28 y ss.

existencia propia, que pueda ser lesionado. Si lo es, el correcto funcionamiento de la Administración Pública en su imparcialidad; puesto que esta característica si tiene una existencia previa garantizada por la Constitución y por el ordenamiento en general, no así “el prestigio”, que constituye en todo caso un objetivo para la administración pública, una meta a alcanzar, y en algunas ocasiones, una quimera.

En lo que concierne a la responsabilidad penal del interesado en el tráfico de influencias, consideramos acertado el criterio expuesto en el Acuerdo Plenario N°3-2015/CIJ-116 en cuanto este puede responder en algunos casos como instigador y no como cómplice. No obstante, para poder atribuir el título de instigador al tercero es preciso demostrar que efectivamente este logró convencer a través de un influjo psíquico al traficante de influencias. Si solo reforzó la decisión ya previamente formada del autor de tráfico de influencias, la conducta del interesado quedará impune. Si bien, conforme a las reglas generales de participación, su conducta podría –de forma abstracta– ser considerada como complicidad, esta no pasa por el filtro de tipicidad que fluye del tenor del art. 400 del CP. Al tratarse de un delito de encuentro, en este supuesto, solo podría sancionarse al tercero interesado si se crea un tipo penal de encuentro que prevea como delito la conducta del que “compra” las influencias.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- César, SAN MARTÍN CASTRO; CARO CORIA, Dino; REAÑO PESCHIERA, José. *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*. Jurista Editores, Lima, 2002.
- GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte general*. 2da edición, Jurista Editores, Lima, 2012.
- GÜNTHER, KLAUS. “Die Person der personalen Rechtsgutslehre”, en: NEUMANN, ULFRID; PRITTWITZ, CORNELIUS (Edit). *Personale Rechtsgutslehre und Oferorientierung im Strafrecht*. Peter Lang, 2007.
- HASSEMER, WINFRIED. “Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre” en PHILIPPS, LOTHAR; SCHOLLER, HEINRICH (Edit). *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65 Geburtstag*. Decker & Müller, Heildeberg, 1989.

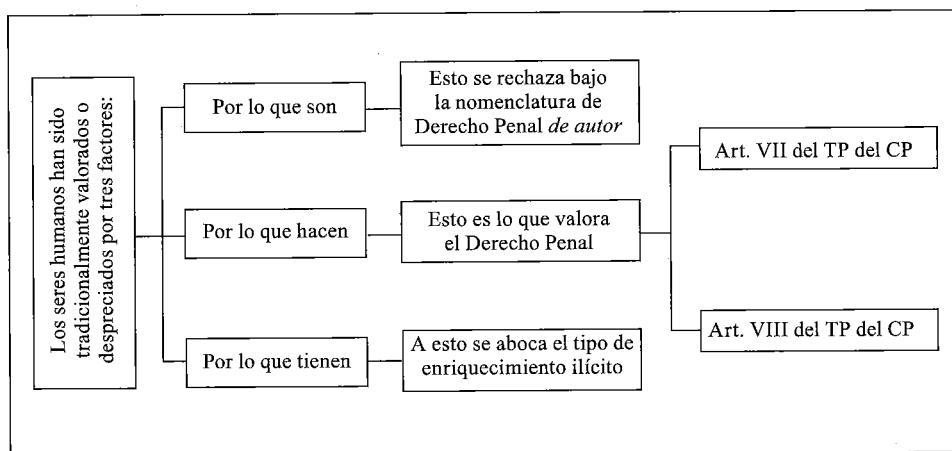
- HOHMANN, OLAF. “Von dem Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht” en *GA*, Decker’s, Heidelberg, 1992.
- HOHMANN, OLAF. *Das Rechtsgut der Umweltdelikte. Grenzen des strafrechtlichen Umweltschutzes*. Peter Lang, Frankfurt am Main, 1991.
- HOHMANN, OLAF. *Das Rechtsgut der Umweltdelikte. Grenzen des strafrechtlichen Umweltschutzes*. Peter Lang, Frankfurt am Main, 1991.
- JAKOBS, GÜNTHER. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquín Cuello Contreras; José Luis GONZÁLEZ DE MURILLO. 2da edición, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- LISZT, FRANZ VON. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. 23 ed., Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1921.
- MARX, MICHAEL. *Zur definition des Begriffs “Rechtsgut”. Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre*. Carl Heymanns, Múnich, 1972.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; García Arán, Mercedes. *Derecho Penal. Parte general*. Tirant lo Blanch, 5ta edición, Valencia, 2002.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Aranzadi, Pamplona, 2002.
- ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito: fundamento y límites*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 2003.
- ROXIN, Claus. “Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts”, en: Hefendehl, Roland (Edit.) *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitische Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*. Carl Heymanns, Berlin, 2005.
- ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Trad. Manuel Abanto Vásquez. Grijley, 2007.
- STÄCHELIN, GREGOR. *Strafgesetgebung im Verfassungsstaat*. Duncker & Humblodt, Berlin, 1998.

- TIEDEMANN, KLAUS. *Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht*. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1969.
- TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsbetrug*. De Gruyter, 1999.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2006.

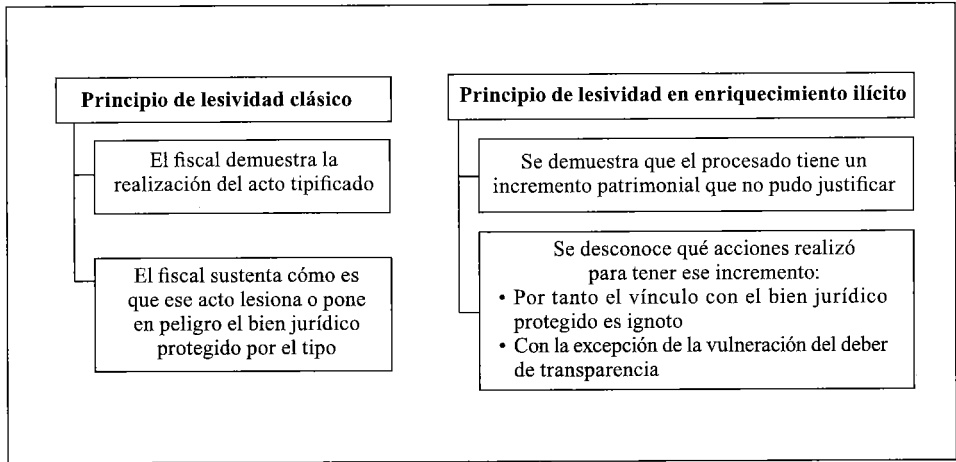
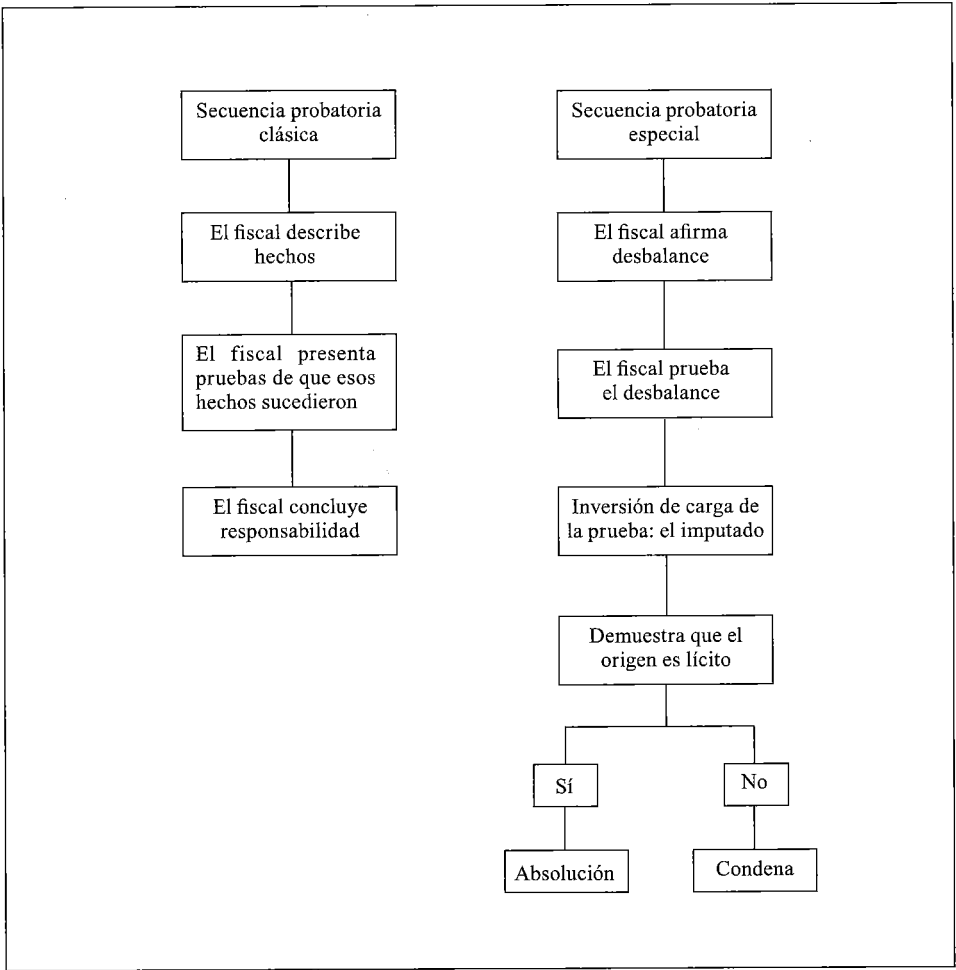
ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO: DERECHO PENAL DE POSEEDOR Y DERECHO PROCESAL DE INVERSIÓN PARCIAL DE LA CARGA DE LA PRUEBA

ALCIDES MARIO CHINCHAY CASTILLO^(*)

El tipo de enriquecimiento ilícito es un *tipo raro* en varios sentidos. Pero destacan tres:



(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con estudios de maestría en Ciencias Penales y doctorado en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Fiscal adjunto supremo de la Segunda Fiscalía Suprema Transitoria Especializada en Delitos cometidos por Funcionarios Públicos.



- I) ¿El enriquecimiento ilícito tiene como naturaleza uno o varios actos por los cuales el funcionario público que es autor del mismo haya realizado conductas concretas, individualizadas (quién, cómo, dónde, cuándo, con la intervención de quién, a propósito de qué) y vinculadas con su cargo, y que se han traducido en el incremento de su patrimonio?⁽¹⁾ ¿O resulta que, si se hubiesen detectado tales actos, lo que debería suceder es que habría que imputarle al funcionario tales actos ya individualizados en lugar de enriquecimiento ilícito?⁽²⁾
- A) Las precisiones normativas hechas al tipo de enriquecimiento ilícito en el Código Penal peruano ciertamente se incardinan en una traición al compromiso internacional del Perú para combatir esta lacra.
- B) El tipo penal tiene antigua data y carecía entonces de la importancia dada por el marco convencional actual.⁽³⁾ Pero el énfasis dado por el sistema internacional le da un cariz distinto al tipo, lo que nos fuerza a reinterpretarlo.
- C) El marco convencional
- 1) Convención Interamericana contra la Corrupción (Caracas, 1996)
 - (i) Fuente: Art. IX.
 - (ii) Texto: Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho, adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio

- (1) Como preocupantemente ha señalado la Casación N° 2939-2015-Lima, del 12 de julio de 2017 de la Sala Penal Permanente, sobre la que hay que destacar dos cosas:
- Desconoce todo el marco convencional que se analizará a continuación;
 - Remarca la conclusión antes dicha: Supuesto que el enriquecimiento ilícito consista en (y no solo implique que) el funcionario autor del tipo ha ejecutado acciones para aumentar su patrimonio, los actos posteriores a dichas acciones (como las descritas en el exordio del tema N° 3 del Pleno Jurisdiccional: acoger el dinero obtenido en dichas acciones dentro de una cuenta bancaria, adquirir bienes con dicho dinero, aceptar la titularidad de los bienes así adquiridos, etcétera), no podrían –bajo la más reciente tendencia de la Corte Suprema– ser consideradas como complicidad (ni como ninguna otra forma de participación), ni siquiera si se hubieran pactado desde antes.
- (2) En lo que sigue, reiteraré ideas que ya fueron expuestas en:
- CHINCHAY CASTILLO, Alcides. La vida (jurisprudencial) antes y después de Amelia Espinoza: ¿“en todo caos hay un orden”? / Reflexiones sobre la Casación de la Sala Penal Permanente N° 782-2015-Del Santa, del 6 de julio del 2016. En: *Actualidad Penal*, N° 30 (diciembre de 2016)
 - CHINCHAY CASTILLO, Alcides. La breve vida de la doctrina Amelia Espinoza: ¿*vita brevis, ars etiam brevior*? / Comentarios al tercer párrafo del art. 25 del CP, según modificación del D. Leg. N° 1351, a la luz del Acuerdo Plenario N° 3-2016/CJ-116. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 102 (diciembre de 2016)
- (3) CARO CORIA, Dino Carlos. *El enriquecimiento ilícito*. En: SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio; CARO CORIA, Dino Carlos & REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir / aspectos sustantivos y procesales. Lima, Jurista Editores, 2002. Ver sobre todo págs. 103-120. En este contexto, tenemos que incluso la condena a Augusto B. Leguía tuvo esa base y que sobre el antecedente argentino de 1964, se incorporó el tipo penal en el art. 361°-A del CP de 1924. Ello sucedió en 1981, tras la previsión constitucional del tipo en la Carta de 1979, en su art. 62°.

de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él.

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.

- 2) Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (llamada *Convención de Mérida*), del 31 de octubre de 2003
 - (i) Fuente: Art. 20.
 - (ii) Texto: Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él.
- 3) Conclusiones
 - (i) Es un deber internacional tener tipificado el enriquecimiento ilícito.
 - (ii) Esa tipificación se debe hacer con sujeción a:
 - (a) La Constitución de cada Estado.
 - (b) Los principios que inspiran el ordenamiento jurídico de cada Estado.
 - (iii) La naturaleza de este tipo penal implica:
 - (a) No se sanciona una acción, sino una situación. Es:
 - (1) **Tipificar** en su legislación como delito **el incremento** del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos.
 - (2) **Tipificar como delito**, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, **el incremento** significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos.

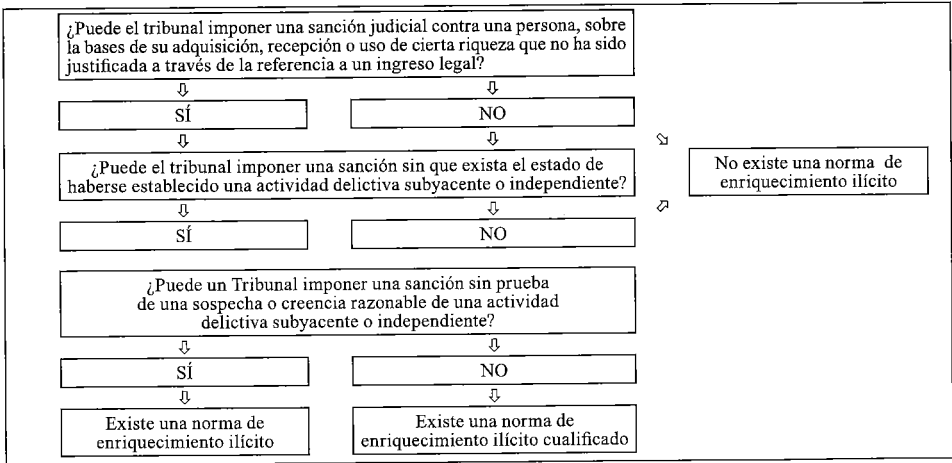
(b) **Inversión de la carga de la prueba.** Una vez detectado el desbalance patrimonial, es el imputado el que debe probar que sus ingresos son lícitos.

(1) Andrew Dornbierer ha dirigido una investigación de derecho comparado⁽⁴⁾ que, de modo sintético y muy didáctico, ha dado las bases de la tipificación del enriquecimiento ilícito en las principales legislaciones del mundo. En la página 94 de su obra hay una tabla que explica los modelos internacionales existentes sobre esta inversión de la carga de la prueba, incluyendo las legislaciones que más bien no han entendido de qué se trata la figura.

(2) Me permito traducir dicha tabla:

	Carga [probatoria] dirigida al elemento de riqueza (y de proveer evidencia de la riqueza de la persona investigada)	Carga [probatoria] dirigida al elemento de ingreso inadecuado (y proveer evidencia del ingreso legal de la persona investigada)
Modelo A	El Estado [el persecutor]	El Estado [el persecutor] & la persona investigada
Modelo B	El Estado [el persecutor]	El Estado [el persecutor]
Modelo C	El Estado [el persecutor]	La persona investigada

4) En la misma obra de Andrew Dornbierer, en la página 38, hay un diagrama de flujos que explica quiénes han entendido, y quiénes no, lo que es realmente consagrar una norma de enriquecimiento ilícito. Me permito traducirla al castellano:



(4) DORNBIERER, Andrew. *Illicit enrichment | a guide to laws targeting unexplained wealth [Enriquecimiento ilícito | una guía a las leyes que apuntan a la riqueza no explicada]*. Basel. Basel Institute on Governance, 2021.

- (i) Si se exige la prueba del delito fuente, entonces ya deja de tener sentido expresar que estamos ante una norma de enriquecimiento ilícito. El principio de legalidad procesal fuerza a que, si se descubre –por decir– un cohecho, tal cohecho **tenga que** ser perseguido, con lo cual ya carece de objeto instaurar proceso por enriquecimiento ilícito.
- (ii) La frontera de la sospecha razonable de un origen ilícito es difícil de separar de elementos concretos. No es que una situación patrimonial *tenga cara* de provenir de fuente ilícita. Es que hay elementos que llevan a pensar ello. Bueno pues, esos elementos fuerzan a abrir investigación por ese lado. Es bien difícil que una sospecha no redondeada en sus hallazgos delictivos pueda fundar, ya no digamos una condena por el delito fuente, sino incluso un estándar **razonable** de condena por enriquecimiento ilícito bajo sospecha igualmente **razonable**. Superar el nivel de corazonada lleva a tener indicios razonables de un delito específico, con lo cual volvemos al punto anterior.

D) ¿Qué tenemos a la luz del marco convencional en la Constitución?⁽⁵⁾

- 1) La Constitución establece un único delito que se presume: “Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial” (art. 41, segundo párrafo, de la Carta Fundamental).
- 2) Bien se podría decir que lo que se presume es el delito, no la responsabilidad de una persona. Pero he aquí que el enriquecimiento ilícito es un delito personalísimo. Por tanto, descubrir el delito y descubrir a su responsable es siempre lo mismo (a diferencia de lo que podría suceder –por ejemplo– con un homicidio, que puede ser descubierto sin tener aún noticias de su autor).
- 3) Por tanto, la fórmula constitucional deja sin piso algunas críticas hechas al tipo penal⁽⁶⁾:

(5) Ver al respecto: CHINCHAY CASTILLO, Alcides Mario. *Enriquecimiento ilícito: de pica, de rabia y pena*. En: Alerta Informativa, anuario 2013. Lima, Alerta Informativa, 2013. También en: <http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/modulos/documentos/descargar.php?id=6372> (Fecha de consulta: 8 de junio de 2022). Los editores, por un error, atribuyen este estudio al lavado de activos, pero bien se puede ver de su contenido que alude al enriquecimiento ilícito.

(6) “Al respecto, ROJAS VARGAS señala que el tipo penal del artículo 401 no describe conducta alguna, no aporta mayores elementos de tipicidad que guíen el análisis jurídico, situación que contradice los postulados del principio de legalidad y hace de dicha figura una construcción típica anómala (ROJAS

	Objeción	Supuestos remedios	Respuesta a la objeción
Ausencia de Derecho Penal de acto ⁽⁷⁾	• No se describe ninguna conducta típica. • Se sanciona una situación; no un hacer ni un omitir.	Introducir conductas tales como: • Enriquecerse, • Incrementar.	• Si hubiese que detectar una conducta (un tipo del injusto), entonces ya no habría imputación por enriquecimiento ilícito, sino por otra causal (peculado, concusión, cohecho, etcétera). • El tipo penal existe no a pesar de que no se ha podido descubrir un delito específico, sino precisamente porque no se le ha podido descubrir.
Inversión de la carga de la prueba ⁽⁸⁾	• Una redacción <i>en bruto</i> del tipo, haría que sea el procesado el que tenga que probar su inocencia y no el fiscal su responsabilidad. • La redacción <i>en bruto</i> ignora el <i>onus probandi</i> fiscal que es la esencia de la presunción de inocencia, derecho y principio universal de todo Derecho Penal que se respeta.	Hay que introducir material para el <i>onus probandi</i> fiscal: • El acto de enriquecerse (o de incrementar), de modo que ya no es solo la situación hallada, sino un acto por probarse lo que fundamentará el tipo. • Hay que vincular el delito con la función pública del sujeto activo.	• El tipo penal se ha creado por una razón político-criminal muy clara: que un funcionario tenga evidencias de que ha cometido ilícitos (para enriquecerse) y que, pese a ello, tuvo el cuidado de no dejar huella de tales ilícitos. • Si hubiese que probar una acción específica, con ello se estarían probando los delitos fuentes del enriquecimiento, y entonces ya no se imputaría enriquecimiento ilícito, sino aquellos otros delitos. • La presunción de inocencia y el <i>onus probandi</i> del fiscal son principios del sistema penal y se traducen en derechos del procesado. Pero como reiterada jurisprudencia del TC lo ha dicho, no hay derechos absolutos. Y ellos pueden ser limitados por motivos razonables. • Aquí hay un motivo razonable: situación que evidencia actos ilícitos, pero sin que ellos se puedan descubrir. • La inversión de la carga no es absoluta: de todos modos, el fiscal tiene que probar el desbalance.

VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ra. Edición, Grijley, Lima, 2003, p. 616)". (PÉREZ LÓPEZ, Jorge A. *El delito de enriquecimiento ilícito y su tratamiento en la doctrina y norma sustantiva*. En: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5493218.pdf>, Fecha de consulta: 8 de junio de 2022), p. 2, nota a pie de página N° 4.

- (7) Ver al respecto: SCALCON, RAQUEL & GIULIANI, Emilia. *Reflexión sobre la criminalización del enriquecimiento ilícito en Brasil: un análisis de la legitimidad constitucional y dogmático penal del proyecto de ley 4850/2016*. En: Martínez Huamán, Raúl Ernesto (director). *La corrupción | criminología, Derecho Penal, parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal*. Lima, editores del centro, 2020. El artículo citado va entre las páginas 639-679. "Lejos está de ser identificable de qué modo el acto de poseer o usufructuar bienes, derechos y valores, para citar solo dos de los verbos nucleares contenidos en la redacción del tipo penal de enriquecimiento ilícito, crea, autónoma y automáticamente, una lesión o un peligro de lesión a la Administración Pública. Parece que, de momento, todo lo que la formulación del tipo penal logra es describir una situación moralmente cuestionable, y no una efectiva conducta voluntaria que ponga en riesgo o afecte el funcionamiento del supuesto bien jurídico protegido" (pp. 671-672).
- (8) SCALCON, Raquel & GIULIANI, Emilia. *Obra citada*. En esta parte, aludo al ítem A (*Argumentos trascendentes al ordenamiento brasileño: lecciones de la experiencia legislativa extranjera. El caso portugués*, que va entre las páginas 647-653). El Tribunal Constitucional portugués se basa en la afectación a la presunción de inocencia y que, por tanto, la inversión de la carga de la prueba es inconstitucional.

Desvinculación con el bien jurídico protegido ⁽⁹⁾	• Si simplemente se habla de que el funcionario tiene una situación patrimonial no acorde con sus ingresos legítimos, ello puede no tener vinculación con el bien jurídico protegido. • Sucede que el funcionario puede tener ingresos legítimos. - o Expuestos en su declaración jurada anual de bienes y rentas.	Poner fórmulas de vinculación, tales como: • “valiéndose del cargo”, • “por razón del cargo”, • “abusando del cargo”.	• Tener que vincular el enriquecimiento ilícito con el mal uso del cargo para ello, supone probar actos tales como la concusión, el peculado, el cohecho, etcétera. • Si ya están probados el cohecho o el peculado o la concusión del procesado, ¿para qué se imputaría el enriquecimiento ilícito? • Por ello es que el autor ha expresado que este es un tipo penal creado por la política criminal –y siguiendo la letra del vals– “de pica, de rabia y pena”: no a pesar, sino precisamente por no haberse podido probar el delito fuente⁽¹⁰⁾.
--	--	--	--

“La definición del enriquecimiento ilícito se encuentra estructuralmente configurada de tal forma que la no demostración de la licitud de la fuente de ingresos del sujeto da lugar a la comprobación del delito; en este sentido la duda conduciría indefectiblemente a la condena del acusado”. (La nota N° 23 del artículo citado expresa: Portugal. Tribunal Constitucional Portugués, proceso N° 182/2012, sentencia N° 179/2012, p. 14).

Esta observación **deja de lado completamente** el marco convencional. Asumimos que Portugal es parte de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de Mérida, 2003. Pero esta expresa que la tipificación del enriquecimiento ilícito debe darse de acuerdo con el marco constitucional de cada Estado. Sin embargo, debe advertirse que hay un problema con el razonamiento del Tribunal Constitucional portugués (problema de justificación externa), según el análisis que hacen Scalcon y Giuliani. Ese severo límite es que: 1) el Poder Legislativo debió expresar que la base del texto observado era el cumplimiento de dicha Convención; 2) El Tribunal Constitucional debió hacer un análisis entre el marco de la Convención y el marco constitucional portugués; 3) La conclusión podría haber sido la que mejor se estimase; incluso que una estructura típica así no corresponde con el marco constitucional portugués, así que operaba la salvaguarda que la propia Convención hacía.

Pero, así como va el razonamiento, se percibe que nadie toma en cuenta el marco convencional, y pareciera que al legislador portugués se le hubiese ocurrido, por sí y ante sí, dicho tipo penal y hubiese puesto de la nada una redacción que va contra las bases usuales del Derecho Penal. En ese mismo yerro incurren las propias autoras (ver su conclusión, en las pp. 674-675), pese a que en las notas al pie N° 54 y 55 (p. 666) citan las Convenciones de Mérida y de Caracas, pero resaltan que toda tipificación debe contemplar el marco constitucional de cada Estado.

- (9) SCALCON, Raquel & GIULIANI, Emilia. *Obra citada*. En la misma sección antes aludida. La observación del Tribunal Constitucional portugués también se fundamenta en que no queda claro qué bien jurídico se está protegiendo. El legislador modifica su propuesta con un texto en que **menciona** que se trata de la “confianza en las instituciones y en el mercado, la transparencia, la probidad, la idoneidad de la proveniencia y la igualdad de oportunidades” (p. 650). La conclusión del Tribunal Constitucional fue que la inconstitucionalidad permanece, pues no basta listar bienes jurídicos, sino que además hay que establecer la vinculación entre tales bienes jurídicos y la redacción típica.
- (10) SCALCON, Raquel & GIULIANI, Emilia. *Obra citada*, pp. 656, expresan que habría dos fines en el enriquecimiento ilícito. El primero es sancionar aquel delito fuente que por alguna razón no pudo ser identificado y sancionado. Y el segundo sería proteger el deber de transparencia en la Administración Pública. “Ambos objetivos se reconocen a lo largo de la justificación del PL 4.850/2016, sin embargo, no pueden coexistir, pues demandan la existencia de diversos requisitos para la consumación del delito. Mientras que el primero de ellos exigiría la prueba de la práctica del delito anterior donde se hubiese originado el desvalor de la acción (elemento típico objetivo), el segundo conduce a un alcance mucho mayor del tipo penal, ya que, a través de enunciación de un elemento normativo desprovisto de

	- o No expuestos en su declaración jurada anual de bienes y rentas. • El no tenerlos declarados hace irregular la declaración, pero no la propiedad sobre los ingresos. • Sucede que el funcionario puede tener ingresos ilegítimos. - o Que estén vinculados con su función pública (cohecho, peculado, concusión, etcétera). - o Que no estén vinculados con su función pública (sin vínculo con su cargo, el funcionario es narcotraficante, extorsionador, falsificador de dinero, etcétera). • Si bien las actividades delictivas comunes se deben punir, sin duda, ello no puede introducirse en este tipo penal.		• ¿Hay un riesgo de que se incluyan situaciones anómalas respecto del bien jurídico protegido?: - o Hay una fuente lícita, solo que no se declaró. - o Hay una fuente ilícita pero no delictiva, que no se declaró (por ejemplo: teniendo obligación de dedicación exclusiva, hizo negocios particulares). - o Hay fuente ilícita delictiva, pero no vinculada con la función pública (el funcionario es secuestrador, productor de piratería musical, proxeneta, etcétera). • Ciertamente que lo hay. Pero aun con ello - o En la inmensa mayoría de casos, un incremento patrimonial se motiva en actos corruptos. - o No es correcto que esa inmensa mayoría quede fuera de sanción, en nombre de una minoría que eventualmente podría tener detrás una base irregular distinta. - o Incluso, ello le da un premio consuelo al Estado y un eventual premio al delincuente común que es funcionario: ▪ Supongamos que el delito común que es fuente del enriquecimiento tiene una pena mayor que la de este tipo penal. ▪ El reo podrá elegir entonces no decir nada y ser sancionado por enriquecimiento ilícito. ▪ El Estado no logrará (no por el momento, al menos) sancionar aquel delito común, pero alguna sanción recibirá. - o Por lo contrario, si el delito común fuente de enriquecimiento tuviese una pena menor a la de enriquecimiento, al reo le convendrá confesar aquel delito y así evitar la sanción por el tipo especial.
--	--	--	---

interpretación (“injustificado”), se posibilita la punición del enriquecimiento sin que sea necesario que alguna infracción penal haya sido practicada previamente” (p. 657).

El análisis incurre –me temo– en una petición de principio. Es contradictorio decir que el primer objetivo parte de que no se ha podido punir en determinado delito y que por ello se recurre a su resultado o fruto: el incremento patrimonial. El problema es que ello **implica de suyo, por definición**, que **jamás nos enteraremos** de tal delito. Inclusive si tal otro delito hubiera prescrito, se podría ir contra el patrimonio mal habido vía pérdida de dominio. Así que ambos objetivos se empatan: atenta contra las máximas de experiencia que si un funcionario tiene un incremento que puede justificar, no lo va a hacer. Si no brinda explicaciones es porque hay un origen ilícito. Asumir que, teniendo una justificación, el funcionario va a negarse a dar el sustento por una suerte de *espíritu de aventura*, algo así como que quiere estimularse con la adrenalina de saber que se tiene un proceso penal en contra y que su libertad está en riesgo, solo *para ver qué se siente* es un ejercicio de la fantasía que no merece la mínima consideración seria. Solo no hay que pedir justo lo que es el primero objetivo; el enriquecimiento ilícito se erige, **no a pesar de** que no se sabe y no se puede punir el delito fuente, **sino precisamente porque** no se sabe y no se puede punir el delito fuente.

E) La tipificación ha traicionado la dirección convencional que ahora se debería tener. Digamos que, en la redacción originaria (1991), ello se explica porque todavía el marco convencional no existía, y solo se tenían los antecedentes del derecho comparado. Pero, en las modificaciones ulteriores, ello no tiene sentido; **se salva únicamente la tipificación dada por el art. 1 de la Ley N° 28355, publicada el 06 de octubre de 2004**. Los remarcados (que hacen la desvinculación con el sentido convencional del tipo) son míos:

- 1) Texto originario: “El funcionario o servidor público que, **por razón de su cargo**, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años”.
- 2) Añadido del segundo párrafo incorporado por el art. 7 de la Ley N° 27482, publicada el 15J de junio de 2001: “Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita”.
- 3) Modificación dada por el art 1 de la Ley N° 28355, publicada el 06 de octubre de 2004. Aquí se respeta el sentido convencional del tipo: punición de un tener (no de un ser, ni de un hacer); mera vinculación cronológica (y no causal) con la función pública e inversión de la carga de la prueba:
 - (i) Primer párrafo: “El funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal”.
 - (ii) Segundo párrafo: “Si el agente es un funcionario público que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales, o esté sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena será no menor de ocho ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal”.

- (iii) Tercer párrafo: “Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita”.
- 4) Modificación dada por el art. 1 de la Ley N° 29703, publicada el 10 de junio de 2011. Este tipo está también muy bien redactado, pero ya no porta la inversión de la carga de la prueba:
- (i) Primer párrafo: “El funcionario o servidor público que, durante el ejercicio de sus funciones, 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”.
 - (ii) Segundo párrafo: “Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de dieciocho años. 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”.
- 5) Modificado por el artículo único de la Ley N° 29758, publicada el 21 de julio de 2011:
- (i) Primer párrafo: “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”.
 - (ii) Segundo párrafo: “Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa

del antejuicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años”.

- (iii) Tercer párrafo: “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”.
- 6) Modificación dada por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 de noviembre de 2013:
- (i) Primer párrafo: “El funcionario o servidor público que, **abusando de su cargo**, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”.
 - (ii) Segundo párrafo: “Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”.
 - (iii) Tercer párrafo: “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”.
- 7) Modificación dada por el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22 de octubre de 2016, que, básicamente, añade inhabilitación:
- (i) Primer párrafo: “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”.

- (ii) Segundo párrafo: “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”.
- (iii) Tercer párrafo: “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”.

II) Alguna jurisprudencia

- A) La Sala Penal Permanente, en la Casación N° 782-2015-Del Santa del 06 de julio de 2016, ha tenido una posición ambigua sobre la índole convencional del enriquecimiento ilícito.
 - 1) A favor de la opción convencional, tenemos que los FFJJ 4-6 hacen una desvinculación del absurdo de pedir que el enriquecimiento se vincule probatoriamente con actos de mal ejercicio del cargo (en cuyo caso –lo repetimos– debería imputarse ya solo ese atentado contra los deberes y no enriquecimiento ilícito; así lo dice el FJ 6: “a quien no se le puede imputar otro delito específico”), y se postula que solo debe haber una coincidencia cronológica: el incremento debe haber sucedido durante el período en que el imputado ejerció función pública.
 - 2) En contra de la opción convencional, el FJ 13, que dice que el incremento es un indicio, no una prueba, y que postular lo contrario supondría afectar el *onus probandi* fiscal. Esto ignora que el delito **consiste precisamente** en invertir la carga de la prueba en términos parciales. Es decir

- (i) El Fiscal sí debe probar:
 - (a) Que hubo incremento patrimonial,
 - (b) Que este corresponde al momento del ejercicio de la función pública.
- (ii) Pero, una vez demostrado ello, corresponderá al procesado demostrar que los ingresos son lícitos, pues, en caso contrario, se le condenará por enriquecimiento ilícito.

B) Sala Penal Permanente RN 2939-2015-Lima, del 12 de julio de 2017

Sumilla:

- A. El enriquecimiento ilícito es un delito de abuso funcional por parte del sujeto cualificado –el funcionario o servidor público–. No es un delito de no justificación razonable del incremento patrimonial, por parte del sujeto activo.
- B. Bajo ningún concepto es de asumir que exista una inversión de la carga de la prueba, por la concurrencia eventual de un indicio de falsa justificación. Tal interpretación vulneraría la presunción de inocencia; excluiría inconstitucionalmente al Ministerio Público de su obligación de probar la imputación, y restringiría el derecho del acusado a guardar silencio frente a la acusación formulada en su contra.
- C. El delito de enriquecimiento ilícito se consuma con el abuso de la posición funcional por parte del sujeto activo, evidenciado en actos concretos que generan como resultado un incremento patrimonial ilícito.

C) Acuerdo Plenario N° 3-2016/CJ-116, del 12 de junio de 2017, FJ 13

- 1) Sujeto activo de este delito debe serlo necesariamente un funcionario o servidor público, en cualquiera de las categorías que registra el artículo 425° del Código Penal. Se trata, por tanto, de un típico delito especial propio o funcional de infracción de deber. Sobre todo, porque el enriquecimiento ilícito que sanciona la ley se materializa a través de actos sucesivos o simultáneos de abuso de la posición y competencias funcionariales del sujeto activo y que originan para él un mejoramiento patrimonial indebido (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. Delitos y Penas. Una Aproximación a la Parte Especial. Ideas. Lima. 2017, p.195). Como esclarece la doctrina especializada, este delito consiste en “enriquecerse sin causa justa. Lo justo de un enriquecimiento es el poder explicar los orígenes de un incremento patrimonial económico, según la ley y conforme a la ética que son los dos patrones que medirán esta justicia”. Por tanto, “el que el enriquecimiento no sea justificable, es parte estructural del delito de enriquecimiento ilícito y no una mera condición para hacer punible tal enriquecimiento” (Francisco Ferreira Delgado. Delitos contra la Administración Pública. Editorial Temis. Bogotá. 1985, p. 118). En consecuencia, pues, el delito se va materializando de modo continuado y acumulativamente, mediante un conjunto conexo de

actos dolosos irregulares que van procurando el aumento de los activos o la disminución de los pasivos del funcionario público. Sin embargo, es pertinente destacar que tales acciones se encuentran siempre vinculadas entre sí por el mismo designio lucrativo antijurídico (producir el enriquecimiento ilícito).

- 2) Ahora bien, tal potenciación patrimonial no debe corresponder al incremento o reducción ordinaria, regular y probable que producirían los ingresos o rentas personales que el funcionario genera, obtiene y posee lícitamente. Lo punible, entonces, está referido, exclusivamente, al efecto y beneficio lucrativo que deriva de aquellas “conductas anormales mediante las cuales el funcionario incrementa ilícitamente su patrimonio” (Juan Portocarrero Hidalgo. *Delitos contra la Administración Pública*. Editorial Jurídica Portocarrero. Lima. 1996, p. 229). Por ende, toda modificación positiva o enriquecimiento patrimonial que sean justificados carecen de relevancia penal. “Lo importante es que el enriquecimiento o incremento patrimonial del funcionario sea el fruto de actividades ilícitas o injustas” (Antonio José Cancino - Maruja Toscano de Sánchez. *El Delito de Enriquecimiento ilícito*. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 1986, p. 36).
- 3) Cabe precisar, también, que el enriquecimiento ilícito puede ser paulatino. El, sin embargo, debe acontecer y concretarse necesariamente durante el período de gestión o competencia funcional que ejerce el funcionario público. Esto es, desde que asume el cargo hasta que cesa en él. Ni antes ni después de tales sucesos formales será posible practicar o imputar un acto de enriquecimiento ilícito (Yván Montoya Vivanco. Editor. *Estudios Críticos sobre los Delitos de Corrupción de Funcionarios en el Perú*. Idehpucp Lima. 2012, p. 64 y ss.).
- 4) No obstante, el enriquecimiento ilícito debe derivarse de la comisión de modalidades innominadas pero idóneas de abuso funcional, las cuales no deben constituir otros delitos funcionales, como los actos de corrupción pasiva, peculado o colusión. Este presupuesto material negativo del enriquecimiento ilícito lo convierte en un delito de carácter subsidiario o residual (Cfr. Ramiro Salinas Siccha. *Delitos contra la Administración Pública*. Cuarta Edición. IUSTITIA. Grijley. Lima. 2016, p. 707). Por tanto, solo en la medida en que el enriquecimiento ilegal no sea efecto o derive de la realización de otro delito funcional, como los antes mencionados, será posible subsumirlo en la tipicidad del artículo 401 del Código Penal. Se trata, pues, de un presupuesto

negativo implícito en la construcción legal y sistemática de dicho tipo penal.

D) La Casación N° 953-2017-Lima, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, con fecha 17 de agosto de 2018.

- 1) La sumilla dice: “Las fuentes internacionales hacen mención a la naturaleza del delito de enriquecimiento ilícito, y de acuerdo a las causales la carga de probar está circunscrita a demostrar la existencia del incremento patrimonial de un funcionario público [...] y es a partir de ese instante en que se invierte la carga de la prueba, correspondiendo al funcionario el deber de acreditar que ese incremento desmesurado ha tenido una causa justificada lícita”. Esta idea se centra en el ítem 5.5 (página 8) de la sentencia.
- 2) Ha de señalarse que, en la línea de este artículo, en los ítems 2.2.1 y 2.2.2 se refuta lo que se consigna en el ítem 1 (imputación fáctica fiscal) en el sentido de que “En cuanto a la acusada Clarisa Escobedo Paredes, el Ministerio Público le atribuyó haber realizado diferentes ingresos a sus diversas cuentas bancarias, sin que estos pudieran ser justificados”. Los ítems referidos (pp. 2-3 de la sentencia casatoria) dan cuenta de que, en instancias previas, doña Clarisa Escobedo Paredes fue absuelta de los cargos. Es decir, haber actuado con posterioridad a la generación de los ingresos ilícitos no es participar en enriquecimiento ilícito.
- 3) Los motivos casacionales se resumen en el ítem 5 (pp. 6), y son dos cosas que pidió el condenado se desarrollaran en esta casación:
 - (i) Si el acusado debe probar su solvencia económica (es decir, cómo es que incrementó su patrimonio, en lugar de que el fiscal demuestre que cometió un delito).
 - (ii) Si la existencia de un desbalance patrimonial deviene automáticamente en enriquecimiento ilícito.
- 4) Entre los ítems 5.1 a 5.5 (pp. 6-8), la sentencia casatoria responde con el apoyo en los tratados internacionales que definen el delito de enriquecimiento ilícito. De la mano del art. IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción y del art. 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, se enfatizan dos cosas:

- (i) El delito es un estado patrimonial (no se sanciona un *ser* –lo cual se llama Derecho Penal de autor– ni un *hacer* –Derecho Penal de acto, el clásico, el que fundamenta todos nuestros tipos penales, **menos este**–, sino que se sanciona un *tener*). Ello sería monstruoso si no estuviese previsto en tratados internacionales y si no hubiese una previsión constitucional al respecto.
- (ii) Ese estado tiene que ser justificado por el funcionario imputado. Es decir: no solo sí hay una inversión (**parcial**) de la carga de la prueba, sino que **se trata de eso, en eso consiste precisamente** el tipo penal.

I. ALGUNAS SUGERENCIAS

- A) Es imprescindible que la normativa sobre enriquecimiento ilícito se adecue a los estándares convencionales, según los cuales:
 - 1) Se imputa una situación patrimonial, no una actuación en concreto:
 - (i) Hay una razón político-criminal específica para ello: evitar la impunidad ante una situación patrimonial que no tiene justificación;
 - (ii) Si se tuviese noticia de las actuaciones ilícitas que motivaron el incremento patrimonial, no se imputaría ya enriquecimiento ilícito, sino los tipos penales que correspondieran con tales actuaciones (cohecho, concusión, peculado, etcétera).
 - 2) Demostrado que fuese el desbalance entre la situación patrimonial y los ingresos lícitos del funcionario, se invierte la carga de la prueba: es el funcionario quien tiene que demostrar que los ingresos son lícitos y, si no puede hacerlo, se le sancionará por enriquecimiento ilícito, **no a pesar** de no haberse demostrado qué actos concretos motivaron el incremento patrimonial, **sino precisamente por** ello.
 - (i) Hay base constitucional para ello; a diferencia de los otros tipos penales, el enriquecimiento ilícito es el único tipo que se puede presumir. Y, por su característica esencial, presumir el delito implica forzosamente presumir al autor.
 - (ii) Resulta, por tanto, ignaro sostener que alguna monstruosidad implica esta inversión **parcial** de la carga de la prueba,

cuando, **en la definición típica convencional**, el enriquecimiento ilícito **consiste precisamente en ello**.

- B) Esa necesidad de precisión normativa no hace incorrecto que la interpretación judicial porte el marco convencional. **Un principio del derecho internacional expresa que ningún Estado puede alegar fundamentos de derecho interno para incumplir un tratado internacional.**
- 1) En el marco convencional, la mejor sentencia que ha emitido el Poder Judicial es sin duda la de la Casación N° 953-2017-Lima, del 17 de agosto de 2018.
 - 2) Pero nuestros jueces deben comprender lo siguiente respecto de una interpretación como la de la Sala Penal Permanente en la ejecutoria emitida sobre el Recurso de Nulidad N° 2939-2015-Lima, del 12 de julio de 2017:
 - (i) Pretende revestirse de todo el marco de exigencia, de principios y de garantías que el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal en general imponen sobre las imputaciones, sobre todo: Derecho Penal de acto y carga de la prueba fiscal basada en la presunción de inocencia. Así vistas las cosas, la pauta **parece** una importante precisión contra un uso abusivo del *ius puniendi*.
 - (ii) Sin embargo, lo que sucede **realmente** es que tal línea de interpretación **no se ha enterado** de que hay una **conceptualización especialísima** sobre el enriquecimiento ilícito. Y si, bajo **ese desconocimiento**, se pretenden imponer las categorías usuales del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal, lo que se logrará es un contrasentido:
 - (a) Si no basta el desbalance, entonces hay que probar actos funcionales concretos que hayan generado el desbalance;
 - (b) Pero, si se demuestran esos actos funcionales concretos, se estaría probando concusiones, cohechos y peculados (entre otras figuras posibles);
 - (c) Si en la tarea así impuesta ya se demostraron tales concusiones –cohechos y peculados– ¿qué sentido tiene ya imputar enriquecimiento ilícito en vez de tales tipos penales?

II. BIBLIOGRAFÍA

- CANCINO, Antonio José & TOSCANO DE SÁNCHEZ, Maruja. *El Delito de Enriquecimiento ilícito*. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1986
- CARO CORIA, Dino Carlos. *El enriquecimiento ilícito*. En: SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio; CARO CORIA, Dino Carlos & REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir / aspectos sustantivos y procesales*. Lima, Jurista Editores, 2002
- CHINCHAY CASTILLO, Alcides Mario. *Enriquecimiento ilícito: de pica, de rabia y pena*. En: Alerta Informativa, anuario 2013. Lima, Alerta Informativa, 2013. También en: <http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/modulos/documentos/descargar.php?id=6372> (Fecha de consulta: 8 de junio de 2022). Los editores, por un error, atribuyen este estudio al lavado de activos; pero bien se puede ver de su contenido que alude al enriquecimiento ilícito
- CHINCHAY CASTILLO, Alcides. La vida (jurisprudencial) antes y después de Amelia Espinoza: ¿“En todo caos hay un orden”? / Reflexiones sobre la Casación de la Sala Penal Permanente N° 782-2015-Del Santa, del 6 de julio del 2016. En: *Actualidad Penal*, N° 30 (diciembre de 2016)
- CHINCHAY CASTILLO, Alcides. La breve vida de la doctrina Amelia Espinoza: ¿*vita brevis, ars etiam brevior*? / Comentarios al tercer párrafo del art. 25 del CP, según modificación del D. Leg. N° 1351, a la luz del Acuerdo Plenario N° 3-2016/CJ-116. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 102 (diciembre de 2016).
- DORNBIERER, Andrew. *Illicit enrichment | a guide to laws targeting unexplained wealth* [“Enriquecimiento ilícito. Una guía a las leyes que apuntan a la riqueza no explicada”]. Basel. Basel Institute on Governance, 2021.
- FERREIRA DELGADO, Francisco. *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá, Editorial Temis, 1985.
- MONTOYA VIVANCO, Yván (editor). *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en el Perú*. Lima, Idehpucp, 2012

- PÉREZ LÓPEZ, Jorge A. *El delito de enriquecimiento ilícito y su tratamiento en la doctrina y norma sustantiva*. En: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5493218.pdf>. Fecha de consulta: 08 de junio de 2022.
- PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima, Editorial Jurídica Portocarrero, 1996.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Delitos y Penas. Una Aproximación a la Parte Especial*. Lima, Ideas, 2017.
- ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. 3^{ra} edición. Lima, Grijley, 2003.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 4^{ta} edición. Lima, IUSTITIA & Grijley, 2016
- SCALCON, Raquel & GIULIANI, Emilia. Reflexión sobre la criminalización del enriquecimiento ilícito en Brasil: un análisis de la legitimidad constitucional y dogmático penal del proyecto de ley 4850/2016. En: Martínez Huamán, Raúl Ernesto (director). *La corrupción | criminología, Derecho Penal, parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal*. Lima, editores del centro, 2020.

EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO: ¿UN HECHO PUNIBLE DONDE SE INVIERTE LA CARGA DE LA PRUEBA?

ROBERTO CARLOS VÍLCHEZ LIMAY^(*)

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, resulta común oír en los sistemas de audiencias o leer en los textos de la doctrina aquella aseveración que *denuncia* que, en el tratamiento procesal del delito de enriquecimiento ilícito, existe una *inversión de la carga de la prueba*, por lo que este fenómeno delictivo ostentaría visos de inconstitucionalidad.

Semejante afirmación refleja no solo una incultura de la dogmática del Derecho probatorio, sino, y principalmente, un desconocimiento supino de los elementos típicos configurativos del delito de enriquecimiento ilícito.

Posiblemente, esta línea de pensamiento incida en el error de identificar *la no justificación del incremento patrimonial* como un componente constitutivo del delito de enriquecimiento ilícito; sintiéndose, el imputado, en la obligación de acreditarlo, aconteciendo así una *inversión de la carga probatoria*.

Sin embargo, el tipo penal de enriquecimiento ilícito no consiste en la omisión de explicación de un desbalance patrimonial por parte del funcionario público, sino en la identificación de una situación de incremento ilícito del patrimonio de este —por parte del Ministerio Público—; es decir, existe una previa actividad indagatoria y acreditativa de carácter incriminatorio del órgano persecutor del delito. Que, a partir de esta, el imputado, a través de su abogado defensor, busque rebatir o cuestionar el acervo probatorio incriminatorio, mediante prueba de descargo, no significa de ninguna manera que se *invierta la carga de la prueba*, sino que se aprecie, en toda su dimensión, las *cargas dinámicas de la prueba*.

(*) Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Especialista en Derecho Penal económico y teoría del delito por la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM-España). Especialista en crimen organizado, corrupción y terrorismo por la Universidad de Salamanca (USAL-España). Especialista en Derecho Penal y comportamiento humano: avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial por la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM- España).

En ese sentido, el presente escrito tiene como finalidad desmitificar aquellas aseveraciones consagradas entre los operadores jurídicos que critican un presunto *carácter vulneratorio de derechos fundamentales* del delito de enriquecimiento ilícito, del que se valen para rotularlo como inconstitucional y, aun, de *diabólico*.

II. EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Los fenómenos criminales enmarcados dentro de los delitos de corrupción pública son, indubitadamente, un lastre que padecen diversas sociedades de todas las latitudes del mundo⁽¹⁾. Es por ello que la lucha contra la corrupción constituye un objetivo que cuenta con un reconocimiento constitucional (artículos 40 y 41 de la Constitución Política del Perú), en el entendido de que los efectos de este flagelo generan un serio perjuicio para el respeto y la garantía de valores y bienes jurídico-constitucionales indispensables para la vigencia efectiva de las normas constitucionales y los derechos fundamentales en ella reconocidos⁽²⁾.

El hecho punible de enriquecimiento ilícito “es aquel comportamiento mediante el cual una o varias personas de manera directa o por terceros obtienen para sí o para otro, **incremento patrimonial no justificado**, derivado de una u otra forma de actividades ilícitas”⁽³⁾.

Este evento delictivo se caracteriza por detectar, en un funcionario o servidor público, un desbalance patrimonial, debido al aumento de su patrimonio a través de una fuente ilícita, es decir, que no tenga un origen económico (comercial, financiero, etcétera) legal.

Asimismo, resulta menester indicar que, en el segundo párrafo de su artículo 41, la Constitución Política de 1993 nos brinda un marco para este

-
- (1) Incluso en los países en cuyas legislaciones no está tipificado el delito de enriquecimiento ilícito (por ejemplo, España), este se ha vuelto una preocupación y motivo de reflexión para generar distintas corrientes de opinión favorables o contrarias a su punición. Ver: BLANCO CORDERO, Isidoro. “El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos”. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)* N° 19. Universidad de Granada. Granada. 2017; y ASENSIO MELLADO, José María. “El delito de enriquecimiento ilícito”. En: *El Notario del Siglo XXI*. N° 32. Madrid. 2010.
 - (2) HUERTA GUERRERO, Luis. “Prevención y sanción de la corrupción: una perspectiva constitucional”. En: *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*. Idehpucp. Lima. 2012, pp. 189-190.
 - (3) SABOGAL QUINTERO, Moisés. *El enriquecimiento ilícito, el lavado de activos, el testaferro y la extinción de dominio en Colombia (Dogmática penal, jurisprudencia, doctrina y nuevo código de extinción de dominio)*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2014, p. 23.

tipo penal, siendo uno de los pocos delitos expresamente previstos en el texto constitucional:

Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial.

A nivel legislativo, este ilícito criminal se encuentra regulado en el artículo 401 del Código Penal, bajo el siguiente tenor normativo:

Artículo 401 (Enriquecimiento ilícito)

El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, **incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos** será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 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.

En primer término, resulta conveniente destacar que el delito de enriquecimiento ilícito objetivamente se perfecciona cuando el funcionario o servidor público, abusando del cargo que desempeña al interior de la administración pública, incrementa ilícitamente su patrimonio⁽⁴⁾.

(4) SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 4ª edición. Grijley. Lima, 2016, p. 706.

Se percibe que, con esta clase de conductas, el valor social o **bien jurídico** que se vulnera es el correcto funcionamiento de la Administración Pública; en concreto, la probidad, integridad, transparencia y veracidad en el ejercicio de las funciones públicas.

En lo particular, debemos destacar que la frase “abusando de su cargo” hace alusión a que el funcionario o servidor se aprovecha indebidamente de su cuota de poder: se vale y utiliza su puesto para lucrar con él. Tal es la vinculación causal necesaria entre el dato objetivo del acrecentamiento patrimonial con la imputación penal por el tipo de enriquecimiento ilícito. El funcionario hace valer su cargo para obtener bienes que acrecientan su patrimonio mediante comportamientos que no han sido declarados judicialmente delictivos⁽⁵⁾.

En tal medida, el delito de enriquecimiento ilícito es un *tipo penal residual*. Se imputa un desbalance patrimonial precisamente porque no se han descubierto indicios de otros delitos que expliquen ese incremento patrimonial (concusión, peculado, cohecho, etcétera). Si hubiese tales indicios de esos otros delitos: (1) Los cargos solo tendrían que ser por dichos otros tipos y ya no por enriquecimiento ilícito, y (2) Si se imputasen esos otros delitos y, además, enriquecimiento ilícito, se estaría valorando un mismo incremento patrimonial dos veces, lo cual está vedado por la llamada *prohibición de exceso*⁽⁶⁾.

En consecuencia, no se puede exigir, para la configuración de este evento delictivo, que se precise o identifique el injusto penal previo que suscitó el incremento patrimonial, indistintamente del estadio procesal en que se encuentre una causa penal por el evento delictivo de enriquecimiento ilícito, debido a que esto comportaría una doble incriminación en virtud a una misma situación delictiva; además, se vulneraría el carácter dogmático subsidiario del delito de enriquecimiento ilícito.

III. ¿EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO SE INVIERTE LA CARGA DE LA PRUEBA?

1. En torno a la *carga de la prueba* en el proceso penal

Conviene recordar que el tópico de *la carga de la prueba*, en el proceso penal, aterriza en el análisis del *principio acusatorio*, debido a que una de las manifestaciones o contenidos que este ostenta versa sobre las actividades

(5) ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. 2° edición. Nomos & Thesis. Lima, 2017, p. 415.

(6) CHINCHAY CASTILLO, Alcides Mario. “Enriquecimiento ilícito: de pica, de rabia y pena”. En: *Anuario Alerta Informativa 2013*. Lima, 2013, pp. 165-166.

que deben realizar los sujetos procesales (en particular, el Ministerio Público) sobre la acreditación del hecho delictivo.

El principio acusatorio es un principio estructural del proceso penal, que ayuda a definir la configuración del objeto procesal. Como todo principio, irradia dentro de este un mandato de optimización que busca realizarse en lo máximo posible, dado que lo esencial de este, en el proceso penal, es definir las funciones que deben desempeñar los sujetos procesales.

En ese contexto, la base normativa de este principio la encontramos en el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004, cuyo tenor literal prescribe lo siguiente:

Artículo IV (Titular de la acción penal)

1. El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el **deber de la carga de la prueba**. Asume la conducción de la investigación desde su inicio, decidida y proactivamente en defensa de la sociedad.
2. El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional.
3. Los actos de investigación que practica el Ministerio Público o la Policía Nacional no tienen carácter jurisdiccional. Cuando fuera indispensable una decisión de esta naturaleza la requerirá del órgano jurisdiccional, motivando debidamente su petición.
4. El Ministerio Público en el ejercicio de sus funciones debe tener en cuenta la organización administrativa y funcional de la Policía Nacional de conformidad con sus leyes y reglamentos.

El principio acusatorio ostentaría tres manifestaciones esenciales: i) Atribución de la investigación y del juicio a distintos órganos públicos; ii) Distribución de funciones de investigar-acusar y decisión —*Nemo iudex sine actore*—, y iii) La congruencia procesal.

Bajo un criterio propedéutico para la consecución de los fines del presente texto, nos ocuparemos de la segunda y principal manifestación: *distribución de funciones de investigación-acusación y decisión*. ¿En qué consiste investigar y acusar? ¿Quién debe investigar y acusar?

Bajo esta dimensión del principio acusatorio, se informa que le corresponde al Ministerio Público el *deber* de investigar y, por tanto, de recabar los elementos de prueba que le permitan acreditar la realización de un hecho delictivo y la intervención en este de una persona, en la condición de autor o partícipe; y, al organismo jurisdiccional, resolver el conflicto de interés de contenido penal, dirigiendo el debate probatorio y apreciando la información que se desprenda de este, mediante una sentencia absolutoria o condenatoria.

Cubas Villanueva destaca que, en virtud del principio acusatorio, se reconoce nítidamente la separación de funciones para el desarrollo del proceso penal: al Ministerio Público le corresponde la función requirente, la función persecutoria del delito; por ello, es titular del ejercicio de la acción penal pública y de la carga de la prueba⁽⁷⁾.

Ahora bien, la Constitución Política de 1993, en el artículo 159, incisos 3, 4 y 5, nos expresa que le corresponde al Ministerio Público: “representar en los procesos judiciales a la sociedad”; “conducir, desde su inicio, la investigación del delito (...)”; y “ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte”. Esta base normativa sirve de parámetro general para concretizar el mandato constitucional a nivel legal, en lo previsto en el artículo IV, inciso 1, del Código Procesal Penal de 2004:

El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el **deber de la carga de la prueba**. Asume la conducción de la investigación desde su inicio, decidida y proactivamente en defensa de la sociedad. (El énfasis es nuestro).

En ese sentido, además de las fuentes normativas constitucionales y legales que amparan el concepto de *carga de la prueba* en el proceso penal, consideramos que, al existir un derecho fundamental a la *presunción de inocencia* –que ostenta toda persona a quien se desea investigar, procesar y sancionar como autor de un ilícito penal–, en contrapartida, existe el *deber* de desbaratar este estado de inocencia con suficientes medios de prueba por parte del sujeto procesal legitimado, en este caso, por el Ministerio Público.

Bajo esta línea de razonamiento, existe una serie de sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia. Así, el Recurso de Nulidad N° 897-2014-Lima, del 09 de diciembre de 2014, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en su considerando jurídico tercero indica que:

(7) CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación*. 2da edición. Palestra Editores. Lima, 2015, p. 35.

3.1. (...) es menester señalar que, es el Estado a través del Ministerio Público quien tiene por **responsabilidad el acreditar y demostrar de manera fehaciente, a través de la actividad probatoria y, de las pruebas de cargo, los extremos de su acusación fiscal**, desarrolladas y ofrecidas necesariamente ante un juez penal, quien debe llegar a una convicción, en grado de certeza, para arribar a la construcción de una sentencia condenatoria; de lo contrario, de no darse este presupuesto, debería expedirse una sentencia cuyo contenido sea absolutorio, al mantenerse incólume e inquebrantable el derecho de presunción de inocencia que toda persona tiene cuando ingresa a un proceso penal (...)⁽⁸⁾. (El énfasis es nuestro).

Ahora bien, en el proceso penal peruano podemos percibir que, el artículo 349 del Código Procesal Penal de 2004, establece el contenido de la acusación en los siguientes términos normativos:

Artículo 349 (Contenido)

1. La acusación fiscal será debidamente motivada, y contendrá:
 - a) Los datos que sirvan para identificar al imputado, de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 88;
 - b) La relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos;
 - c) **Los elementos de convicción que fundamenten el requerimiento acusatorio;**
 - d) La participación que se atribuya al imputado;

(8) En ese mismo sentido, identificamos la ejecutoria suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1123-2014-Lima, del 14 de enero de 2016, emitido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en cuyo considerando jurídico cuarto estableció:

Cuarto: Que el principio acusatorio constituye una garantía fundamental de la imparcialidad del órgano jurisdiccional, propio de un Estado Democrático de Derecho, siendo una de sus características esenciales la distribución de las funciones de acusación y decisión; por ello, la norma constitucional en el inciso cinco, de su artículo ciento cincuenta y nueve, atribuye como función al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal, en concordancia con el artículo once del Decreto Legislativo N° 052 -Ley Orgánica del Ministerio Público-; es decir, tiene función persecutora del delito, **que consiste en buscar, analizar y presentar las pruebas** que acrediten la responsabilidad o irresponsabilidad penal de los imputados, y solicitar la aplicación de la pena pertinente, de ser el caso. (El énfasis es nuestro).

- e) La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurran;
- f) El artículo de la Ley penal que tipifique el hecho, la cuantía de la pena que se solicite y las consecuencias accesorias;
- g) El monto de la reparación civil, los bienes embargados o incautados al acusado, o tercero civil, que garanticen su pago, y la persona a quien corresponda percibirlo; y,
- h) **Los medios de prueba que ofrezca para su actuación en la audiencia. En este caso presentará la lista de testigos y peritos, con indicación del nombre y domicilio, y de los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones o exposiciones. Asimismo, hará una reseña de los demás medios de prueba que ofrezca. (...)**. (Énfasis añadido).

San Martín Castro explica que la aportación y comprobación de los hechos es un deber u obligación constitucionalmente impuesta, que incumbe al Ministerio Público (STC N° 6167-2005-HC/TC, fundamento jurídico 25) y a la Policía Nacional –la investigación de oficio es propia de la etapa de investigación preparatoria–, conforme consta en los arts. 61.2 y 67.1 NCPP. Ambos órganos del Estado deben investigar las conductas presuntamente delictivas, a través de una multiforme actividad investigativa, regulada legalmente y con una fuerte relevancia de interés público. Una vez incoada la inculpación formal –en la que tiene un rol importantísimo el informe policial (art. 332 NCPP)– y, posteriormente, con motivo de la formulación de la acusación –siempre que haya *materia criminis*– (art. 349.1-2 NCPP), corresponde al fiscal introducir no solo los hechos y las circunstancias fácticas con relevancia penal –sin excluir ningún elemento fáctico relevante y siempre que hayan sido determinados en la investigación preparatoria (art. 349.2 NCPP)– sino, también, los medios probatorios al proceso, bajo estricto control jurisdiccional, todo lo cual se ha de materializar en la etapa intermedia⁽⁹⁾.

Ahora bien, resulta menester precisar que existen otras dos categorías procesales que se enmarcan dentro de la discusión de acreditación de hechos en el proceso penal: la *inversión de la carga de la prueba* y la *carga dinámica de la prueba*.

(9) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. INPECCP y CENALES. Lima, 2015, p. 61.

La primera de estas se fija en un dispositivo legal (en el mismo tipo penal), prescribiendo un deber de corroboración a quien se le atribuya un hecho delictivo (investigado, imputado, acusado, etcétera). En ese escenario, el mismo sujeto a quien se le imputa el delito debe acreditar un elemento negativo del mismo tipo penal que excluya su configuración típica. En la legislación peruana no existe, hasta la fecha, ningún evento delictivo que prevea una inversión de la carga de la prueba (verbigracia: los casos de lavado de activos no comportan una *inversión de la carga de la prueba* porque, legalmente, no se le obliga al imputado presentar medios de prueba para excluir su responsabilidad penal).

En cambio, la *carga dinámica de la prueba* es una institución que consiste en la actividad probatoria que desarrolla el imputado, a partir de las afirmaciones de hecho que realiza sobre alguna causal que lo exima de responsabilidad penal. En ese contexto, el acusado presenta medios probatorios para justificar sus argumentos exculpatorios (por ejemplo, en los casos de lavado de activos, donde, a partir del acervo probatorio postulado por el Ministerio Público, la defensa, tras afirmar que no posee un desbalance contable, en virtud de sus facultades probatorias –derecho defensa–, decide presentar una pericia contable de parte).

2. Sobre la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito

Debemos señalar que, en la construcción dogmática del tipo penal de enriquecimiento ilícito, en la legislación peruana no se prevé, mucho menos se exige, que el funcionario o servidor público no pueda o sepa sustentar o justificar su incremento patrimonial; no es esta situación un elemento positivo del delito.

Distinta es la situación en el Derecho convencional, donde se percibe, normativamente, un deber u obligación del funcionario en justificar razonablemente el incremento significativo de su patrimonio. Así, tenemos lo siguiente:

- a) Artículo IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción (29 de marzo de 1996):

Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho, adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones **y que no pueda ser razonablemente justificado por él.** (El énfasis es nuestro).

- b) Artículo 20° de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Convención de Mérida, de 2003):

Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos **que no pueda ser razonablemente justificado por él.** (El énfasis es nuestro).

En esa misma línea normativa, en clave de Derecho comparado, percibimos que el Código Penal de la Nación Argentina, en su artículo 282 (2), prescribe que:

Artículo 268 (2)

Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del enriquecimiento, e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, **no justifiare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial** apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos (2) años después de haber cesado en su desempeño.

Se entenderá que hubo enriquecimiento no solo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban.

La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho. (El énfasis es nuestro).

Bajo estos marcos normativos internacionales, lo tipificado en los tipos penales de enriquecimiento ilícito no solo consiste en el incremento ilícito del patrimonio de un funcionario o servidor público, sino que, además, el hallazgo de esta situación patrimonial no puede ser justificada con los ingresos lícitos del funcionario; es decir, *la no justificación de la procedencia del patrimonio incrementado es un elemento objetivo-normativo del evento delictivo de enriquecimiento ilícito.* En consecuencia, en la experiencia convencional y comparada, se presenta una *inversión de la carga de la prueba*, toda vez que el imputado por este ilícito penal deberá justificar razonablemente, a través de elementos de prueba válidos, el incremento patrimonial desmesurado.

No obstante, si bien es cierto que los conceptos internacionales deben utilizarse como herramienta de interpretación de los tipos penales previstos en la legislación peruana, dado que “[l]os tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” (artículo 55° de la Constitución y IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución) y son Derecho vigente, este mecanismo de labor exegética no debe forzar la naturaleza dogmática del ilícito penal. Es decir, de conformidad con el principio de legalidad, si es que el tipo penal no se ha adecuado expresamente a la literalidad y a todos los componentes típicos previstos en la legislación convencional, no se tiene por qué exigir que siga con el mismo tratamiento dogmático-penal al hecho punible⁽¹⁰⁾.

Ahora bien, en la jurisprudencia penal peruana, se percibe que la Casación N° 953-2017-Lima, del 17 de agosto de 2018, expedida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en su fundamento jurídico 5.5., estableció que:

5.5. Las fuentes internacionales (...), hacen mención a la naturaleza del delito de enriquecimiento ilícito, y nos muestra de **un modo relativo la inversión de la carga de la prueba**. En donde la carga de probar, está circunscrita a demostrar la existencia del incremento patrimonial de un funcionario público, cuando son muy superiores a los que regularmente hubiera podido alcanzar como resultado de sus ingresos legítimos; **y es a partir de ese instante**, en que se **invierte la carga de la prueba**, correspondiendo al funcionario el deber de acreditar que ese incremento desmesurado, ha tenido una causa justificada lícita. (El énfasis es nuestro).

Consideramos correcta la descripción de los momentos de actividad corroborativa en el delito de enriquecimiento ilícito expuestos en la casación en referencia; sin embargo, el empleo de las categorías probatorias resulta errado. En realidad, en este ilícito penal no se presenta una inversión de la carga de la prueba (ni relativa ni absoluta), sino la utilización de las *cargas dinámicas de la prueba*, toda vez que, a partir de una previa actividad indagatoria y probatoria del Ministerio Público que corrobora la existencia de un incremento ilícito en el patrimonio del funcionario o servidor público respecto de sus ingresos legítimos, el imputado –a través de su defensa técnica– decide postular y actuar medios de prueba para desbaratar la ilicitud de su incremento

(10) Debemos indicar que distinta es la situación con las normas de carácter adjetivo como las relacionadas la imprescriptibilidad de los delitos o las disposiciones de carácter penitenciario como la prohibición de beneficios.

patrimonial, justificando su existencia en mérito a fuentes de ingreso económicas legítimas.

3. Sobre el indicio de ilicitud en el delito de enriquecimiento ilícito

Resulta conveniente recordar que el artículo 401 del Código Penal, en su último párrafo, prescribe una regla de tratamiento procesal en el siguiente sentido:

Artículo 401 (Enriquecimiento ilícito)

(...)

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. (El énfasis es nuestro).

Debemos señalar que este indicio de ilicitud no es un elemento normativo ni descriptivo del delito de enriquecimiento ilícito. El indicio previsto en este precepto legal es cuestión procesal asociada al indicio de enriquecerse, mas no un elemento normativo o descriptivo del tipo penal, por lo que no puede sostenerse que tenga incidencia sustantiva.

Resulta pertinente indicar que, bajo la misma línea de pensamiento descrita *ut supra*, la Casación N° 782-2015-Del Santa, del 06 de julio de 2016, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en el fundamento jurídico 12, ha indicado que:

(...) el aumento del patrimonio o del gasto del funcionario público son indicios de enriquecimiento ilícito. Esta parte del tipo penal no configura la conducta típica, lo que ha hecho es introducir como indicio notable el incremento del patrimonio o el gasto del funcionario (...).

En ese sentido, este *indicio* tampoco involucra una *inversión de la carga de la prueba*, debido a que, en primer término, conceptualmente, un indicio no recae directamente sobre los elementos constitutivos del tipo penal, sino sobre circunstancias o situaciones que, de manera concomitante o por su pluralidad, permitan colegir la existencia de algún componente del delito. En segundo lugar, la existencia de este indicio resulta a partir de una actividad investigativa y postulatoria —a nivel de probanza— del Ministerio Público, titular de

la acción de la penal y, por ende, de la carga de la prueba. Las actividades procesales posteriores al descubrimiento y corroboración de este indicio que despliegue el imputado no son más que expresión de la vigencia de su derecho a la defensa (en su dimensión del derecho a la prueba).

IV. CONCLUSIONES

- Se debe vincular la imputación por enriquecimiento ilícito a la función pública desempeñada por el sujeto activo de delito. Sin embargo, no se puede exigir al Ministerio Público que demuestre los actos delictivos específicos (concusión, cohecho, peculado, etc., con fechas y lugares) que llevaron al incremento patrimonial, pues, si tal cosa ocurriera, tendría que imputar solo esos actos originarios (concusión, cohecho, peculado, etc.) y no enriquecimiento ilícito; de lo contrario, vulneraría el carácter residual del delito de enriquecimiento ilícito.
- El delito de enriquecimiento ilícito consiste en la identificación de una situación de incremento ilícito del patrimonio del funcionario o servidor público –por parte del Ministerio Público–, en virtud de una previa actividad indagatoria y acreditativa de carácter incriminatorio del órgano persecutor del delito.
- *La no justificación del incremento patrimonial* no es un elemento constitutivo del delito de enriquecimiento ilícito. En consecuencia, no existe una obligación del imputado de acreditar sus fuentes financieras o económicas lícitas, mas, si este lo realiza, no se presenta una inversión de la carga de la prueba, sino una *carga dinámica de la prueba*, a través del ejercicio legítimo de su derecho a ofrecer prueba.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ASECIO MELLADO, José María. “El delito de enriquecimiento ilícito”. En: *El Notario del Siglo XXI*. N° 32. Madrid, 2010.
- BLANCO CORDERO, Isidoro. “El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos”. En: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología (RECPC)* N° 19. Universidad de Granada. Granada. 2017.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación*. 2da edición. Palestra Editores. Lima, 2015.

- CHINCHAY CASTILLO, Alcides Mario. “Enriquecimiento ilícito: de pica, de rabia y pena”. En: *Anuario Alerta Informativa 2013*. Lima, 2013.
- HUERTA GUERRERO, Luis. “Prevención y sanción de la corrupción: una perspectiva constitucional”. En: *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*. Idehpucp. Lima, 2012.

TERCERA PARTE

CORRUPCIÓN Y *COMPLIANCE*

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS EMPRESAS COMO MECANISMO PARA LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN PÚBLICA EN PERÚ

PIERO ALONSO MORI SÁENZ^(*)

I. INTRODUCCIÓN

La corrupción es uno de los problemas más antiguos y permanentes en la historia de la humanidad⁽¹⁾. Sin embargo, las características y factores que la rodean se han visto modificados desde finales del siglo XX hasta la actualidad, cuando la mayoría de los casos de gran corrupción cometidos en distintos países son consecuencia de la intervención de grandes empresas, que suelen tener a los pagos de sobornos a funcionarios públicos nacionales y extranjeros como opción predilecta para obtener licitaciones públicas⁽²⁾.

Debido a la frecuente vinculación de las empresas con actos de corrupción en los ámbitos público y privado, la comunidad internacional inició una tendencia que consiste en involucrar jurídicamente a las empresas en la lucha contra la corrupción desde la promulgación del instrumento internacional de la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA)⁽³⁾, que “prohibió a las empresas pagar sobornos a autoridades de países extranjeros con el fin de ganar contratos o lograr acceso a mercados en otros Estados”⁽⁴⁾. En esta línea, el ordenamiento jurídico peruano se alineó a esta tendencia internacional al introducir un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas –aunque la naturaleza jurídica del tipo de responsabilidad tenga el *nomen iuris* ‘admi-

(*) Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ex coordinador general del Taller de Dogmática Penal (UNMSM).

(1) ABOSO, Gustavo Eduardo, *Responsabilidad penal de la empresa y corrupción pública. Estudio sobre responsabilidad penal de la empresa en la participación de delitos de corrupción nacional y transnacional*, Editorial BdeF, Buenos Aires, 2018, p. 5.

(2) ABOSO, Gustavo Eduardo, *op. cit.*, p. 88.

(3) SANCLEMENTE-ARCINIEGAS, Javier, “Compliance, empresas y corrupción: una mirada internacional”. En: *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, N° 5 (septiembre-diciembre), 2017, pp. 10-11, 15-17; GARCIA CAVERO, Percy, “Anticorruption Compliance en la legislación peruana”. En: KUBICIEL, Michael y CARRIÓN ZENTENO, Andy (dirs.), *Corrupción, compliance y responsabilidad penal de la empresa. Un análisis comparado*, Editores del Centro, Lima, 2020, pp. 69-71.

(4) SANCLEMENTE-ARCINIEGAS, Javier, *op. cit.*, pp. 10-11.

nistrativa’ – a través de un catálogo cerrado de delitos; entre ellos, los delitos de corrupción, mediante la promulgación de la Ley N° 30424. Al respecto, ciertamente el referido cuerpo normativo ha sido dirigido primordialmente a las empresas del sector privado⁽⁵⁾. De esta manera, el legislador peruano les asigna una incumbencia de contribuir a la prevención de delitos cometidos en su seno⁽⁶⁾, mediante la implementación de un programa de cumplimiento normativo en materia penal.

En este sentido, el legislador peruano ha estimado conveniente no solamente sancionar a las personas jurídicas por la comisión de ciertos delitos de corrupción, sino también incentivarlas a que canalicen sus esfuerzos en implementar medidas de prevención y detección de delitos desarrollados dentro de su organización, a fin de evitar los efectos lesivos producidos por la comisión de dichos actos⁽⁷⁾ e impulsar el descubrimiento de ilícitos penales. Sin embargo, a pesar de la efectiva introducción de un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de corrupción en nuestro Derecho positivo, cabe cuestionarnos la idoneidad de nuestra regulación legal para incentivar a las empresas a que implementen dichas medidas.

Cabe señalar que, para efectos del presente artículo académico, únicamente trataremos la responsabilidad penal de las empresas privadas como mecanismo anticorrupción, sin hacer referencia a las empresas que posean naturaleza público-privada u organismos gubernamentales y a la posibilidad de concebir un *compliance* público.

Para responder las interrogantes mencionadas, analizaremos, en primer lugar, la vinculación del fenómeno de la corrupción pública y el desarrollo de la actividad económica de la empresa, así como por qué las estrategias político-criminales para la lucha contra la corrupción deben tener en cuenta la actuación de las empresas en la comisión de actos de corrupción. En segundo lugar, estableceremos las características esenciales del sistema de responsabilidad

(5) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en Perú: ¿Mito o realidad?”, En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 32, 2018, p. 43. Recuperado de <<https://bit.ly/3BCLkyy>>.

(6) Respecto de la incumbencia de las empresas en contribuir a la prevención de prácticas corruptas, véase GARCÍA CAVERO, Percy, “*Anticorruption Compliance* en la legislación peruana”, *op. cit.*, p. 69; PALOMINO RAMÍREZ, Walter y MADRID VALERIO, Cecilia, “La contención de los delitos de cohecho a través de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas de cumplimiento”. En: GARCÍA TORRES, Romy Victoria y MARTINEZ PACHAS, Josselyn Marjorit (coords.), *Delitos de corrupción de funcionarios públicos: doctrina y jurisprudencia*, Instituto Pacífico, Lima, 2021, p. 186.

(7) SÁNCHEZ-MÁLAGA, Armando, “Prevención de riesgos y dinámica empresarial: apuntes acerca de los modelos de prevención de la corrupción”. En: CHANJAN, Rafael y MONTTOYA, Iván (coords.), *Sistema penal y corrupción*, Ius et Veritas, Lima, 2022, p. 45.

penal de las empresas como mecanismo eficaz para la lucha contra la corrupción y su eficacia en nuestro país.

II. UN ESBOZO SOBRE LA RELACIÓN ENTRE LA CORRUPCIÓN PÚBLICA Y LAS EMPRESAS

Dos son las afirmaciones más comunes en los trabajos especializados sobre el fenómeno de la corrupción. Primero, la doctrina mayoritaria señala que es complicado establecer qué se entiende por el término *corrupción* y, como consecuencia de ello, que no existe un concepto unívoco de dicho fenómeno⁽⁸⁾. La mencionada afirmación es fácilmente corroborable al momento de observar un sinnúmero de definiciones de qué se entiende por *corrupción*, no solamente en el ámbito jurídico, sino también en otras ramas de conocimiento que se abocan al estudio de dicho fenómeno, tales como la sociología o la criminología⁽⁹⁾. Por supuesto que, a pesar de la falta de consenso doctrinal en la definición de dicho fenómeno, no podemos renunciar a la labor de establecer una definición operativa que nos sirva como base de una política criminal anticorrupción eficaz dentro de los límites del Estado de Derecho⁽¹⁰⁾, a fin de asegurar su éxito y legitimidad⁽¹¹⁾. A favor de dicho cometido, cabe señalar que dicho concepto nos ayudaría a identificar las clases de conductas que el Estado pretende prevenir, procesar y sancionar; y, a partir de ello,

- (8) NEIRA PENA, Ana María, “Colaboración público-privada como estrategia para combatir la corrupción: el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas de prevención delictiva”. En: PUENTE ABA, Luz María (dir.), *Proyección de la corrupción en el ámbito penal: análisis de una realidad transversal*, Editorial Comares, Granada, 2017, p. 93; CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo, “Análisis criminológico y político criminal de la corrupción”. En: MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (dir.), *La Corrupción: Criminología, derecho penal parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal*, Editores del Centro, Lima, 2020, p. 46; TORRES PACHAS, David Ricardo, “Corrupción: un concepto dinámico”. En: MONTOYA VIVANCO, Yván y TORRES PACHAS, David (coords.), *Revista de Derecho Penal Iter Criminis: El delito de lavado de activos*, N° 1, 2021, Lima, p. 277; BERENGUER PASCUAL, Sergio, *El delito de corrupción en los negocios*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, pp. 56-57.
- (9) CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo, *op. cit.*, pp. 46-47. Respecto del carácter polisémico del concepto *corrupción*, véase TORRES PACHAS, David Ricardo, *op. cit.*, pp. 277-278; BERENGUER PASCUAL, Sergio, *op. cit.*, p. 56.
- (10) GALAIN PALERMO, Pablo, “Los problemas de una política criminal de lucha contra la corrupción política mediante el castigo del abuso de la función. ¿Una estrategia exclusivamente uruguaya?”. En: *Política Criminal: Revista electrónica semestral de políticas públicas en materias penales*, vol. 16, N° 32, 2021, pp. 747, 751. Asimismo, nuestro Tribunal Constitucional, en concordancia con los FFJJ 11 y 5 de los Exp. N° 006-2006-PCC/TC y Exp. N° 2641-2012-PHC/TC, respectivamente, ha indicado que la lucha contra la corrupción debe ser realizado respetando valores y principios constitucionales.
- (11) AMBOS, Kai y URQUIZO, Gustavo, “Corrupción punible y acuerdo ilícito: una aproximación a la noción de *Unrechtsvereinbarung*”. En: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel y FUCHS, Marie-Christine (eds.), *Corrupción y Derecho penal: prevención, investigación y sanción. Estudio comparado*, Tirant lo Blanch, Bogotá, 2021, p. 90.

reconocer cuáles son las medidas idóneas para alcanzar dicho propósito⁽¹²⁾, como, por ejemplo, la introducción de un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas⁽¹³⁾.

Y, segundo, la doctrina jurídica suele caracterizar la corrupción como un fenómeno complejo, puesto que incide negativamente en el sistema jurídico, social, político y económico de los Estados⁽¹⁴⁾. No obstante, cabe señalar que su complejidad también se manifiesta en su vinculación con otros fenómenos igual de complejos, como la criminalidad empresarial⁽¹⁵⁾. El punto en común entre estos fenómenos –inclusive, con otros fenómenos como la criminalidad organizada– es la utilización de las estructuras empresariales como el medio más empleado para la comisión de delitos⁽¹⁶⁾. Ciertamente, las peculiaridades que introduce la participación de las empresas en la comisión de hechos delictivos, así como las dificultades de carácter dogmático, político-criminales y criminológicos que plantean⁽¹⁷⁾, vienen a socavar las estructuras tradicionales de imputación y a acrecentar las incertidumbres presentes en el estudio del fenómeno de la corrupción.

Con la finalidad de dotar de claridad teórica a la relación entre ambos fenómenos, es pertinente determinar la incidencia de las empresas en la configuración del fenómeno de la corrupción mediante el análisis de sus características y la forma en que aquellas juegan un papel en esta –en especial, en la corrupción pública–, a fin de postular una definición operativa de *corrupción* que comprenda a todos los agentes involucrados, así como advertir los efectos que genera dicho fenómeno en el desarrollo de la actividad empresarial y en el orden social.

Con relación al primer punto de análisis, a partir de las diversas contribuciones elaboradas por la doctrina, podemos sostener que tres son los elementos comunes a las diversas manifestaciones del fenómeno de la corrupción⁽¹⁸⁾:

(12) VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald, *Delitos contra la administración pública: Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*, Editores del Centro, Lima, 2021, pp. 43-45, 88; MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto, *Delito de colusión*, Editores del Centro, Lima, 2019, p. 63.

(13) Al respecto, véase VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald, *op. cit.*, pp. 54-58.

(14) GALAIN PALERMO, Pablo, *op. cit.*, p. 747.

(15) TORRES PACHAS, David Ricardo, *op. cit.*, p. 281.

(16) PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español. A propósito de los programas de cumplimiento normativo como instrumentos idóneos para un sistema de justicia penal preventiva*, Editorial Comares, Granada, 2017, p. 13.

(17) Al respecto, véase CAMARENA ALIAGA, Gerson Wilfredo, “Breves reflexiones sobre la pretendida autonomía científica del Derecho penal económico”. En: Taller de Dogmática Penal (coords.), *Estudios de dogmática penal y Derecho Penal económico y de la empresa*, Editorial Ideas, Lima, 2019, pp. 342-343.

(18) Entre cada autor, se puede reconocer, en mayor o menor medida, acuerdos sobre los elementos comunes al injusto de la corrupción. Solamente por citar algunos autores, véase NEIRA PENA, Ana María,

i) el abuso de una posición de poder, ii) el ofrecimiento de una ventaja indebida, y iii) la intervención de por lo menos dos agentes (funcionario público y particular).

Al respecto, es pertinente señalar algunas precisiones sobre dichos elementos. Con relación al primero, se entiende que el funcionario público debe aprovecharse de la posición que le ha encargado la Administración Pública para que actúe en interés de la ciudadanía⁽¹⁹⁾. Respecto del segundo, la ventaja ofrecida por el particular debe ser el motivo para que el funcionario público actúe en contra de los intereses de la Administración Pública y, así, anteponga su interés personal⁽²⁰⁾. Y, en cuanto al último, los actos de corrupción constan de un acuerdo de intercambio de ventajas o prestaciones entre el funcionario público y el particular⁽²¹⁾. Asimismo, respecto de la intervención del particular en dicho acuerdo, tradicionalmente se comprende solamente la participación de personas naturales —por ejemplo, un individuo que ofrezca un soborno— dentro de dicho concepto.

En este sentido, entendemos que la corrupción pública es aquel abuso de poder por parte de un funcionario o servidor público a cambio de una ventaja indebida ofrecida por un particular para aprovecharse de la posición de poder que ostenta el primero.

En el marco de los casos paradigmáticos de corrupción pública, comúnmente se entiende que los actos de corrupción conllevan la intervención de un funcionario público y un particular que otorga una ventaja indebida⁽²²⁾. Teniendo en cuenta el contexto en el que se desarrollan los actos de corrupción pública, podemos señalar la concurrencia de cada uno de los elementos anteriormente mencionados, esto es, la realización de una conducta relativa a la función encomendada al funcionario público (agente corrupto), que contradice los intereses de la Administración Pública, a cambio de recibir

op. cit., p. 94; VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald, *op. cit.*, pp. 92-93; EDUARDO ABOSO, Gustavo, *op. cit.*, p. 6; KINDHÄUSER, Urs, “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”. En: *Política Criminal: Revista electrónica semestral de políticas públicas en materias penales*, N° 3, 2007, p. 6; ROTSCH, Thomas, “Corrupción y compliance”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 32, 2018, pp. 243-245. Recuperado de <<https://bit.ly/3uZVjfw>>; GARCÍA ARROYO, Cristina, *El delito de cohecho subsiguiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 23-26.

(19) GARCÍA ARROYO, Cristina, *op. cit.*, p. 25; MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto, *op. cit.*, p. 64; VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald, *op. cit.*, p. 92.

(20) GARCÍA ARROYO, Cristina, *op. cit.*, p. 26; KINDHÄUSER, Urs, *op. cit.*, p. 6; CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo, *op. cit.*, pp. 50-51.

(21) GARCÍA ARROYO, Cristina, *op. cit.*, pp. 22-23; VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald, *op. cit.*, pp. 92-93; ABOSO, Gustavo Eduardo, *op. cit.*, p. 6.

(22) ABOSO, Gustavo Eduardo, *op. cit.*, p. 6.

una ventaja indebida de parte de un tercero (agente corruptor), que busca la realización de sus intereses individuales en la decisión del funcionario; produciéndose así una situación de conflicto de intereses entre el interés general y los intereses del particular⁽²³⁾.

Cabe preguntarse lo siguiente: ¿la ejemplificación anteriormente descrita tiene en cuenta a todos los agentes involucrados usualmente en los actos de corrupción pública? Desde nuestra perspectiva, no⁽²⁴⁾, puesto que prescinde del papel que ejercen las empresas en los actos de corrupción. Para sostener ello es primordial, en principio, advertir que las empresas han adquirido gran importancia en las sociedades modernas como agentes sociales y económicos⁽²⁵⁾. Estas no solamente juegan un papel positivo en el progreso social y económico de las sociedades modernas, sino que también “resulta innegable que las empresas desempeñan un papel fundamental, tanto en la corrupción a funcionarios públicos, como en la corrupción entre particulares”⁽²⁶⁾ y, para comprobar ello, basta observar los casos de gran corrupción acontecidos desde los inicios del siglo XXI, que involucraron pagos de sobornos por parte de directivos y colaboradores de empresas multinacionales a funcionarios públicos de distintos países alrededor del mundo como estrategia para conquistar al mercado y superar a las demás empresas competidoras⁽²⁷⁾. Vale recordar dos de los casos más famosos: el caso Siemens y el caso Odebrecht. Por su parte, la empresa alemana Siemens institucionalizó el pago de sobornos a funcionarios públicos extranjeros como manera de asegurar su competitividad en el mercado y, así, conseguir una gran cantidad de contratos millonarios en distintos países en todo el globo⁽²⁸⁾. Y, por otro lado, la empresa brasileña Odebrecht realizó —entre otros delitos, como el delito de lavado de activos— pagos a funcionarios nacionales y extranjeros —entre ellos, funcionarios peruanos— que

(23) En particular, véase RUSCA, Bruno, “¡Feliz cumpleaños, señor funcionario! Sobre la justificación de la criminalización de la aceptación y el ofrecimiento de regalos en el ámbito de la Administración pública”. En: *Revista Direito GV*, vol. 17, n.º 1, 2021, pp. 7-8, 14-15.

(24) En similar sentido, CARRIÓN ZENTENO, Andy, *op. cit.*, pp. 204-205.

(25) FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, Editorial Reus, Madrid, 2007, p. 126.

(26) NEIRA PENA, Ana María, *op. cit.*, p. 94.

(27) CHANJAN DOCUMET, Rafael, “Apuntes sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú”. En: MEINI, Iván y MONTOYA VIVANCO, Yvan, *Libro Homenaje en memoria del profesor doctor Felipe Villavicencio Terreros*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2021, p. 83.

(28) ARMENDARIZ OCHOA, Luis Fernando, “*Criminal compliance*, responsabilidad social empresarial y buen gobierno corporativo: reflexiones a partir del caso Siemens”. En: Taller de Dogmática Penal (coords.), *Estudios de dogmática penal y Derecho Penal económico y de la empresa*, Editorial Ideas, Lima, 2019, p. 385; BALLESTEROS SÁNCHEZ, Julio, *Responsabilidad penal y eficacia de los programas de cumplimiento normativo en la pequeña y la gran empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 106-111.

tenían el poder de adjudicar contratos públicos; todo ello a través de la División de Operaciones Estructuradas⁽²⁹⁾.

Estos casos paradigmáticos de gran corrupción nos demuestran que las empresas son uno de los principales agentes generadores de riesgos de comisión de actos de corrupción⁽³⁰⁾. Ello se debe, fundamentalmente, a dos factores relacionados con la estructura organizacional de la empresa y su cultura corporativa. En referencia al primero, cabe indicar que ciertas empresas poseen una estructura compleja y jerarquizada, regida bajo los principios de división del trabajo (horizontal y vertical) y de jerarquía, que dificulta la individualización y persecución de los individuos que hayan actuado en los delitos cometidos en su seno⁽³¹⁾ (el fenómeno denominado *irresponsabilidad organizada*), generando que los miembros que la conforman tiendan a arriesgarse en mayor medida a cometer actos delictivos dentro de la organización que fuera de ella, debido a la sensación de impunidad que impera entre ellos, producida por la baja probabilidad de que sean descubiertos. Y, en referencia al segundo, la presencia de una cultura organizacional proclive a conseguir ganancias al margen del cumplimiento de la legalidad penal puede llevar a los miembros de la empresa a realizar conductas delictivas y a que estos recurran a técnicas de neutralización –por ejemplo, pensamientos como “no hay otra forma de hacer negocios que sobornando a funcionarios” o “los sobornos no perjudican a nadie, no hay ninguna víctima”– que debilitan los costes morales del delito para justificar sus acciones⁽³²⁾. Sobre esto último, Galán Muñoz ha señalado que las empresas “se ven inmersas en muchas ocasiones en una

(29) Al respecto, BALLESTEROS SÁNCHEZ, Julio, *op. cit.*, pp. 122-131.

(30) GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “Compliance penal ante la corrupción: Luces y sombras”. En: MATALLÍN EVANGELIO, Ángela (dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 59; GARCÍA CAVERO, Percy, “Anticorruption Compliance en la legislación peruana”, *op. cit.*, p. 71. En general, sobre las empresas como agentes generadores de los nuevos riesgos, véase ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Instituto Pacífico, Lima, 2020, pp. 115-116; GARCÍA CAVERO, Percy, *Criminal Compliance. En especial compliance anticorrupción y antilavado de activos*, Instituto Pacífico, Lima, 2017, pp. 19-20.

(31) GALÁN MUÑOZ, Alfonso, *op. cit.*, p. 59; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *op. cit.*, pp. 150-151; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú: Directrices para su interpretación*, Instituto Pacífico, Lima, 2018, pp. 179-180; FUENTES OSORIO, Juan Luis, “Juntos, pero no revueltos. La pena de referencia de la persona física en el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En: *Cuadernos de Política Criminal*, N° 133, tomo I, Época II, 2021, p. 68.

(32) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *op. cit.*, pp. 94-95; GALÁN MUÑOZ, Alfonso, *op. cit.*, p. 59; SÁNCHEZ-MÁLAGA, Armando, *op. cit.*, p. 47. Con respecto a la influencia de la cultura corporativa en los comportamientos de los individuos de la empresa a partir de la teoría de la neutralización, véase PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, *op. cit.*, pp. 10-11,16; NIETO MARTÍN, Adán (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 353-355; ARTAZA VARELA, Osvaldo y ALBERTZ ARÉVALO, Pablo, “Desafíos actuales para el compliance penal y los sistemas de gestión antisoborno en el ámbito público y privado”. En: *La Ley Compliance Penal*, N° 2, 2020, p. 10. Recuperado de <<https://bit.ly/3s2Ykdn>>.

imparable carrera dirigida a incrementar sus beneficios a cualquier costa, lo que puede llegar a generar subculturas criminógenas entre sus integrantes y colaboradores que les [*sic*] lleven a normalizar y aceptar la realización de actos corruptos para alcanzarlos”⁽³³⁾.

Por otro lado, una de las peculiaridades que introduce la participación de las empresas en la configuración de los delitos de corrupción, según Carrión Zenteno⁽³⁴⁾, es la creación de una nueva relación interna de interés concordante —a diferencia de la relación interna opuesta entre los intereses del funcionario público y los de la Administración Pública, quien le ha confiado velar por los suyos— entre los intereses del particular que otorga la ventaja indebida y los de la empresa. Cabe precisar que esta situación solamente se presenta en los supuestos conocidos como *organización corrupta*⁽³⁵⁾, es decir, cuando los actos de corrupción son cometidos por individuos en nombre y beneficio de los intereses de la empresa a las que estos se encuentran vinculados.

En virtud de lo mencionado, el alcance del papel ejercido por el particular en la corrupción pública debe abarcar también la participación de las empresas, las cuales introducen un contexto de actuación particular en los actos de corrupción.

Con relación al segundo punto de análisis, la doctrina jurídica mayoritaria coincide en sostener que la generalización de la corrupción conlleva el surgimiento de efectos perniciosos de distinta índole. De manera general, quisiéramos prestar atención a los efectos ocasionados en el orden social y democrático, y en la manera en que se conducen las empresas que tienen algún tipo de relación con la Administración Pública.

Uno de los efectos más relevantes es el debilitamiento del Estado de Derecho, tanto en las bases en las que se erige como en la confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas que la conforman. De esta manera, a través de la generalización de los actos de corrupción, se estaría transmitiendo un mensaje directo a los ciudadanos: la Administración Pública antepone los intereses de ciertos individuos —entre ellos, los funcionarios corruptos que la

(33) GALÁN MUÑOZ, Alfonso, *op. cit.*, p. 59.

(34) CARRIÓN ZENTENO, Andy, *op. cit.*, p. 205. Haciendo referencias a una relación interna y externa entre los diversos agentes implicados en los actos de corrupción, véase ROTSCH, Thomas, *op. cit.*, pp. 243, 245.

(35) BERENGUER PASCUAL, Sergio, *op. cit.*, p. 60. Ciertamente, la distinción entre *organización con sujetos corruptos* y *organización corrupta* se corresponde con la distinción extendida en la doctrina jurídica entre *criminalidad en la empresa* y *criminalidad de empresa*, propuesta por el profesor alemán Schünemann.

representan—, sobre los intereses de la ciudadanía en general, que son la finalidad de la actuación de las instituciones públicas⁽³⁶⁾.

Por otro lado, en referencia a los efectos que ocasiona este fenómeno en la forma en que se conducen las empresas en el mercado, la generalización de la corrupción produce un efecto competitivo perverso en las empresas que se presentan en posibilidades de negocio con la Administración Pública y que, idealmente, deberían competir de forma honesta con los demás agentes del mercado⁽³⁷⁾. En otros términos, las empresas tenderán a incorporar prácticas corruptas en sus políticas corporativas al momento de constatar que sus competidores consiguen más —y, ciertamente, mejores— licitaciones y ventas mediante actos de corrupción⁽³⁸⁾. En otras palabras, “[l]a corrupción se convierte en un mecanismo para conquistar el mercado mediante la exclusión de las empresas que compiten con la firma comprometida en el acuerdo corrupto, situación a través de la cual se establecen verdaderos monopolios de hecho que irán transformándose en un oligopolio nefasto, pues aquellas empresas que inicialmente no pagaban sobornos se verán obligada a hacerlo para no renunciar al mercado público de la economía”⁽³⁹⁾.

De esta manera, las empresas no invertirán en perfeccionar la calidad de sus servicios y productos o en reducir el valor de estos en comparación con los ofrecidos por sus competidores, sino en realizar pagos indebidos a determinados funcionarios para influenciar en su toma de decisiones, menoscabando los intereses de los consumidores y el funcionamiento del mercado. Con relación al funcionamiento del mercado, es necesario subrayar que la generalización de los actos de corrupción obstaculiza el ingreso a este de nuevas empresas que no posean conexiones con funcionarios públicos con capacidad de decisión en su sector de actividad o que carezcan de los recursos necesarios para lograr que estos actúen en su beneficio, generándose así una distorsión en el funcionamiento del mercado⁽⁴⁰⁾.

(36) GALÁN MUÑOZ, Alfonso, *op. cit.*, p. 58; GUIMARAY, Erick, *Delitos contra la administración pública y corrupción: criterios de imputación al superior jerárquico*, Editorial Reus, Madrid, 2021, p. 25; MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto, *op. cit.*, p. 64; PELLICER GARCÍA, José Luis, “Herramientas y propuestas para la lucha contra la corrupción en el Sector Público: Ética, transparencia y *compliance*”. En: *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, N° 5 (septiembre-diciembre), 2017, p. 1.

(37) GALÁN MUÑOZ, Alfonso, *op. cit.*, p. 57.

(38) GALÁN MUÑOZ, Alfonso, *op. cit.*, pp. 56-57; CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo, *op. cit.*, pp. 87-88.

(39) CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo, *op. cit.*, pp. 87-88.

(40) CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo, *op. cit.*, p. 91; TORRES PACHAS, David Ricardo, *op. cit.*, p. 288; BERENGUER PASCUAL, Sergio, *op. cit.*, pp. 61-63.

Teniendo en cuenta el importante papel que ejercen las empresas en los actos de corrupción y los efectos que ocasiona la generalización de estos actos en la conducción de las organizaciones, así como la gravedad de sus efectos al punto de colocar en entredicho las bases institucionales de cualquier Estado y el funcionamiento del mercado, consideramos que un programa de política criminal eficaz dirigido a la lucha contra la corrupción, que pretenda abarcar todos los “flancos” de dicho fenómeno, debe concentrar sus esfuerzos no solamente en intentar influenciar en la actuación de los sujetos que ejercen el poder público, sino también en la manera en que se conducen las empresas al momento de entablar una relación de negocios con la Administración Pública y, así, involucrarlas en la lucha contra la corrupción⁽⁴¹⁾.

Al respecto, hasta hace poco, las medidas de política criminal de carácter reactivo y preventivo destinadas a erradicar la corrupción tenían como único objetivo la actuación de los funcionarios públicos en los actos de corrupción. No obstante, actualmente, distintos ordenamientos jurídicos alrededor del mundo están prestando mayor atención a la cuota de responsabilidad de los particulares en los actos de corrupción, por lo que podemos sostener que ahora están dirigiendo su mirada a todos los agentes responsables⁽⁴²⁾. En esta línea, una de las medidas de prevención que recae en la actuación de la empresa es la introducción de un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, a fin de involucrarlas en la lucha contra la corrupción⁽⁴³⁾.

III. ¿RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS EMPRESAS COMO MECANISMO EFICAZ PARA LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN PERÚ?

Un sector importante de la doctrina asume que la introducción de un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene como propósito principal motivar a estas a autorregularse, a efectos de prevenir y detectar la realización de ilícitos penales cometidos en el seno de su organización⁽⁴⁴⁾,

(41) NEIRA PENA, Ana María, *op. cit.*, p. 94.

(42) GARCÍA CAVERO, Percy, “*Anticorruption Compliance* en la legislación peruana”, *op. cit.*, pp. 67-68; PALOMINO RAMÍREZ, Walter y MADRID VALERIO, Cecilia, *op. cit.*, pp. 145-146.

(43) NEIRA PENA, Ana María, *op. cit.*, p. 95.

(44) SALVATORI, Carla, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y corrupción: un análisis de las consecuencias de los distintos modelos legislativos”. En: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel y FUCHS, Marie-Christine (eds.), *Corrupción y Derecho penal: prevención, investigación y sanción. Estudio comparado*, Tirant lo Blanch, Bogotá, 2021, p. 172; NEIRA PENA, Ana María, *op. cit.*, p. 96; NIETO MARTÍN, Adán, “La autorregulación preventiva de la empresa como objeto de política criminal”. En: KUBICIEL, Michael y CARRIÓN ZENTENO, Andy (dirs.), *Corrupción, compliance y responsabilidad penal de la empresa. Un análisis comparado*, Editores del Centro, Lima, 2020, p. 42; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, “El cumplimiento normativo penal de las personas jurídicas”. En: PARIONA ARANA, Raúl; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos y ARMENDARIZ OCHOA, Luis (dirs.),

tales como los delitos de corrupción. Dicho objetivo se obtendría mediante la creación un sistema de incentivos conformado principalmente por la posibilidad que tienen las empresas de evitar la sanción penal y el daño reputacional a su imagen como organización⁽⁴⁵⁾. A través de esta estrategia reguladora, el Estado pretende conseguir “el alineamiento de los intereses individuales empresariales con los generales”⁽⁴⁶⁾ y, así, conseguir los objetivos que este se proponga. Al respecto, es sobradamente conocido que uno de los propósitos asumidos por el Estado peruano es la lucha contra la corrupción; inclusive, es considerado como un principio constitucional que debe orientar las políticas públicas, acorde con diversas sentencias del Tribunal Constitucional⁽⁴⁷⁾. En referencia al papel de las empresas en los actos de corrupción y su cuota de responsabilidad en estos delitos, en el fundamento jurídico 21 de la STC Exp. N° 00016-2019-PI/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que

(...) la lucha contra la corrupción incluye la efectiva persecución de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, y también a las personas y **empresas que incurran en los mismos delitos**. (El resaltado es nuestro).

Además, conforme a los fundamentos jurídicos 53 al 57 de la STC Exp. N° 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC, la sociedad civil y los distintos agentes sociales deben cooperar en el cumplimiento del imperativo constitucional de la lucha contra la corrupción por parte de los poderes del Estado, por lo que las empresas estarían incluidas en este compromiso, al ser consideradas entre los principales agentes sociales en la sociedad moderna.

De esta manera, los ordenamientos jurídicos que contemplan un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de corrupción asignan una incumbencia a las empresas, para que estas adopten medidas necesarias que contribuyan en la lucha contra la corrupción como uno de los objetivos asumidos por distintos Estados democráticos⁽⁴⁸⁾. Para conseguir ello, las empresas tienen los programas de cumplimiento normativo en materia

Tipología y Fundamentos en el Derecho Penal Económico y de la Empresa, Editores del Centro, Lima, 2022, pp. 185, 206; PALOMINO RAMÍREZ, Walter y MADRID VALERIO, Cecilia, *op. cit.*, pp. 186-187; COCA VILA, Ivó, ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? En: PARIONA ARANA, Raúl; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos y ARMENDARIZ OCHOA, Luis (dirs.), *Tipología y Fundamentos en el Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Editores del Centro, Lima, 2022, p. 248; SÁNCHEZ-MÁLAGA, Armando, *op. cit.*, p. 53.

(45) El daño reputacional puede ocasionar la “muerte” de la empresa responsable mediante la acusación formal, imputación o condena. Cfr. NEIRA PENA, Ana María, *op. cit.*, pp. 98-99.

(46) COCA VILA, Ivó, *op. cit.*, p. 216.

(47) Recientemente, cfr. STC Exp. N° 00016-2019-PI/TC, ff. jj. 4-23.

(48) GARCÍA CAVERO, Percy, “*Anticorruption Compliance* en la legislación peruana”, *op. cit.*, p. 69; PALOMINO RAMÍREZ, Walter y MADRID VALERIO, Cecilia, *op. cit.*, p. 186.

penal (también denominados *criminal compliance*) como herramientas fundamentales. Así, estos programas constan de un conjunto de medidas dirigidas a reducir los riesgos de comisión de delitos por los miembros de la empresa y promover una cultura de cumplimiento de la legalidad penal por parte de todos sus miembros (función de prevención). En el supuesto de un eventual incumplimiento de una norma jurídico-penal, comprenden también las medidas para proceder a la detección del infractor y realizar una investigación interna que evalúe la posible imposición de una sanción disciplinaria o la adopción de medidas adecuadas para la reparación del daño ocasionado por el delito y la prevención de delitos similares, sin perjuicio de comunicar a las autoridades competentes (función de detección y función de represión)⁽⁴⁹⁾.

Al respecto, resulta relevante destacar algunas de las medidas implementadas a través de los *compliance* anticorrupción. Por ejemplo, una de las principales medidas de prevención destinadas a fomentar una cultura organizacional de cumplimiento en materia de legalidad penal y valores —en particular, la *tolerancia cero* frente a la corrupción— son los códigos de conducta, un tipo de regulación interna que brinda pautas de comportamiento y valores que guían la actuación de la empresa para que todos sus miembros orienten su comportamiento hacia el cumplimiento de la legalidad y eviten situaciones de riesgo de prácticas corruptas o situaciones que se aproximen a ellas⁽⁵⁰⁾, constituyendo, así, “la primera expresión de una voluntad empresarial dirigida a dar cumplimiento efectivo a las normas que la vinculan a la lucha contra la corrupción”⁽⁵¹⁾. Asimismo, se encuentran las medidas dirigidas a controlar el uso de dinero por los miembros de la empresa, tales como la restricción del uso de dinero en efectivo —pues es uno de los instrumentos delictivos más usados en la comisión de actos de corrupción y difícilmente rastreables en la contabilidad de la empresa— y la exigencia de más de una firma para los pagos efectuados⁽⁵²⁾. Por otro lado, una de las medidas más importantes vinculadas con la función de detección y represión son los canales de denuncia, ya que facilitan el descubrimiento de la comisión de delitos y de sus responsa-

(49) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *op. cit.*, pp. 181-182; GARCÍA CAVERO, Percy, *Criminal Compliance. En especial compliance anticorrupción y antilavado de activos*, *op. cit.*, pp. 31-34; COCA VILA, Ivó, *op. cit.*, p. 233; FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, “La eximente por implementación de un programa de cumplimiento en la responsabilidad administrativa de la persona jurídica en el Perú. Fundamentos y estructura”. En: VALDEZ SILVA, Francisco Antonio (dir.), *Compliance penal. La responsabilidad “administrativa” de la persona jurídica y la atribución de responsabilidad penal a sus directivos*, Gaceta Jurídica, Lima, 2021, pp. 247-251.

(50) GARCÍA CAVERO, Percy, “*Anticorruption Compliance* en la legislación peruana”, *op. cit.*, pp. 87-91; SANCLEMENTE-ARCINIEGAS, Javier, *op. cit.*, pp. 28-29.

(51) SANCLEMENTE-ARCINIEGAS, Javier, *op. cit.*, p. 29.

(52) NIETO MARTÍN, Adán, “La prevención de la corrupción”, *op. cit.*, pp. 366-367; GALÁN MUÑOZ, Alfonso, *op. cit.*, p. 71.

bles, así como la subsiguiente sanción disciplinaria del responsable producto de los resultados de la investigación interna iniciada por el reporte sobre un acto delictivo o incumplimiento del programa de cumplimiento normativo⁽⁵³⁾.

Ahora bien, cabe señalar que, en nuestro país, la incumbencia a contribuir en la lucha contra la corrupción ha sido asignada a partir de la entrada en vigor de la Ley N° 30424 en el año 2018, que contempla la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión un catálogo cerrado de delitos; entre ellos, ciertos delitos de corrupción, como los siguientes: cohecho activo transnacional (art. 397-A), cohecho activo genérico (art. 397), cohecho activo específico (art. 398), colusión (art. 384) y tráfico de influencias (art. 400). A simple vista, podríamos sostener que el legislador peruano ha generado un sistema de incentivos eficaz para que las empresas contribuyan en la lucha contra la corrupción⁽⁵⁴⁾. Sin embargo, esta afirmación debe ser matizada a partir de las siguientes consideraciones.

Sobre dicho tema, es relevante traer a colación la contribución de Carla Salvatori, quien destaca que el grado de intensidad del incentivo que tienen en cuenta las empresas para prevenir y detectar delitos cometidos en su seno depende primordialmente del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas consagrado por el legislador nacional (un modelo de heterorresponsabilidad o de autorresponsabilidad)⁽⁵⁵⁾. De manera resumida, es preciso señalar que el modelo de heterorresponsabilidad consiste en la transferencia automática de la responsabilidad penal del miembro individual a la empresa y, justamente, dicha particularidad ocasiona que las empresas consideren desventajoso concentrar sus esfuerzos en la implementación de medidas de control y detección para prevenir la comisión de delitos por sus miembros, por cuanto de igual manera serán responsabilizadas por dichas conductas, a pesar de los esfuerzos llevados a cabo, lo que provocaría que estas tengan la intención de que los delitos no sean descubiertos o, inclusive, de encubrirlos de la administración de justicia. En cambio, el modelo de autorresponsabilidad fundamenta la responsabilidad penal de las empresas, centrándose en las

(53) CASAL FERNÁNDEZ, Laura, "El papel de los canales de denuncia y los *whistleblowers* en la responsabilidad administrativa de la persona jurídica en el Perú". En: VALDEZ SILVA, Francisco Antonio (dir.), *Compliance penal. La responsabilidad "administrativa" de la persona jurídica y la atribución de responsabilidad penal a sus directivos*, Gaceta Jurídica, Lima, 2021, p. 260.

(54) Al respecto, Carla Salvatori considera que el simple hecho de regular un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas crea un incentivo para que estas se organicen para evitar la comisión de delitos en su seno; véase SALVATORI, Carla, *op. cit.*, p. 176.

(55) SALVATORI, Carla, *op. cit.*, p. 174. La referida autora señala que también se debe tener en cuenta la existencia de normas procesales que permitan la aplicación efectiva de la regulación legal o promuevan la colaboración de las personas jurídicas en la detección de actos delictivos y sus posibles responsables; véase SALVATORI, Carla, *op. cit.*, pp. 179-192.

características propias de la organización, a partir de la configuración defectuosa de su organización o de su cultura corporativa defectuosa, y no en las particularidades del miembro individual que comete el delito. Por este motivo, dicho modelo presenta mejores virtudes como herramienta eficaz para promover la prevención y detección de la comisión de delitos, en la medida en que ofrece a las empresas la posibilidad de desvincularse normativamente de la conducta delictiva, impulsando, así, tanto la intención de las organizaciones de evitar la realización de delitos como la detección y comunicación de estos a la autoridad competente⁽⁵⁶⁾.

Por otra parte, uno de los factores que influye en la eficacia de las medidas implementadas para combatir el fenómeno de la corrupción es la efectiva aplicación de la norma jurídico-penal⁽⁵⁷⁾. En particular, para que la regulación penal que prevé la atribución de responsabilidad penal para las personas jurídicas despliegue sus efectos preventivos y motivacionales sobre los destinatarios de la norma —esto es, principalmente las empresas del sector privado—, esta debe ser aplicada de manera efectiva mediante la investigación, judicialización y juzgamiento de los delitos cometidos por miembros de la empresa en su nombre y beneficio⁽⁵⁸⁾. Así, por medio de la efectiva aplicación de la regulación penal, la amenaza penal será percibida como real y las empresas tomarán en serio sus deberes de autorregulación⁽⁵⁹⁾.

Ahora bien, una vez que se tienen en cuenta estos dos factores al momento de medir la magnitud de la intensidad del sistema de incentivos establecido por un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, podemos iniciar el análisis de la legislación nacional, a la luz de las reflexiones realizadas.

Con relación a la primera consideración, es importante destacar que la promulgación de la Ley N° 30424⁽⁶⁰⁾ ha ocasionado una intrincada discusión

(56) SALVATORI, Carla, *op. cit.*, pp. 177-179.

(57) NEIRA PENA, Ana María, *op. cit.*, p. 95. La profesora española Corcoy Bidasolo señala un conjunto de elementos que aseguran la eficacia de la intervención penal —por ejemplo, una correcta técnica legislativa y medios necesarios para la investigación y persecución de delitos—; véase CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “Corrupción pública y privada: delimitación”. En: *Revista de Ciencias Penales*, vol. XLVII, 1^{er} Semestre, 2020, p. 77. Por otra parte, el catedrático alemán Zimmermann considera dos factores que contribuyen al fracaso de las medidas implementadas para combatir la corrupción: una legislación deficiente y su inadecuada aplicación causado por la falta de apoyo de parte del gobierno de turno en proveer los medios necesarios para un enjuiciamiento de la corrupción; véase ZIMMERMANN, Till, “Fighting Corruption with Criminal Law: How it works and why it (sometimes) fails”. *Verfassungsblog on matters constitutional* [Internet]. 2021 [citado 19 de enero de 2022]. Disponible en <<https://bit.ly/3LHLQzO>>.

(58) NEIRA PENA, Ana María, *op. cit.*, pp. 95-102.

(59) NEIRA PENA, Ana María, *op. cit.*, p. 95.

(60) Posteriormente modificada por el Decreto Legislativo N° 1352 y la Ley N° 30835. Además, cuenta con su respectivo reglamento (Decreto Legislativo N° 002-2019-JUS), así como los lineamientos elaborados

sobre el modelo de atribución de responsabilidad de las personas jurídicas plasmado en nuestra regulación legal⁽⁶¹⁾ y la naturaleza jurídica del tipo de responsabilidad introducido por el legislador nacional (responsabilidad administrativa o penal). De antemano, quisiera tomar posición en dicha discusión doctrinal y sostener que las particularidades de nuestra regulación legal se ajustan, en mayor medida, a un modelo de autorresponsabilidad de naturaleza jurídico-penal por las razones que expondré a continuación.

En primer lugar, con respecto al régimen de responsabilidad de las personas jurídicas asumido por el legislador nacional, basta dar lectura a ciertos preceptos de la Ley N° 30424 para arribar a ciertas conclusiones y respaldar nuestra postura. Por ejemplo, el art. 4 de la Ley N° 30424 establece la “autonomía” de la responsabilidad de las personas jurídicas respecto de sus miembros que han cometido un delito –previsto en el catálogo cerrado enumerado en el art. 1– “en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto” (art. 3), ya sea porque recaiga sobre aquel una causa de exclusión de responsabilidad penal –por ejemplo, una causa de exculpación– o una causa de extinción de la acción penal –por ejemplo, la muerte del individuo–⁽⁶²⁾. En consecuencia, las circunstancias particulares de la atribución de responsabilidad penal de la persona individual no alteran o enervan la cuota de responsabilidad de la empresa con respecto al hecho delictivo.

Por otro lado, el art. 17 de la Ley N° 30424 prevé la posibilidad de que las personas jurídicas puedan desvincularse normativamente del delito cometido por la persona individual, mediante la adopción e implementación de un modelo de prevención idóneo anterior a la comisión del hecho delictivo, que se encuentra conformado por “medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos antes mencionados o para reducir significativamente el riesgo de la comisión”. Ciertamente, la función de los modelos de prevención es “mitigar el riesgo inherente a la estructura de la persona jurídica para que no posea una organización defectuosa que genere riesgos jurídicamente desaprobados y que estos se concreten en los resultados lesivos sancionados”⁽⁶³⁾.

por la Superintendencia del Mercado de Valores para la implementación y funcionamiento del modelo de prevención (Resolución SMV N° 006-2021-SMV/01).

- (61) En otra ocasión, he advertido una diversidad de respuestas sobre el modelo de atribución asumido por el legislador nacional, así como las razones en contra de la interpretación de la normativa peruana a partir del modelo de heteroresponsabilidad y mixto. Con mayores referencias, véase MORI SÁENZ, Piero Alonso, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Fundamentos y propuesta de interpretación de la Ley N° 30424”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 138, diciembre 2020, pp. 85-87.
- (62) CARO JOHN, José Antonio y REAÑO PESCHIERA, José Leandro, “Perú”. En: RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás (dir.), *Tratado Angloiberoamericano sobre Compliance Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 688.
- (63) MORI SÁENZ, Piero Alonso, *op. cit.*, p. 89.

Por tanto, la responsabilidad penal de las empresas se construye sobre la base de la configuración defectuosa de su organización, que se plasma en “la ausencia de medidas de supervisión, vigilancia y control sobre las actividades societarias”⁽⁶⁴⁾.

Aunado a ello, se encuentran los dos supuestos de exclusión de responsabilidad o de ruptura del nexo de imputación contemplados por la Ley N° 30424: A) la comisión del delito en contra de los intereses de la persona jurídica, ya sea en beneficio propio o a favor de un tercero distinto de la persona jurídica (art. 3 *in fine*), y B) la realización del delito eludiendo de modo fraudulento el modelo de prevención debidamente implementado (art. 17.4). En ese sentido, la comisión del delito por el miembro de la empresa bajo cualquier circunstancia no desencadena automáticamente la responsabilidad de la empresa, sino que debe ser producto del funcionamiento defectuoso de la organización⁽⁶⁵⁾.

En suma, de la lectura conjunta de los anteriores preceptos, podemos concluir que la responsabilidad de las empresas no se fundamenta simplemente en la corroboración de la comisión del hecho delictivo por la persona individual. Por lo tanto, las particularidades de nuestra regulación legal se ajustan, en mayor medida, al modelo de autorresponsabilidad, por lo que los distintos preceptos deben ser interpretados a partir de dicho modelo⁽⁶⁶⁾. A pesar de lo mencionado anteriormente, cabe indicar que un sector de la doctrina considera que el presupuesto del hecho de conexión contemplado en el art. 3 de la Ley N° 30424 —es decir, la referencia a la conducta de una persona individual— es la razón indiscutible de que el modelo adoptado por el legislador peruano es el modelo de heterorresponsabilidad o mixto⁽⁶⁷⁾. No obstante, cada vez más autores, tanto nacionales como extranjeros, estiman que la realización del delito por el miembro de la empresa (hecho de conexión) solo constituye un presupuesto fáctico para evaluar la responsabilidad de la empresa con relación al hecho delictivo⁽⁶⁸⁾, brindando así una solución a dicho cuestionamiento.

(64) CARO JOHN, José Antonio y REAÑO PESCHIERA, José Leandro, *op. cit.*, p. 695.

(65) CARRIÓN ZENTENO, Andy, *op. cit.*, p. 214; CARO JOHN, José Antonio y REAÑO PESCHIERA, José Leandro, *op. cit.*, p. 697.

(66) En este sentido, GARCÍA CAVERO, Percy, *Criminal Compliance. En especial compliance anticorrupción y antilavado de activos*, *op. cit.*, pp. 120-122.

(67) Una situación similar acontece en la discusión doctrinal sobre la regulación legal española; véase FUENTES OSORIO, Juan Luis, *op. cit.*, pp. 62-64.

(68) En relación a la legislación peruana, véase PALOMINO RAMÍREZ, Walter y MADRID VALERIO, Cecilia, *op. cit.*, p. 184; CARO JOHN, José Antonio y REAÑO PESCHIERA, José Leandro, *op. cit.*, p. 695; GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Editorial Ideas, Lima, 2019, p. 908; MORI SÁENZ, Piero Alonso, *op. cit.*, p. 87. Recientemente, con relación a la legislación española, véase FUENTES OSORIO, Juan Luis, *op. cit.*, pp. 64-67.

Por otra parte, con respecto a la naturaleza jurídica del tipo de responsabilidad introducido en nuestro país, existe cierto consenso en caracterizar como un *fraude de etiquetas* al intento infructuoso del legislador nacional de satisfacer uno los requerimientos de los gremios empresariales que consistía en evitar el *efecto estigmatizante* que conlleva la sanción penal, mediante la nominación de la naturaleza jurídica de la responsabilidad contemplada en la Ley N° 30424 como uno de naturaleza *administrativa*, cuando, en realidad, existen buenas razones para sostener que estamos frente a un modelo de responsabilidad de naturaleza penal⁽⁶⁹⁾.

Al respecto, al margen de la deficiente técnica legislativa, existen razones materiales para sostener la naturaleza penal de la responsabilidad contemplada en la Ley N° 30424, tales como las siguientes: i) la responsabilidad de la persona jurídica se deduce de la comisión de un delito; ii) la responsabilidad y sanción a la persona jurídica es declarada e impuesta por el juez en el marco del proceso penal, aplicándose sus garantías; iii) la persona jurídica es investigada por el Ministerio Público, el cual es el único titular de la acción penal, y iv) la responsabilidad de la persona jurídica es autónoma con relación a la persona individual (véase *supra*)⁽⁷⁰⁾.

Y, en cuanto a la aplicación de la regulación legal peruana, se advierte que el Ministerio Público no ha hecho uso en la práctica de los mecanismos previstos en la Ley N° 30424 a partir de su entrada en vigor el primero de enero de 2018⁽⁷¹⁾. A lo mucho, se ha incorporado al partido político *Perú Libre* en una investigación –bajo la regulación de la citada norma– por la presunta

(69) Por ejemplo, véase GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 900-901; CARO CORIA, Dino Carlos, “La responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú y los *criminal compliance programs* como atenuantes y eximentes de la responsabilidad de la persona jurídica”. En: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (dir.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 1286-1287; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, op. cit., pp. 226-227; CARO JOHN, José Antonio y REAÑO PESCHIERA, José Leandro, op. cit., pp. 689-691; PALOMINO RAMÍREZ, Walter y MADRID VALERIO, Cecilia, op. cit., pp. 183-184; JULCA VÁSQUEZ, Jhoel, “Consecuencias accesorias y responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 132, agosto 2020, pp. 101-102; SÁNCHEZ-MÁLAGA, Armando, op. cit., p. 51.

(70) RODRIGO, ELÍAS & MEDRANO ABOGADOS (firma), “Perú”. En: LÓPEZ COLL, Hugo et al. (dirs.), *Desarrollo de la práctica de cumplimiento (compliance) en Latinoamérica*, Tirant lo Blanch, Bogotá, 2021, p. 335; GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 901; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, op. cit., p. 226.

(71) Al respecto, el estudio realizado por los miembros del equipo Anticorrupción del Idehpucp mediante las solicitudes de información a las entidades públicas involucradas en la aplicación de la Ley N° 30424 realizadas el 29 de septiembre de 2020. Véase CHANJAN DOCUMET, Rafael; JANAMPA ALMORA, Ana y GONZALES CIEZA, Marie, “Apuntes sobre la aplicación del nuevo sistema de responsabilidad penal de las empresas por hechos de corrupción en el Perú”. *RPP* [Internet]. 2020 [citado 17 de febrero de 2022]. Disponible en <<https://bit.ly/3sN4pd2>>.

comisión del delito de lavado de activos, en el contexto del financiamiento de la campaña electoral del año 2021 y del pago de los gastos judiciales producto de los procesos seguidos en contra de los líderes de dicho partido mediante los presuntos beneficios ilícitos provenientes de la actividad delictiva de la organización criminal Los Dinámicos del Centro⁽⁷²⁾.

En definitiva, podríamos concluir que el ordenamiento jurídico peruano ha adoptado un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas que introduce un sistema de incentivos de gran intensidad para que las empresas contribuyan con la lucha anticorrupción; no obstante, esta intensidad se ve gravemente mermada por la escasa –mejor dicho, prácticamente nula– aplicación de la regulación legal por nuestros operadores de justicia, como consecuencia de lo cual las empresas no toman seriamente su incumbencia de contribuir en la prevención de la corrupción.

Para revertir esta tendencia, es recomendable que nuestros operadores de justicia apliquen este mecanismo *novedoso* para la lucha contra la corrupción⁽⁷³⁾, a efectos de que la regulación legal no quede en *letra muerta*. Además, quisiéramos destacar que el reemplazo del término *penal* en lugar de *administrativo* contribuiría a fortalecer dicho sistema de incentivos, dado que el reproche social de la sanción penal que recaería sobre la reputación corporativa constituye un coste elevado para las empresas, que mermaría su tendencia hacia la infracción de la norma y, en cambio, las incentivaría a dirigir sus esfuerzos hacia el cumplimiento normativo⁽⁷⁴⁾. Adicionalmente, téngase en cuenta que las grandes empresas poseen un gran poder de influencia en la opinión pública y que pueden manipular la percepción de la comunidad sobre la conducta delictiva realizada en el marco de su actividad, para que sea percibida como *una simple desgracia* o, de plano, pueden desligar su cuota de responsabilidad respecto del hecho delictivo⁽⁷⁵⁾. Por este motivo, a través de la sanción penal, “se podría lograr revertir en cierta medida esta potencial manipulación de la opinión pública mediante el mensaje correcto y claro asociado al reproche que se le haría a la empresa misma por su cuota de responsabilidad en la conducta delictiva”⁽⁷⁶⁾.

(72) CARO CORIA, Dino Carlos, “La investigación contra Perú Libre”. *El Comercio Perú* [Internet]. 2021 [citado 17 de febrero de 2022]. Disponible en <<https://bit.ly/3gW1QzO>>.

(73) En este sentido, véase CHANJAN DOCUMET, Rafael; JANAMPA ALMORA, Ana y GONZALES CIEZA, Marie, *op. cit.*

(74) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., *op. cit.*, p. 52; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *op. cit.*, p. 28-29.

(75) ARTAZA VARELA, Osvaldo, *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamentos y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 64-65.

(76) ARTAZA VARELA, Osvaldo, *op. cit.*, p. 65.

IV. CONCLUSIONES

- La caracterización tradicional del fenómeno de la corrupción pública implica la intervención de un funcionario público y de un particular, quien otorga una ventaja indebida para aprovecharse de la posición de poder que ostenta el funcionario. Sin embargo, tal ejemplificación no toma en cuenta a todos los agentes involucrados usualmente en los actos de corrupción pública.
- Dicha caracterización prescinde del papel fundamental que ejercen las empresas en los actos de corrupción. Los casos de gran corrupción acontecidos en los últimos años dan cuenta del papel que juega las empresas en hechos delictivos. Además, la intervención de grandes empresas en actos delictivos introduce particularidades que facilitan y promueven la comisión de actos de corrupción en el marco del seno de su organización, así como una nueva relación de interés concordante entre los intereses del particular que ofrece la ventaja y los de la empresa.
- El elemento relativo a la intervención del particular en los actos de corrupción se ha circunscrito tradicionalmente en la actuación de la persona natural; por ejemplo, aquel sujeto que soborna a un funcionario. No obstante, el papel que ejercen las empresas en las prácticas corruptas debe llevarnos a entenderla como uno de los agentes –particulares– que se desenvuelven en el fenómeno de la corrupción pública.
- Asimismo, los efectos perniciosos que ocasiona la generalización de la corrupción tanto en el orden social y económico de cualquier Estado como en la forma en que se conducen las empresas en su interacción con la Administración Pública deben llevarnos a sostener que cualquier programa de política criminal dirigido a combatir dicho fenómeno debe concentrar sus esfuerzos no solamente en intentar influenciar en la actuación de los sujetos que ejercen el poder público, sino también en la manera en que se conducen las empresas al momento de entablar una relación de negocios con la Administración Pública y, así, involucrarlas en la lucha contra la corrupción.
- Una de las estrategias de política criminal para la lucha anticorrupción es la introducción de un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuyo propósito principal es motivar a las empresas a autorregularse, a efectos de prevenir y detectar la realización de ilícitos penales cometidos en el seno de su organización, tales como

los delitos de corrupción. De esta manera, los ordenamientos jurídicos que contemplan un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de corrupción asignan una incumbencia a las empresas, para que estas adopten medidas necesarias que contribuyan a la lucha contra la corrupción, como uno de los objetivos asumidos por los distintos Estados democráticos.

- En esta línea, se podría sostener que el ordenamiento jurídico peruano introdujo un sistema de incentivos para que las empresas contribuyan en la lucha contra la corrupción a partir de la entrada en vigor de la Ley N° 30424. No obstante, el grado de intensidad de los sistemas de incentivos depende primordialmente del modelo de responsabilidad consagrado por el legislador nacional y la aplicación real de la regulación legal.
- Existen buenas razones para sostener que la regulación legal peruana se ajusta en mayor medida a un modelo de autorresponsabilidad de naturaleza jurídico-penal que supone, en principio, la introducción de un sistema de incentivos de gran intensidad a las empresas. Sin embargo, la intensidad de los incentivos se ve mermada por la inaplicación de la Ley N° 30424 por nuestros operadores de justicia.
- A la vista de las deficiencias señaladas, consideramos conveniente reemplazar el término *penal* en lugar de *administrativo* previsto en el *nomen iuris* de la Ley N° 30424 e impulsar que nuestros operadores de justicia empleen los mecanismos previstos en la regulación legal, a fin de que la amenaza penal sea percibida como real por las empresas y tomen en serio su incumbencia a contribuir a la lucha contra la corrupción a través de la implementación de un programa de cumplimiento normativo en materia penal en su organización.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en Perú: ¿Mito o realidad?”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 32, 2018, pp. 19-57. Recuperado de <<https://bit.ly/3BCLkyo>>.
- ABOSO, Gustavo Eduardo, *Responsabilidad penal de la empresa y corrupción pública. Estudio sobre responsabilidad penal de la empresa en la participación de delitos de corrupción nacional y transnacional*, Editorial BdeF, Buenos Aires, 2018.

- AMBOS, Kai y URQUIZO, Gustavo, “Corrupción punible y acuerdo ilícito: una aproximación a la noción de *Unrechtsvereinbarung*”. En: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel y FUCHS, Marie-Christine (eds.), *Corrupción y Derecho penal: prevención, investigación y sanción. Estudio comparado*, Tirant lo Blanch, Bogotá, 2021, pp. 87-121.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, “El cumplimiento normativo penal de las personas jurídicas”. En: PARIONA ARANA, Raúl; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos y ARMENDARIZ OCHOA, Luis (dirs.), *Tipología y Fundamentos en el Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Editores del Centro, Lima, 2022, pp. 181-213.
- ARMENDARIZ OCHOA, Luis Fernando, “*Criminal compliance*, responsabilidad social empresarial y buen gobierno corporativo: reflexiones a partir del caso Siemens”. En: Taller de Dogmática Penal (coords.), *Estudios de dogmática penal y Derecho Penal económico y de la empresa*, Editorial Ideas, Lima, 2019, pp. 365-394.
- ARTAZA VARELA, Osvaldo y ALBERTZ ARÉVALO, Pablo, “Desafíos actuales para el *compliance* penal y los sistemas de gestión anti-soborno en el ámbito público y privado”. En: *La Ley Compliance Penal*, N° 2, 2020, pp. 1-22. Recuperado de <<https://bit.ly/3s2Ykdn>>
- ARTAZA VARELA, Osvaldo, *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamentos y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- BALLESTEROS SÁNCHEZ, Julio, *Responsabilidad penal y eficacia de los programas de cumplimiento normativo en la pequeña y la gran empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- BERENGUER PASCUAL, Sergio, *El delito de corrupción en los negocios*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.
- CAMARENA ALIAGA, Gerson Wilfredo, “Breves reflexiones sobre la pretendida autonomía científica del Derecho penal económico”. En: Taller de Dogmática Penal (coords.), *Estudios de dogmática penal y Derecho Penal económico y de la empresa*, Editorial Ideas, Lima, 2019, pp. 315-350.
- CARO CORIA, Dino Carlos, “La investigación contra Perú Libre”. *El Comercio Perú* [Internet]. 2021 [citado 17 de febrero de 2022]. Disponible en <<https://bit.ly/3gW1QzO>>.

- CARO CORIA, Dino Carlos, “La responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú y los *criminal compliance programs* como atenuantes y eximentes de la responsabilidad de la persona jurídica”. En: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (dir.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 1259-1310.
- CARO JOHN, José Antonio y REAÑO PESCHIERA, José Leandro, “Perú”. En: RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás (dir.), *Tratado Angloiberoamericano sobre Compliance Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 689-732.
- CARRIÓN ZENTENO, Andy, “Responsabilidad penal de la persona jurídica y corrupción: la Ley 30424 entendida desde la teoría de las normas”. En: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel y FUCHS, Marie-Christine (eds.), *Corrupción y Derecho penal: prevención, investigación y sanción. Estudio comparado*, Tirant lo Blanch, Bogotá, 2021, pp. 201-218.
- CASAL FERNÁNDEZ, Laura, “El papel de los canales de denuncia y los *whistleblowers* en la responsabilidad administrativa de la persona jurídica en el Perú”. En: VALDEZ SILVA, Francisco Antonio (dir.), *Compliance penal. La responsabilidad “administrativa” de la persona jurídica y la atribución de responsabilidad penal a sus directivos*, Gaceta Jurídica, Lima, 2021, pp. 259-279.
- CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo, “Análisis criminológico y político criminal de la corrupción”. En: MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (dir.), *La Corrupción: Criminología, derecho penal parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal*, Editores del Centro, Lima, 2020, pp. 45-158.
- CHANJAN DOCUMET, Rafael, “Apuntes sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú”. En: MEINI, Iván y MONTOYA VIVANCO, Yvan, *Libro Homenaje en memoria del profesor doctor Felipe Villavicencio Terreros*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2021, pp. 83-91.
- CHANJAN DOCUMET, Rafael; JANAMPA ALMORA, Ana y GONZALES CIEZA, Marie, “Apuntes sobre la aplicación del nuevo sistema de responsabilidad penal de las empresas por hechos de corrupción en el Perú”. *RPP* [Internet]. 2020 [citado 17 de febrero de 2022]. Disponible en <<https://bit.ly/3sN4pd2>>.

- COCA VILA, Ivó, ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? En: PARIONA ARANA, Raúl; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos y ARMENDARIZ OCHOA, Luis (dirs.), *Tipología y Fundamentos en el Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Editores del Centro, Lima, 2022, pp. 215-270.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “Corrupción pública y privada: delimitación”. En: *Revista de Ciencias Penales*, vol. XLVII, 1^{er} Semestre, 2020, pp. 73-98.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, Editorial Reus, Madrid, 2007.
- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, “La exigente por implementación de un programa de cumplimiento en la responsabilidad administrativa de la persona jurídica en el Perú. Fundamentos y estructura”. En: VALDEZ SILVA, Francisco Antonio (dir.), *Compliance penal. La responsabilidad “administrativa” de la persona jurídica y la atribución de responsabilidad penal a sus directivos*, Gaceta Jurídica, Lima, 2021, pp. 239-258.
- FUENTES OSORIO, Juan Luis, “Juntos, pero no revueltos. La pena de referencia de la persona física en el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En: *Cuadernos de Política Criminal*, N° 133, tomo I, Época II, 2021, pp. 61-91.
- GALAIN PALERMO, Pablo, “Los problemas de una política criminal de lucha contra la corrupción política mediante el castigo del abuso de la función. ¿Una estrategia exclusivamente uruguaya?”. En: *Política Criminal: Revista electrónica semestral de políticas públicas en materias penales*, vol. 16, N° 32, 2021, pp. 745-773.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “Compliance penal ante la corrupción: Luces y sombras”. En: MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela (dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 55-90.
- GARCÍA ARROYO, Cristina, *El delito de cohecho subsiguiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- GARCÍA CAVERO, Percy, “Anticorruption Compliance en la legislación peruana”. En: KUBICIEL, Michael y CARRIÓN ZENTENO, Andy (dirs.), *Corrupción, compliance y responsabilidad penal de la*

empresa. Un análisis comparado, Editores del Centro, Lima, 2020, pp. 67-104.

- GARCÍA CAVERO, Percy, Criminal Compliance. *En especial compliance anticorrupción y antilavado de activos*, Instituto Pacífico, Lima, 2017.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Editorial Ideas, Lima, 2019.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú: Directrices para su interpretación*, Instituto Pacífico, Lima, 2018.
- GUIMARAY, Erick, *Delitos contra la administración pública y corrupción: criterios de imputación al superior jerárquico*, Editorial Reus, Madrid, 2021.
- JULCA VÁSQUEZ, Jhoel, “Consecuencias accesorias y responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 132, agosto 2020, pp. 95-108.
- KINDHÄUSER, Urs, “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”. En: *Política Criminal: Revista electrónica semestral de políticas públicas en materias penales*, N° 3, 2007, pp. 1-18.
- MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto, *Delito de colusión*, Editores del Centro, Lima, 2019.
- MORI SÁENZ, Piero Alonso, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Fundamentos y propuesta de interpretación de la Ley N° 30424”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 138, diciembre 2020, pp. 73-93.
- NEIRA PENA, Ana María, “Colaboración público-privada como estrategia para combatir la corrupción: el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas de prevención delictiva”. En: PUENTE ABA, Luz María (dir.), *Proyección de la corrupción en el ámbito penal: análisis de una realidad transversal*, Editorial Comares, Granada, 2017, pp. 93-127.

- NIETO MARTÍN, Adán, “La autorregulación preventiva de la empresa como objeto de política criminal”. En: KUBICIEL, Michael y CARRIÓN ZENTENO, Andy (dirs.), *Corrupción, compliance y responsabilidad penal de la empresa. Un análisis comparado*, Editores del Centro, Lima, 2020, pp.41-66.
- NIETO MARTÍN, Adán, “La prevención de la corrupción”. En: NIETO MARTÍN, Adán (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 307-371.
- PALOMINO RAMÍREZ, Walter y MADRID VALERIO, Cecilia, “La contención de los delitos de cohecho a través de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas de cumplimiento”. En: GARCÍA TORRES, Romy Victoria y MARTÍNEZ PACHAS, Josselyn Marjorit (coords.), *Delitos de corrupción de funcionarios públicos: doctrina y jurisprudencia*, Instituto Pacífico, Lima, 2021, pp. 145-199.
- PELLICER GARCÍA, José Luis, “Herramientas y propuestas para la lucha contra la corrupción en el Sector Público: Ética, transparencia y compliance”. En: *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, N° 5 (septiembre-diciembre), 2017, pp. 1-9.
- PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español. A propósito de los programas de cumplimiento normativo como instrumentos idóneos para un sistema de justicia penal preventiva*, Editorial Comares, Granada, 2017.
- RODRIGO, ELÍAS & MEDRANO ABOGADOS (firma), “Perú”. En: LÓPEZ COLL, Hugo; SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Héctor; PULECIO BOEK, Daniel; PLAZAS JÁCOME, Andrea y FORERO MUÑOZ, Ricardo (dirs.), *Desarrollo de la práctica de cumplimiento (compliance) en Latinoamérica*, Tirant lo Blanch, Bogotá, 2021, pp. 331-361.
- ROTSCH, Thomas, “Corrupción y compliance”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 32, 2018, pp. 237-252. Recuperado de <<https://bit.ly/3uZVjfW>>.
- RUSCA, Bruno, “¡Feliz cumpleaños, señor funcionario! Sobre la justificación de la criminalización de la aceptación y el ofrecimiento de

regalos en el ámbito de la Administración pública”. En: *Revista Derecho GV*, vol. 17, n.º 1, 2021, pp. 1-35.

- SALVATORI, Carla, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y corrupción: un análisis de las consecuencias de los distintos modelos legislativos”. En: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel y FUCHS, Marie-Christine (eds.), *Corrupción y Derecho penal: prevención, investigación y sanción. Estudio comparado*, Tirant lo Blanch, Bogotá, 2021, pp. 167-199.
- SÁNCHEZ-MÁLAGA, Armando, “Prevención de riesgos y dinámica empresarial: apuntes acerca de los modelos de prevención de la corrupción”. En: CHANJAN, Rafael y MONTOYA, Iván (coords.), *Sistema penal y corrupción*, IUS ET VERITAS, Lima, 2022, pp. 43-59.
- SANCLEMENTE-ARCINIEGAS, Javier, “Compliance, empresas y corrupción: una mirada internacional”. En: *Revista Derecho PUCP*, N° 85 (diciembre - mayo), 2020, pp. 9-40.
- TORRES PACHAS, David Ricardo, “Corrupción: un concepto dinámico”. En: MONTOYA VIVANCO, Yván y TORRES PACHAS, David (coords.), *Revista de Derecho Penal Iter Criminis: El delito de lavado de activos*, N° 1, 2021, Lima, pp. 276-294.
- VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald, *Delitos contra la administración pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*, Editores del Centro, Lima, 2021.
- ZIMMERMANN, Till, “Fighting Corruption with Criminal Law: How it works and why it (sometimes) fails”. *Verfassungsblog on matters constitucional* [Internet]. 2021 [citado 19 de enero de 2022]. Disponible en <<https://bit.ly/3LHLQzO>>.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Instituto Pacífico, Lima, 2020.

EXTRAPOLACIÓN DEL *CRIMINAL COMPLIANCE* AL SECTOR PÚBLICO: MECANISMO DE IDENTIFICACIÓN, GESTIÓN Y MITIGACIÓN DE DELITOS DE CORRUPCIÓN

CAMILA UGAZ HEUDEBERT^(*)

I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día, la corrupción es uno de los temas sobre los que más se discute a nivel nacional. Lo vemos en los noticieros, en los periódicos, es materia de debate en las redes sociales e, incluso, es tema de conversación en el trabajo y en reuniones sociales. ¿La razón? Todos o casi todos los problemas con los que lidiamos en la actualidad tienen, en mayor o menor medida, un trasfondo de corrupción que impacta en la economía de nuestro país y en la calidad de vida de sus ciudadanos. Llevando lo dicho a cifras, tenemos que, según la Contraloría General de la República, tan solo en el año 2019, la corrupción generó al Perú pérdidas por un monto de S/. 23,297 millones, equivalente a un aproximado del 3% de nuestro PBI⁽¹⁾.

Y es que la corrupción no es una novedad. Recordemos la captura de Atahualpa por parte de los conquistadores españoles. Una vez detenido ilegalmente, y en un afán por obtener la libertad, el inca Atahualpa, consciente del valor que les asignaban los conquistadores a los metales preciosos, ofreció un cuarto lleno de oro y dos de plata “hasta donde alcanzara su mano”, lo que fue aceptado por sus captores. Pese a que el inca cumplió con el pago de su rescate, sus captores incumplieron su palabra y, lejos de liberarlo, lo sometieron a un juicio sumario y amañado⁽²⁾, que concluyó imponiéndosele la pena

(*) Egresada de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios en Derecho por la Freie Universität Berlin (Alemania) y estudios especializados en materia Anticorrupción en la Transparency International School of Integrity (Lituania). Asociada del Estudio Valverde, Morales & Marticorena.

(1) SHACK, N., PÉREZ, J. Y PORTUGAL, L (2020). *Cálculo del tamaño de la corrupción y la inconducta funcional en el Perú: una aproximación exploratoria*. Lima. Contraloría General de la República. Recuperado de: https://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/documento_trabajo/2020/Calculo_de_la_Corrupcion_en_el_Peru.pdf.

(2) El juicio estuvo a cargo de un consejo de guerra integrado por autoridades, un fiscal, un abogado –todos españoles– y diez testigos. Luego de un breve interrogatorio en el que las respuestas del detenido y los testigos fueron distorsionadas por el intérprete, Atahualpa fue condenado en cuestión de horas por los delitos de idolatría, herejía, regicidio, traición, poligamia e incesto.

de muerte por estrangulamiento, la cual fue ejecutada el mismo día de su condena. El famoso rescate nunca cumplido fue, en esencia, un acto de corrupción con base en la extorsión y en el abuso de poder, que tuvo como consecuencia la apropiación de los colonizadores de amplios recursos del imperio incaico.

El caso de Atahualpa nos demuestra que la corrupción es un mal histórico. Con el paso del tiempo y la evolución de las prácticas corruptas, se ha podido observar que, además de histórica, la corrupción también es endémica, estructural y sistémica, pues estamos ante prácticas frecuentes, recurrentes, cuya presencia y resultado se han mantenido a lo largo de toda la historia sin importar el gobierno de turno: el beneficio de unos pocos en detrimento de la mayoría, profundizando la pobreza, impidiendo el desarrollo y afectando la gobernabilidad. En última instancia, la corrupción es un impuesto que terminan pagando los más pobres.

La pandemia a causa de la COVID-19 es el ejemplo más reciente del impacto directo de la corrupción en nuestro país. Y con ello no solo me refiero a la desviación de fondos o aprovechamiento de las autoridades una vez que la pandemia ya se encontraba entre nosotros —como el escándalo del *Vacuna-gate* o la adquisición de canastas de víveres fantasmas por parte de diversos municipios—, sino a los actos de corrupción realizados previos a la pandemia, los cuales dejaron a nuestro sistema sanitario en un estado de completa indefensión en la lucha contra un virus tan letal como el del coronavirus.

Ahora bien, no es coincidencia que el Perú haya sido uno de los países más golpeados por la COVID-19. Digo que no es coincidencia, porque hoy en día las estadísticas demuestran una relación directa entre el índice de corrupción y el impacto de la pandemia en un país determinado.

De acuerdo con el Índice de Percepción de Corrupción (IPC) elaborado por Transparencia Internacional⁽³⁾, al 2020, el Perú ocupaba el puesto 94 entre los países más corruptos del mundo⁽⁴⁾, con un total de 38 puntos⁽⁵⁾, comparando puesto y puntaje con Brasil, país reconocido por uno de los escándalos más grandes de corrupción en todo el mundo en los últimos tiempos: Lava Jato. Ambos países, en mayor o menor magnitud, demostraron su incapacidad para luchar contra la pandemia de manera efectiva: a la fecha de la elaboración

(3) Transparency International. (2020). IPC 2020. *Transparencia Internacional*. Recuperado de: https://images.transparencycdn.org/images/CPI2020_Report_ES_0802-WEB.pdf

(4) De un total de 179 países, donde el primer puesto lo ocupa el país con el menor índice de corrupción.

(5) El puntaje del IPC es del 0 al 100, correspondiendo el 0 al país más corrupto. Con un puntaje de 38 sobre 100, Perú se encuentra muy por debajo de siquiera la mitad del puntaje máximo, como la mayoría de los países de América Latina.

del presente artículo, Perú cuenta con un aproximado de 200,801 fallecidos⁽⁶⁾, mientras que Brasil con un aproximado de 612,625⁽⁷⁾. En ambos casos, se tiene que las altas tasas de muerte son consecuencia de la carente infraestructura hospitalaria, así como de la falta de personal y material sanitario, lo cual no hace más que comprobar que, a mayor corrupción, menor posibilidad de responder ante cualquier crisis. Esta tesis se ve reforzada cuando observamos el lado opuesto de la balanza, en el cual Alemania, uno de los países que mejor pudo lidiar con la pandemia en sus inicios⁽⁸⁾, ocupaba el puesto 9 del IPC de Transparencia Internacional, con un puntaje ascendente a 80.

La pregunta del millón de dólares es, entonces, ¿cómo disminuir los índices de corrupción en un país como el nuestro? Antes de pasar a siquiera intentar responder esta pregunta, es indispensable entender que la corrupción que más afecta a los países en todo el mundo es aquella realizada a gran escala, también denominada *gran corrupción*, la cual se diferencia de otras formas de corrupción (regular, administrativa, cotidiana, entre otras), pues involucra formas muy enraizadas de estos ilícitos en los niveles más altos del gobierno, que generan una apropiación indebida de significativos recursos y distorsiones sociales generalizadas⁽⁹⁾. En otras palabras, la gran corrupción no es otra cosa que el abuso de poder por parte de diversos grupos poderosos (poder económico, político y criminal), en beneficio propio y a expensas del bien común. Esto incluye sobornos a gran escala, malversación de activos del Estado y otros delitos de corrupción previstos en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

Una vez entendido el impacto de la gran corrupción, y que esta se encuentra enquistada en los más altos niveles del gobierno, resulta incoherente que el Estado peruano venga priorizando sus esfuerzos anticorrupción básicamente en el sector privado, cuando es evidente que la corrupción en el sector público y las instituciones que lo integran, es proporcionalmente más significativa. Ello no quiere decir que no se deba combatir la corrupción privada —más aún cuando es evidente que actores privados normalmente juegan un papel relevante en la corrupción pública—, pero pienso que los esfuerzos y prioridades

(6) Información obtenida de: <https://www.gob.pe/coronavirus>. Fecha: 21/11/2021.

(7) Información obtenida de: <https://www.worldometers.info/coronavirus/>. Fecha: 21/11/2021.

(8) Al 21/11/21, Alemania, un país de 83,24 millones de habitantes, cuenta con un total aproximado de 99 558 fallecidos a causa del coronavirus, esto es, menos de la mitad del número de fallecidos en el Perú, país con 32,97 millones de habitantes.

(9) BLOOM, B. (2014). "Criminalizing kleptocracy? The ICC as a Viable Tool in the Fight Against Grand Corruption". *American University International Law Review*, 29(3), pp. 627-671. Recuperado de: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.pe/&httpsredir=1&article=1817&context=auilr>.

de una política anticorrupción coherente e integral deben ser proporcionales a la realidad de su incidencia.

En el año 2017, en un intento de lucha contra la corrupción y otros delitos vinculados con la actividad empresarial, se promulgó en el Perú la Ley N° 30424, Ley que Regula la Responsabilidad Administrativa de la Persona Jurídica, mediante la cual se instauró el *criminal compliance* en el sector privado como un mecanismo de prevención y detección de determinados ilícitos penales. Desde entonces, este mecanismo de prevención se ha mantenido circunscrito al sector privado, olvidando que las instituciones públicas son el nicho de los delitos más graves de corrupción en nuestro país. Por su parte, la lucha contra la corrupción en el sector público se ha limitado a la supervisión y control *ex post*, es decir, después de cometidos los delitos de corrupción, dejando completamente de lado la prevención, es decir, el control *ex ante*.

Lo que busca el presente artículo es plantear la traspolación del *criminal compliance* –reservado hasta ahora para el sector privado– al sector público; ello como un mecanismo de prevención de prácticas corruptas, a través de la identificación, control y gestión de riesgos dentro de las instituciones públicas, generando así vías de anticipación, identificación y represión de delitos de corrupción cometidos a nivel estatal, y promoviendo, a su vez, una cultura de transparencia e integridad al interior de las referidas instituciones.

II. ¿QUÉ ES EL *CRIMINAL COMPLIANCE*?

El *criminal compliance* es un conjunto de normas, procedimientos y mecanismos de control dirigidos a garantizar el firme cumplimiento de la ley dentro de una organización determinada, regulando y supervisando aspectos como la gestión empresarial diaria y las conductas de las personas que integran la organización, con el objetivo inmediato de prevenir, detectar y reaccionar ante la comisión de delitos o la ocurrencia de riesgos e infracciones de posible trascendencia delictiva.

En el Perú, el *criminal compliance* cobró protagonismo en el año 2017, con la entrada en vigencia de la Ley N° 30424, Ley que Regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas por el Delito de Cohecho Activo Transnacional, la cual fue modificada en el año 2018 por el Decreto Legislativo N° 1352, mediante el cual se amplió la responsabilidad “administrativa”⁽¹⁰⁾ de

(10) Resulta curioso que el legislador peruano haya catalogado la responsabilidad de la persona jurídica como “administrativa” cuando estamos ante una evidente responsabilidad penal. En caso se investigue la presunta comisión de alguno de los delitos enmarcados en la norma, la investigación será de índole

la persona jurídica a los delitos de colusión, cohecho activo genérico, cohecho activo específico, tráfico de influencias, lavado de activos y financiamiento del terrorismo. En el año 2019, con la entrada en vigencia del Reglamento de la Ley N° 30424 a través del Decreto Supremo 002-2019-JUS, el *criminal compliance* cobró aún mayor relevancia a nivel nacional, ocasionando que diversas empresas –privadas y mixtas– tomen la decisión de elaborar e implementar un modelo de prevención de delitos (MDP)⁽¹¹⁾, de acuerdo con los estándares establecidos en la citada norma y su reglamento.

Antes de pasar a mencionar cuáles son los componentes del *criminal compliance*, es menester mencionar que la Ley N° 30424 no es de obligatorio cumplimiento para las empresas privadas y mixtas objeto de la norma, es decir, y contrario a lo que muchos podrían pensar, la norma no sanciona *per se* a una empresa que decide no implementar un MDP, pues se trata de un mecanismo de autorregulación para las personas jurídicas.

Lo que sí hace la norma es establecer que, en caso una persona jurídica sea sancionada por cualquiera de los delitos tipificados en esta, la sanción que se le imponga será proporcional al nivel de diligencia de la empresa en la implementación efectiva de un *criminal compliance*. Entonces, tendremos que las empresas que no tienen siquiera un MDP, podrían ser pasibles de las sanciones más severas establecidas por la norma, como lo son la disolución o la inhabilitación de la persona jurídica. Por el contrario, si la empresa ha tomado las medidas necesarias y ha implementado efectivamente un MDP –de manera previa a la comisión del delito–, pero, a pesar de todos sus esfuerzos, ha existido un mal elemento dentro de la organización que ha faltado a la ley, la persona jurídica podría ser eximida de la responsabilidad “administrativa”, que, como ya he señalado, en realidad es penal.

Ahora bien, ¿qué elementos debe tener un *criminal compliance* o MDP para ser efectivo? Primero, hay que destacar que cada MDP debe ser elaborado a la medida de cada organización, ya que cada entidad tiene determinadas características (tamaño de la empresa, cantidad de colaboradores, control de sus socios de negocios, la complejidad de sus actividades, etcétera) que la hacen propensa a un mayor o menor riesgo de exposición. Segundo, considero

penal, a cargo de una fiscalía penal –y posteriormente de un juzgado penal, de ser el caso– y en una situación en la cual la persona jurídica involucrada recibirá el mismo trato que el de una persona natural bajo investigación.

(11) El *criminal compliance* es también denominado *modelo de prevención de delitos*, *modelo de cumplimiento normativo*, *programa de cumplimiento*, *sistema de prevención de delitos*, etcétera. A efectos del presente artículo, utilizaremos los términos *criminal compliance* y *modelo de prevención de delitos* (MDP) indistintamente.

relevante mencionar que la elaboración de un MDP debería ser tercerizada a especialistas en la materia, dotando de autonomía a quienes lo elaboran y salvaguardando así la imparcialidad del proceso. Una vez aclarado ello, considero que, para elaborar e implementar de manera efectiva un MDP, se deberá transitar por las siguientes fases o etapas:

1. **Levantamiento de información:** En esta etapa se recolectan datos relevantes para la identificación de riesgos, que incluyen tanto fuentes escritas como habladas, internas y externas. De manera más concreta, para realizar el análisis y la identificación de riesgos se realizan entrevistas a personas claves dentro de la organización, se revisa documentación interna y documentación realizada por entidades externas a la empresa, así como la normativa pertinente aplicable al negocio.
2. **Evaluación y mitigación de riesgos:** Una vez identificados los riesgos y los controles existentes para mitigarlos, el equipo encargado de la elaboración del MDP procede a evaluarlos, teniendo en consideración –entre otros aspectos– la probabilidad de ocurrencia del riesgo durante las actividades llevadas a cabo por la empresa, su impacto y la efectividad de los controles, para así determinar el nivel de exposición de esta a la comisión de los delitos objeto de la Ley N° 30424. De todo lo anterior se deja registro en una matriz de riesgos. Asimismo, en esta etapa se elabora un plan de acción que contiene acciones correctoras específicas para la empresa.
3. **Implementación y difusión del MDP:** La implementación efectiva de un MDP dentro de una empresa requiere de lo siguiente: i) que se apruebe el MDP y que los altos mandos se comprometan a su fiel cumplimiento; ii) se nombre un encargado de prevención de delitos (*compliance officer*), que cuente con autonomía y un presupuesto independiente; iii) se cree un canal de denuncias, de preferencia tercerizado para que los colaboradores denuncien sin miedo a represalias; iv) se desarrollen e implementen políticas y procedimientos en el marco de la Ley N° 30424 (por ejemplo, política anticorrupción, código de conducta en los negocios, procedimiento de pagos y rendiciones, etcétera); v) se difunda el MDP y se concientice a los colaboradores de la empresa a través de capacitaciones, lo que puede llevarse a cabo a través de comunicaciones y planes de formación de aquellos (podría ser recomendable que la empresa cuente con un certificado en el que conste la implementación de un programa de detección y prevención de delitos).

4. **Revisión periódica de controles:** Un MDP efectivo requiere de una revisión periódica de los controles establecidos, con las adaptaciones respecto de los riesgos que surjan y la implementación de mejoras que sean necesarias para una actualización continua. Asimismo, será recomendable que las capacitaciones a los colaboradores sean anuales, de manera que se refuerce el compromiso de la organización de dar fiel cumplimiento al MDP adoptado.

A modo de conclusión tenemos, entonces, que el *criminal compliance* es, a la fecha y en nuestro país, un mecanismo de autorregulación destinado únicamente a las empresas privadas y mixtas, cuyo objetivo es el cumplimiento de la Ley N° 30424 y su reglamento, a la par de que fomenta el desarrollo de una cultura de ética e integridad al interior de una organización. Asimismo, es importante recordar que la ley que regula el *criminal compliance* en nuestro país no es de obligatorio cumplimiento, sino que es utilizada por el Estado como un incentivo, pues, en tanto una empresa implemente un *criminal compliance* previamente a la comisión de uno de los ilícitos regulados por la norma, podrá recibir una sanción atenuada o incluso eximirse de responsabilidad.

III. ¿POR QUÉ IMPLEMENTAR EL *CRIMINAL COMPLIANCE* EN EL SECTOR PÚBLICO?

En enero de 2017, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)⁽¹²⁾, estableció recomendaciones para los países miembros y no miembros (que se hayan adherido a la referida recomendación) para el desarrollo de un sistema coherente y global en materia de integridad pública. Por integridad pública, la OCDE se refiere al cumplimiento de los valores, principios y normas éticos compartidos, para mantener y dar prioridad a los intereses públicos, por encima de los intereses privados, en el sector público. Entre las recomendaciones establecidas por dicha organización, podemos resaltar las siguientes:

1. Clarificar las responsabilidades institucionales en el sector público para fortalecer la eficacia del sistema de integridad pública.
2. Desarrollar un enfoque estratégico para el sector público que se base en datos empíricos y que tenga por objeto atenuar los riesgos en materia de integridad pública.

(12) Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) (2017). Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Integridad Pública. Recuperado de: <https://www.oecd.org/gov/ethics/recomendacion-sobre-integridad-es.pdf>

3. Promover una cultura de integridad pública que abarque al conjunto de la sociedad colaborando con el sector privado.
4. Ofrecer a los funcionarios públicos la información, formación, orientación y asesoramiento oportunos para que estos apliquen las normas de integridad pública en el centro de trabajo.
5. Favorecer una cultura organizativa de transparencia dentro del sector público.
6. Implementar un marco de control y gestión de riesgos que salvaguarde la integridad en las entidades del sector público.
7. Garantizar que los mecanismos de ejecución ofrezcan respuestas apropiadas a todas las sospechas de infracciones de las normas de integridad pública por parte de los funcionarios públicos.
8. Reforzar el papel de supervisión y control externos en el sistema de integridad del sector público.

Tal y como se puede apreciar, muchas de las recomendaciones de la OCDE guardan una directa relación con las normas, procedimientos y mecanismos de control que forman parte del *criminal compliance* instaurado al interior de una empresa privada o mixta, por lo que transpolarlo al sector público resulta más que razonable si tenemos en consideración que su implementación sería un vehículo para instaurar la integridad pública como una respuesta estratégica y sostenible en la lucha contra la corrupción.

Ahora, es cierto que en el Perú ya se han aprobado normas destinadas al cumplimiento normativo gubernamental, enfocadas especialmente en la lucha contra la corrupción, como lo son el Decreto Supremo N° 042-2018-PCM, que establece medidas para fortalecer la integridad pública y lucha contra la corrupción; el Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021, aprobado por el Decreto Supremo N° 044-2018PCM, y la Política General de Gobierno al 2021, publicada mediante Decreto Supremo N° 056-2018-PCM. También es cierto que diversas entidades públicas peruanas cuentan con la certificación ISO 37001 Antisoborno; entre otras, el Poder Judicial (Corte Suprema), el JNE, el OEFA, el Indecopi, el OSCE y Ositran.

Si bien podría decirse que estas normas y certificaciones han sentado las bases para la implementación del *criminal compliance* en el sector público, existe aún un trecho muy largo por recorrer, pues es necesaria la implementación de mecanismos que permitan desarrollar una cultura de cumplimiento e

integridad idóneas, así como una institucionalidad lo suficientemente sólida, no solo para proteger al Estado ante la comisión de delitos de corrupción por parte de malos elementos en su interior (control *ex post*), sino sobre todo para prevenir que estos sean cometidos (control *ex ante*).

Pero ¿por dónde empezar a implementar el *criminal compliance* en el sector público? Antes que nada, es indispensable conocer cuáles son las áreas que tienen una mayor incidencia sobre prácticas corruptas, pues es a esas áreas a donde deberán ir dirigidos los mayores esfuerzos.

Un estudio reciente de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) sobre el soborno internacional, con respecto a 427 procesos judiciales de corrupción en 17 países entre los años 1999 y 2014, señala que el 57% de los casos de corrupción analizados estaban relacionados con contrataciones públicas⁽¹³⁾.

Asimismo, de los 4225 casos de corrupción analizados por la Procuraduría Pública Anticorrupción en su informe de mayo de 2018, el 58% de estos se encontraban relacionados con procesos de contratación que efectuaron las autoridades regionales y locales desde sus respectivas instituciones⁽¹⁴⁾.

Ahora bien, cuando hablamos de contrataciones públicas, es menester hacer referencia a dos áreas en las cuales existe una mayor tasa de casos de corrupción: las obras públicas y la adquisición de bienes y servicios. Sobre la base del estudio realizado por la Procuraduría Pública Anticorrupción, de la totalidad de casos de corrupción analizados que se encontraban relacionados con contrataciones del Estado, el 53% correspondía a la adquisición de bienes y servicios, mientras que el otro 47% a obras públicas⁽¹⁵⁾.

En cuanto a la adquisición de bienes y servicios, la corrupción suele traducirse en⁽¹⁶⁾:

- El pago de sobornos a funcionarios públicos por parte de empresas o particulares que no cuentan con los requisitos establecidos para contratar con el Estado (direccionamiento).

(13) Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción. La Corrupción en los Gobiernos Regionales y Locales. Informe Temático - Setiembre 2018. Recuperado de: <https://procuraduriaanticorruptcion.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2018/09/LA-CORRUPCION-C3%93N-EN-GOBIERNOS-REGIONALES-Y-LOCALES.pdf>

(14) *Idem*.

(15) *Idem*.

(16) Esta lista es solo un ejemplo de las diversas prácticas corruptas que se llevan a cabo en la adquisición de bienes y servicios, así como en las tres etapas de las obras públicas.

- La inflación de precios que no corresponden a los bienes y servicios adquiridos.
- La adquisición simulada de bienes y servicios.

En cuanto a las obras públicas, la corrupción es transversal a sus tres etapas:

- i) Fase preparatoria: suele darse el pago de sobornos a funcionarios públicos por parte de empresas a efectos de que la buena pro sea direccionada a su favor o se suele favorecer a empresas “allegadas” que no cumplen con los requisitos o que se encuentran impedidas de participar.
- ii) Proceso de selección: suele darse el pago de sobornos para que se le otorgue la buena pro a una empresa determinada que no cumple con los requisitos establecidos en las bases.
- iii) Fase ejecutoria: suelen pagarse sobornos a efectos de simular ampliaciones de plazo y así evitar el pago de penalidades; para modificar el contrato a través modificaciones simuladas o aprobadas ilegalmente, y para liberar al contratista de la parte más compleja de la obra en menoscabo del Estado, a través de reducciones ilegales.

Otra área que cuenta con altos índices de corrupción en el ámbito estatal es la contratación de personal, donde suelen primar intereses particulares, grupales o políticos por sobre la aptitud de los postulantes. Es en esta área donde prima el tráfico de influencias y el pago de sobornos para que determinados puestos sean asignados a personas que no cumplen con los requisitos establecidos. Asimismo, como consecuencia de la corrupción, existen puestos que se han convertido en intocables y en los cuales se ha enquistado un determinado personal durante años —y no precisamente por su buen desempeño laboral—.

Por último, es indispensable mencionar a los trámites administrativos como otra área en la cual existen altos índices de corrupción en el Estado. Lamentablemente, vivimos en un país excesivamente burocrático, donde los trámites administrativos suelen carecer de transparencia y simplicidad, lo que en muchos casos motiva que los usuarios de la Administración Pública, personas o empresas, a fin de acortar camino y de obtener resultados favorables a sus intereses, opten por el pago de sobornos a funcionarios públicos.

IV. ¿CÓMO IMPLEMENTAR EL *CRIMINAL COMPLIANCE* EN EL SECTOR PÚBLICO?

Como ya pudimos observar, las instituciones públicas se encuentran en una urgente necesidad de implementar nuevos mecanismos que no solo prevengan la comisión de delitos y ayuden en la lucha contra la corrupción, sino que mejoren la gestión pública, en términos de mejora en la calidad de los servicios que se provean a los ciudadanos.

Es aquí donde el *criminal compliance* entra a tallar. Cada institución pública, de acuerdo con sus características particulares, deberá implementar un MDP en los términos expuestos en el acápite segundo del presente artículo. Es sumamente importante recordar que cada institución pública, al igual que cada empresa privada o mixta, cuenta con determinadas características (tamaño de la institución, cantidad de colaboradores, trato con empresas privadas, participación en licitaciones públicas, etcétera) que la hacen propensa a un mayor o a un menor riesgo de que se cometan delitos de corrupción. Solo con la elaboración e implementación efectiva de un MDP *hecho a la medida* es que se podrá prevenir la comisión de estos delitos o, de ser el caso, sancionar a los malos elementos dentro de una determinada institución, sin mellar por completo su reputación.

Y es que, en la actualidad, las instituciones públicas atraviesan por una grave crisis de legitimidad, como consecuencia de la difícil situación económica a causa de la pandemia y a los numerosos escándalos de corrupción ocurridos en el país en los últimos años. Por ello, resulta indispensable reforzar las políticas de integridad institucional, fortalecer la gestión de riesgos y garantizar la transparencia y acceso a la información pública.

Es en este contexto y desde un diseño de políticas de mejora continua en términos de eficacia, y no de mera apariencia, donde cobra sentido el *criminal compliance* público. De este modo, así como el Estado incentiva —mediante la Ley N° 30424— a las empresas privadas y mixtas a implementar un MDP a través de la atenuación o de la exención de responsabilidad penal, el sector público deberá ser incentivado con el aumento del reconocimiento de la legitimidad de sus instituciones, entendido ello como la recuperación del coste reputacional producido por los diversos actos de corrupción cometidos en los últimos años.

No hay que olvidar que existe una demostrada correlación entre un sistema de gobierno liderado por prácticas corruptas y un pobre desarrollo en la actividad económica de un país. La pandemia a causa de la COVID-19 es

un claro ejemplo. Es por ello que la implementación del *criminal compliance* en el sector público se hace más urgente.

Necesitamos, como país, que nuestras instituciones públicas aumenten su capacidad de prevenir la comisión de delitos de corrupción a través del mapeo, la gestión y el control de riesgos. Para ello, necesitaremos que las diferentes instituciones y organismos públicos cuenten con un oficial de cumplimiento (*compliance officer*) que se encargue, de manera autónoma y con un presupuesto independiente, de hacer realidad una cultura de cumplimiento dentro cada organización, no solo identificando, gestionando y mitigando riesgos, sino también encargándose de implementar un canal de denuncias efectivo que permita a los colaboradores –y a los ciudadanos en general– denunciar cualquier acto de corrupción cometido –o por cometerse– al interior de las instituciones públicas. Asimismo, el oficial de cumplimiento se deberá encargar de filtrar y de conocer a los funcionarios y servidores públicos antes y después de ser incorporados a la función pública, con el fin de evitar que malos elementos se incorporen o se mantengan en un cargo público.

V. REFLEXIONES FINALES

La corrupción no es un fenómeno nuevo; existe entre nosotros desde los inicios de la república. Es un problema endémico, histórico, sistémico y estructural. Profundiza la pobreza, impide el desarrollo y afecta la gobernabilidad. El mayor problema es que no solo es una conducta ante la cual nos hemos vuelto tolerantes como país, sino que la hemos normalizado, a tal punto que la hemos integrado como parte de la vida cotidiana y como un mecanismo de movilidad y ascenso social.

Se ha demostrado que existe una directa relación entre los niveles de corrupción de un país y su capacidad de luchar contra una crisis como la ocasionada por la pandemia de la COVID-19. El Perú es un claro ejemplo de ello. Ocupando el tercio inferior en el Índice de percepción de corrupción de Transparencia Internacional, el Perú ha sido uno de los países más golpeados a causa de la pandemia. La razón: la corrupción desvía fondos muy necesarios para la inversión en sanidad, dejando a las poblaciones sin médicos, material sanitario, oxígeno, medicamentos y, en ocasiones, sin clínicas ni hospitales. A ello debemos sumarle la falta de transparencia en las contrataciones públicas, lo que ocasiona un uso inadecuado de los recursos públicos, impidiendo que los bienes y servicios alcancen a las personas a las que están destinadas.

Desde el año 2017, existe en nuestro país la Ley N° 30424, que regula la llamada responsabilidad administrativa de la persona jurídica, la cual ha servido como un mecanismo de autorregulación con fines disuasivos para las

empresas privadas y mixtas, ya que, a través de dicha norma, se establecen atenuantes y eximentes de responsabilidad penal de la persona jurídica en los casos en los que se haya implementado un programa de cumplimiento (*criminal compliance*), que no es otra cosa que un conjunto de normas, procedimientos y mecanismos de identificación, gestión y control de riesgos. Sin embargo, este mecanismo autorregulador y disuasivo no ha sido transpolado al sector público, área con mayores incidencias de prácticas corruptas a nivel nacional.

El Estado deberá asumir su cuota de riesgo en la comisión de delitos de corrupción, para lo cual deberá implementar el *criminal compliance* –reservado hasta ahora básicamente para el sector privado– en todas sus instituciones y organismos, con el fin de prevenir prácticas corruptas a través de la identificación, control y gestión de riesgos dentro estas, generando así vías de anticipación, identificación y represión de delitos de corrupción cometidos a nivel estatal, y promoviendo, a su vez, una cultura de transparencia e integridad al interior de las referidas instituciones. Asimismo, el Estado deberá emplear los mecanismos del *criminal compliance* para conocer y filtrar a sus funcionarios y servidores públicos, antes y durante su contratación, y así impedir que personas inescrupulosas accedan al poder con el único objetivo de beneficiarse personalmente o beneficiar a terceros en detrimento del Estado y sus ciudadanos. Para ello, el Estado deberá adoptar medidas basadas en el gobierno abierto y en la rendición de cuentas (*accountability*), aumentando así la transparencia en la gestión pública.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BLOOM, B. (2014). “Criminalizing kleptocracy? The ICC as a Viable Tool in the Fight Against Grand Corruption”. *American University International Law Review*, 29(3), pp. 627-671.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE) (2017). Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Integridad Pública.
- PROCURADURÍA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN (2018). La Corrupción en los Gobiernos Regionales y Locales. Informe Temático - Setiembre 2018.
- SHACK, N., PÉREZ, J. Y PORTUGAL, L. (2020). *Cálculo del tamaño de la corrupción y la inconducta funcional en el Perú: una aproximación exploratoria*. Lima. Contraloría General de la República.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL. (2020). IPC 2020. *Transparencia Internacional*.

ÍNDICE GENERAL

Presentación	7
--------------------	---

PRIMERA PARTE

PARTE GENERAL

EL CONCEPTO JURÍDICO-PENAL DE FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

PERCY GARCÍA CAVERO

I. Introducción	19
II. ¿Interpretación accesoria o autónoma?	19
III. El concepto jurídico-penal de funcionario o servidor público	22
1. El artículo 425 del Código Penal.....	22
2. Los elementos constitutivos de la definición jurídico-penal de funcionario público.....	25
3. Supuestos particulares	31
IV. La contratación de servicios por parte del Estado.....	36
V. La contratación de personas jurídicas	38
VI. Conclusiones	39
VIII. Referencias bibliográficas	41

CORRUPCIÓN, LAVADO DE ACTIVOS Y DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA

MANUEL A. ABANTO VÁSQUEZ

I.	Algunos conceptos preliminares	46
1.	Los delitos de corrupción	46
2.	El lavado de activos y el autolavado	48
3.	La defraudación tributaria: ¿obligación de declarar ingresos de origen delictivo?	50
4.	El problema: ¿concurso de delitos o concurso aparente?	52
II.	Cohecho y lavado de activos	53
III.	Cohecho y defraudación tributaria	59
IV.	Otras posibilidades de subsunción	66
V.	Conclusiones	69
VI.	Referencias bibliográficas	72

LA JUSTIFICACIÓN DEL CONTRATO PÚBLICO Y EL CONTROL DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN COMO FORMAS DE PREVENIR LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN

ÁNGELES JAREÑO LEAL

I.	Ausencia de justificación del contrato público: incidencia en conductas delictivas	75
1.	¿Indicio de delitos de fraudes o de malversación?	77
2.	¿Indicio de delitos de fraudes o de malversación?	80
II.	La elaboración del expediente de contratación: otras figuras delictivas	82

NOTAS ACTUALES SOBRE CORRUPCIÓN PÚBLICA Y PRIVADA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

ANDRÉS BENAVIDES SCHILLER

I.	Ubicación del tema propuesto	87
II.	Intento de conceptualización del fenómeno. La respuesta penal	88

III. Corrupción pública o institucional y corrupción entre particulares ...	90
IV. Situación chilena	93
V. Bibliografía	98

¿DELITOS ESPECIALES?

REDUCCIÓN DEL “CÍRCULO DE AUTORES”

EN DELITOS DE INFRACCIÓN DE UN DEBER DE FOMENTO

ANDRÉS FALCONE

I. Competencia e imputación en la teoría de la intervención delictiva..	101
II. Los deberes (especiales) de fomento como momento del sistema de competencias	110
III. La autoría en delitos de infracción de un deber especial	118
IV. La participación en delitos de infracción de un deber especial.....	125
V. El delito de posición como falso delito de infracción de un deber especial.....	136
VI. Principio de legalidad, intervención delictiva y deberes de fomento.	140
VII. ¿Delitos especiales? ¿Qué queda?.....	149
VIII. Resumen de conclusiones	152
IX. Bibliografía	155

PROFUNDIZACIÓN DE LA CRÍTICA CONTRA LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER.

¿HASTA QUÉ PUNTO ES SOPORTABLE SU ACEPTACIÓN Y RECEPCIÓN EN EL PERÚ?

**Reflexiones a partir de su asunción indiscutible en el marco
de la discusión de los delitos contra la Administración Pública**

DANIEL MENDOZA YANA

I. Introducción	167
II. Delitos de infracción de deber.....	170
1. Delitos de infracción del deber del funcionalismo político criminal.....	171
2. Delitos de infracción del deber del funcionalismo normativo.....	174

3. Crítica sobre su origen: su vinculación con el Derecho Penal de voluntad	176
III. Apreciación crítica sobre sus postulados	184
1. Apreciación crítica sobre los postulados de los delitos de infracción de deber del funcionalismo político criminal	184
2. Apreciación crítica sobre los postulados de los delitos de infracción de deber del funcionalismo normativo	187
3. Conclusiones provisionales sobre la crítica a los postulados de los delitos de infracción de deber	190
IV. Apreciación crítica de su metodología	191
1. Apreciación crítica de la metodología del funcionalismo político criminal.....	191
2. Apreciación crítica de la metodología del funcionalismo normativo.....	197
3. Apreciación crítica de la metodología común de ambas variantes	201
4. Conclusiones provisionales sobre la crítica a la metodología de los delitos de infracción de deber	208
V. Apreciación crítica de sus consecuencias	210
1. Refuerzo de la operatividad selectiva del poder punitivo (aplicable a ambas variantes de los delitos de infracción de deber).....	210
2. Los resultados del deber por competencia institucional afectan al principio de lesividad.....	216
3. La imposibilidad de la aplicación de imputación recíproca produce vacíos de punibilidad insoportables.....	219
4. La incertidumbre sobre la responsabilidad de los <i>extranei</i>	220
5. Resumen provisional sobre la crítica a las consecuencias de la teoría de los delitos de infracción de deber.....	223
VI. Apreciación crítica sobre su correspondencia con el Código Penal peruano	224
1. Falta de correspondencia <i>de lege lata</i> de la propuesta del funcionalismo político criminal: incapacidad de armonizar un criterio coherente conforme a la distinción de complicidad primaria y secundaria del Art. 25 CP	226
2. Falta de correspondencia <i>de lege lata</i> de la propuesta del funcionalismo normativo: La imposibilidad de determinar la competencia organizacional diferenciada conforme a la complicidad primaria y secundaria del Art. 25 CP en el marco de la infracción de un deber institucional	229

3. Conclusiones provisionales sobre la crítica a la correspondencia en el Código Penal.....	230
VII. Resumen y conclusiones de todo el trabajo	231
VIII. Bibliografía	233

SEGUNDA PARTE

PARTE ESPECIAL

EL DELITO DE CONCUSIÓN: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 382º DEL CÓDIGO PENAL

RAÚL ERNESTO MARTÍNEZ HUAMÁN

I. Introducción	243
II. Elementos constitutivos del delito	245
1. Bien jurídico	245
2. Sujeto activo	247
3. Sujeto pasivo	249
4. Configuración	249
5. Elemento subjetivo	257
6. Consumación y tentativa	258
7. Penalidad	259
8. Autoría y participación	259
9. Concurso	260
III. Bibliografía	261

EL DELITO DE PATROCINIO ILEGAL DE INTERESES DE PARTICULARES ANTE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

DAVID ROSALES ARTICA

I. Apuntes preliminares	265
II. Bien jurídico protegido	266
III. Delito de peligro abstracto	269

IV. Elementos del tipo penal	269
1. Sujeto activo	269
2. Sujeto pasivo	270
3. Conducta típica.....	270
4. Dolo	278
V. Consumación.....	279
VI. Autoría y participación.....	279
VII. Concurso de delitos	280
VIII. Penas	280
IX. Bibliografía	281

DELITO DE PECULADO: CUESTIONES NUCLEARES

RAÚL ERNESTO MARTÍNEZ HUAMÁN

I. Introducción	283
II. Tipo objetivo	287
1. Bien jurídico penalmente protegido	287
2. Sujeto pasivo	289
3. Sujeto activo	289
4. Disposición de los bienes	291
5. Existencia de una relación funcional.....	297
6. La percepción, administración y custodia	298
7. Apropiar o utilizar	299
8. El destinatario: para sí o para otro.....	303
9. Caudales y efectos	304
10. Tipo subjetivo	306
11. Peculado de viáticos	307
12. Relevancia de los bienes apropiados o utilizados.....	308
13. Autoría y participación.....	310
14. Consumación	311
15. Penalidad	313
16. Necesidad de pericia para el peculado.....	314
III. Peculado imprudente.....	314

1. La imprudencia del funcionario o servidor público	316
2. La sustracción	317
IV. Agravantes en el delito de peculado.....	317
V. Referencias bibliográficas	320

EL DELITO DE PECULADO

JAIME LOMBANA VILLALBA

I. Bien jurídico	323
II. Evolución histórica.....	325
III. Sujeto activo.....	326
IV. Modalidades	330
1. Peculado por apropiación	330
2. Peculado por uso.....	335
3. Peculado por aplicación oficial diferente	338
4. Peculado culposo	340
5. Destino de recursos del Tesoro para el estímulo o beneficio indebido de explotadores y comerciantes de metales.....	344
V. Atenuación punitiva	345
VI. Agravación especial en frente a la salud	346
VII. Referencias bibliográficas	347

GESTIÓN DE FONDOS PÚBLICOS: ¿CUÁNDO LA MALA GESTIÓN SE VUELVE MALVERSACIÓN?

ANA LUCÍA HEREDIA MUÑOZ

I. Introducción	351
II. Aspectos esenciales sobre la gestión de fondos públicos.....	351
III. Criterios para el manejo adecuado de los fondos públicos	356
IV. Escenarios conflictivos en el ámbito de la gestión de fondos públicos...	359
V. Reflexiones en torno a la corrupción.....	360
VI. La necesidad de un programa de <i>compliance</i> estatal	361

VII. Malversación de fondos públicos en el Perú.....	361
1. El delito de malversación de fondos públicos y el principio de lesividad.....	364
2. El delito de malversación de fondos públicos y el principio de mínima intervención.....	365
VIII. Conclusiones.....	370
IX. Referencias bibliográficas.....	371

LOS DELITOS DE COHECHO: ¿TODO VALE EN LA PERSECUCIÓN PENAL?

RONALD HENRY VÍLCHEZ CHINCHAYÁN

I. Introducción.....	375
II. Bien jurídico.....	378
III. Conducta típica.....	379
1. Cohecho pasivo.....	381
2. Cohecho activo (art. 397).....	387
IV. Autoría y participación.....	388
V. Balance.....	389
VI. Referencias bibliográficas.....	389

SOBRE LOS ACTOS CONTRARIOS A LOS DEBERES DEL CARGO Y PROPIOS DEL CARGO COMO ELEMENTO DIFERENCIADOR DE LOS DELITOS DE COHECHO ANTECEDENTE

CRISTINA GARCÍA ARROYO

I. Cuestiones previas.....	393
II. Cohecho pasivo propio del artículo 419 CP.....	397
1. Acto contrario a los deberes del cargo.....	398
2. Comportamientos omisivos: retrasar o no realizar.....	423
III. Cohecho pasivo propio del artículo 420 CP: acto propio del cargo ...	429
IV. Bibliografía.....	434

EL BIEN JURÍDICO DEL DELITO DE CORRUPCIÓN PASIVA EN EL SECTOR PÚBLICO

MARCELO ALMEIDA RUIVO

I.	Introducción al problema dogmático	441
II.	Las hipótesis de bienes jurídicos y de la técnica de tutela de la corrupción pasiva.....	442
1.	Dignidad y prestigio de la Administración pública o del Estado .	442
2.	Moralidad, probidad de la Administración y la integridad de los funcionarios.....	443
3.	Transparencia de la Administración pública o del Estado.....	445
4.	Confianza en la Administración en general o en la específica incorruptibilidad del funcionario público	445
5.	La Administración como un todo, la marcha de la función administrativa o la capacidad funcional de la Administración estatal	447
6.	Pureza u originalidad de la voluntad estatal, objetividad de las decisiones gubernamentales o autonomía intencional de la Administración o del Estado	448
III.	Propuesta del reconocimiento del bien jurídico: daño a la no negociabilidad del acto administrativo y peligro al valor nuclear del acto administrativo	450
IV.	Bibliografía	454

¡Feliz cumpleaños, señor funcionario!

SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA ACEPTACIÓN Y EL OFRECIMIENTO DE REGALOS EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

BRUNO RUSCA

I.	Introducción	459
II.	La distinción conceptual entre regalos y sobornos	464
III.	La cuestión del bien jurídico protegido.....	468
IV.	La adecuación social de los regalos	474
V.	Parámetros de distinción entre regalos y sobornos	478

VI. Sobre el principio de *ultima ratio* y la criminalización de la aceptación y el ofrecimiento de regalos 481

VII. Conclusión..... 486

VIII. Bibliografía 487

IX. Jurisprudencia 493

**TRES ASPECTOS PROBLEMÁTICOS
DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**

FRANCISCO ÁLVAREZ DÁVILA

I. Introducción 495

II. Delimitación del bien jurídico..... 497

III. La relación entre el injusto típico de negociación incompatible de la colusión 500

IV. Naturaleza del delito de negociación incompatible 507

V. Referencias bibliográficas 512

**ASPECTOS SUSTANCIALES DEL DELITO
DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS:
EN ESPECIAL REFERENCIA AL TÍTULO
DE INTERVENCIÓN DEL TERCERO INTERESADO
(Artículo 400 del Código Penal)**

ALEJANDRA MARIEL MORI SÁENZ

I. Introducción 515

II. Bien jurídico protegido 515

1. Prestigio o buen nombre de la Administración Pública..... 516

2. Imparcialidad u objetividad de la función pública 518

3. Posturas minoritarias 519

4. Postura personal..... 520

III. Objeto del delito: influencias reales y simuladas 522

1. Influencias reales 523

2. Influencias simuladas..... 523

3. Posición personal..... 525

IV. El tráfico de influencias como tipo pluripersonal ¿delito de encuentro o de convergencia?.....	526
1. Concepto de delitos pluripersonales.....	526
2. Clases de delitos pluripersonales.....	528
3. El tráfico de influencias: ¿delito de encuentro o delito de convergencia?	529
V. Punibilidad del tercero interesado en el delito de tráfico de influencias ...	532
1. Punibilidad del partícipe necesario en los delitos pluripersonales ...	532
2. Punibilidad del tercero interesado en el delito de tráfico de influencias. Posturas doctrinarias y jurisprudenciales	534
3. Postura personal.....	537
VI. Conclusiones	552
VII. Bibliografía	555

**LA PARTICIPACIÓN DEL INTERESADO
EN EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS
Y LA LEGITIMIDAD DE LA INTERVENCIÓN PENAL EN LA
MODALIDAD DE INFLUENCIAS SIMULADAS.
Comentarios al Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116**

MERCEDES HERRERA GUERRERO

I. Introducción	563
II. La participación del interesado en el delito de tráfico de influencias	565
III. Legitimidad del delito de tráfico de influencias simuladas	568
IV. A modo de conclusión.....	577
V. Referencias bibliográficas	578

**ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO:
DERECHO PENAL DE POSEEDOR Y DERECHO PROCESAL
DE INVERSIÓN PARCIAL DE LA CARGA DE LA PRUEBA**

ALCIDES MARIO CHINCHAY CASTILLO

I. Algunas sugerencias.....	597
II. Bibliografía	599

**EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO
¿UN HECHO PUNIBLE DONDE SE INVIERTE
LA CARGA DE LA PRUEBA?**

ROBERTO CARLOS VÍLCHEZ LIMAY

I.	Introducción	601
II.	El delito de enriquecimiento ilícito	602
III.	¿En el delito de enriquecimiento ilícito <i>se invierte la carga de la prueba?</i>	604
	1. En torno a la <i>carga de la prueba</i> en el proceso penal	604
	2. Sobre la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito	609
	3. Sobre el indicio de ilicitud en el delito de enriquecimiento ilícito	612
IV.	Conclusiones	613
V.	Bibliografía	613

TERCERA PARTE

CORRUPCIÓN Y COMPLIANCE

**LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS EMPRESAS
COMO MECANISMO PARA LA LUCHA CONTRA
LA CORRUPCIÓN PÚBLICA EN PERÚ**

PIERO ALONSO MORI SÁENZ

I.	Introducción	617
II.	Un esbozo sobre la relación entre la corrupción pública y las empresas	619
III.	¿Responsabilidad penal de las empresas como mecanismo eficaz para la lucha contra la corrupción en Perú?	626
IV.	Conclusiones	635
V.	Bibliografía	636

**EXTRAPOLACIÓN DEL
CRIMINAL COMPLIANCE AL SECTOR PÚBLICO:
MECANISMO DE IDENTIFICACIÓN, GESTIÓN
Y MITIGACIÓN DE DELITOS DE CORRUPCIÓN**

CAMILA UGAZ HEUDEBERT

I.	Introducción	643
II.	¿Qué es el <i>criminal compliance</i> ?	646
III.	¿Por qué implementar el <i>criminal compliance</i> en el sector público? ..	649
IV.	¿Cómo implementar el <i>criminal compliance</i> en el sector público? ...	653
V.	Reflexiones finales	654
VI.	Bibliografía	655

Este libro se terminó de imprimir
en junio de 2022, en los talleres gráficos
de Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Central: (01) 242-2281
Lima, Perú

