COMPENDIUM DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Todo lo que la doctrina y la jurisprudencia han dicho sobre los delitos que afectan a la Administración Pública

ELKY ALEXANDER VILLEGAS PAIVA

COMPENDIUM

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Todo lo que la doctrina y la jurisprudencia han dicho sobre los delitos que afectan a la Administración Pública

Más de **2500** extractos de doctrina sobre los delitos contra la Administración Pública

Más de **430** extractos de jurisprudencia relacionada con los delitos contra la Administración Pública

Texto completo y actualizado de los artículos del Código Penal que regulan los delitos contra la Administración Pública

Texto completo de los antecedentes y modificaciones de los artículos del Código Penal que regulan los delitos contra la Administración Pública

2021
1.ª EDICIÓN

GACETA JURIDICA
Av. Angamos Oeste Nº 526, Urb. Miraflores
Miraflores, Lima - Perú / ☎(01) 710-8900
www.gacetajuridica.com.pe

COMPENDIUM DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
Todo lo que la doctrina y la jurisprudencia han dicho sobre los delitos que protegen a la Administración Pública

© Elky Alexander Villegas Paiva
© Gaceta Jurídica

Primera edición: abril 2021
2080 ejemplares
Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
2021-03727
ISBN: 978-612-311-800-6
Registro de proyecto editorial
31501222100157

Prohibida su reproducción total o parcial
D. Leg. N° 822

Diagramación de carátula: Carlos Hidalgo De La Cruz
Diagramación de interiores: Lucy Morillo Olivera

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.gacetajuridica.com.pe

Impreso en: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Lima - Perú
Abril 2021
Publicado: abril 2021

PRESENTACIÓN

La relevancia actual que tienen los delitos cometidos por particulares y, especialmente, por funcionarios públicos que afectan a la administración estatal, no deja lugar a dudas sobre la importancia de hacer llegar a todos los operadores jurídicos el presente *Compendium de los delitos contra la Administración Pública.*

Y es que este *Compendium* cumple la esencial función de compilar en forma didáctica, ordenada y sistematizada la legislación, doctrina y jurisprudencia penal sobre los diversos aspectos relacionados con los referidos delitos y sus modalidades, constituyendo una herramienta sumamente práctica para el estudio, análisis y solución de los casos concretos que lleguen a conocimiento de los jueces y fiscales o que patrocinen los abogados de la defensa. La normativa vigente, así como todas las modificaciones que ha sufrido el articulado del Código Penal que se ocupa de los delitos contra la Administración Pública, se encuentran consignadas en la obra debidamente ordenadas. De la misma manera, se incluyen en este trabajo los más importantes conceptos, elementos y desarrollo teórico concreto sobre cada uno de los tipos y modalidades de dichos delitos que han sido elaborados por la doctrina más autorizada. Y, particularmente, la obra reúne toda la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema y las Cortes Superiores sobre los mencionados delitos.

En esa línea, la presente edición contiene dos mil quinientos treinta y nueve (2,539) extractos doctrinales, y cuatrocientos treinta y cinco (435) criterios jurisprudenciales, debidamente estructurados y sumillados para su fácil comprensión y utilización en la aplicación a los casos reales que se presentan en la praxis judicial.

De esta manera, el abogado litigante, así como el juez o el fiscal, encontrarán en esta obra la información necesaria y esencial para atender los casos concretos que lleguen a sus respectivos despachos. Igualmente, este libro constituye una herramienta perfecta para el estudiante de Derecho, y para todo aquel que quiera tener la información más relevante sobre los delitos contra la Administración Pública de forma rápida, sistematizada y actualizada.

El ingente trabajo desarrollado en la compilación y sistematización de la normativa, dotrina y jurisprudencia aplicable a los delitos contra la Administración Pública, se ve recompensado con el hecho de que el producto final se constituya en una de las obras prácticas de mayor consulta para los operadores jurídicos en materia de delitos contra la Administración Pública.

Cabe señalar, finalmente, que tratándose de una obra con eminente carácter operativo, nos comprometemos a continuar con su enriquecimiento y a estar atentos a los más recientes desarrollos doctrinales y jurisprudenciales sobre la materia, así como a los eventuales cambios normativos que se vayan produciendo con posterioridad a la salida del presente *Compendium,* a fin de que se mantenga permanentemente actualizado para futuras ediciones.

Elky Alexander VILLEGAS PAIVA

GUÍA PARA EL LECTOR

Para el mejor aprovechamiento y utilización, en la práctica profesional, de la información contenida en el presente *Compendium de los delitos contra la Administración Pública,* es necesario tener en consideración las siguientes características de la obra:

1. La descripción legal vigente de cada tipo penal o modalidad de los delitos contra la Administración Pública (articulado del Código Penal), se encuentra destacada con letras en **negritas** al inicio del desarrollo de cada figura. A continuación, con letras en *cursivas* y cuando sea el caso, se consigna la evolución normativa del tipo o modalidad de dichos delitos, empezando por la versión original al momento de entrar en vigencia el Código Penal de 1991 y luego el texto de cada una de las modificaciones producidas a lo largo de los años hasta llegar al texto legal vigente en la actualidad.
2. Asimismo, para una fácil comprensión, cada tipo penal o modalidad de los delitos contra la Administración Pública ha sido estructurado siguiendo la metodología de los principales manuales de la parte especial del Derecho Penal. Así, se han colocado extractos doctrinales y jurisprudenciales en cada apartado de imputación objetiva, imputación subjetiva, autoría y participación, tentativa y consumación; y dentro de cada uno de ellos se ha realizado una subdivisión con sumillas que aclaran o explican el sentido de los extractos doctrinales y jurisprudenciales.
3. Cada extracto o cita de la doctrina referenciada en la obra ha sido numerado con la letra **D** seguido de la numeración correlativa que le corresponde: **D 0001**, **D 0002**, **D 0003** y así sucesivamente, y al final de cada uno se consignan los datos bibliográficos respectivos. Del mismo modo, cada extracto jurisprudencial ha sido numerado con la letra **J** seguido de la numeración correlativa que le corresponde: **J 0001**, **J 0002**, **J 0003** y así sucesivamente, y al final de cada uno se consignan los datos del órgano emisor, número de casación o expediente, fecha, nombre del vocal ponente, entre otra información relevante.
4. Para efectos de las citas que el lector desee hacer de la información consignada en esta obra, se recomienda la siguiente forma, en el caso de los extractos de doctrina: SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* 5ª edición, Lima: Iustitia, 2019, p. 3, en: VILLEGAS PAIVA, Elky. *Compendium de los delitos contra la Administración Pública.* Lima: Gaceta Jurídica, 2021, p. 15.
5. En cuanto a los extractos de jurisprudencia consignados en esta obra que el lector desee citar, se recomienda la siguiente forma: Sala Penal Especial. Expediente N° 00011-2019-6, Resolución N° 03, del 08 de enero de 2021, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 7.21, extraída de VILLEGAS PAIVA, Elky. *Compendium de los delitos contra la Administración Pública.* Lima: Gaceta Jurídica, 2021, p. 520.

PRIMERA PARTE

ASPECTOS GENERALES

CAPÍTULO I

Administración Pública y funcionario público en el Derecho Penal

I

EL BIEN JURÍDICO-PENAL EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. Definición de Administración Pública

D 0001 "Administrar es servir. En consecuencia, Administración Pública es el servicio, trabajo, labor o actividad pública que realizan determinados ciudadanos peruanos para lograr su fin último, el cual es lograr el bienestar común. (...).

La Administración Pública es entendida como toda actividad o trabajo realizado por los funcionarios y servidores públicos, los mismos que se encargan de poner en funcionamiento al Estado, orientado al cumplimiento de sus fines y funciones, sometidos a una jerarquía o niveles y roles o funciones en todos sus órganos o entidades".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición, Iustitia, Lima, 2019, p. 3.

D 0002 "[L]a Administración Pública se concibe en doble sentido. Objetivamente, como el conjunto de actividades o trabajos realizados por los agentes o sujetos públicos y que constituye el desarrollo, el movimiento o la dinámica de la función misma. Y, subjetivamente, se constituye en el orden de órganos estatales, lo que implica niveles, jerarquías, entidades, cargos, funciones, roles y oficios delimitados en sus competencias por la ley".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición, Iustitia, Lima, 2019, pp. 3 y 4.

2. El bien jurídico-penal mediato en los delitos contra la Administración Pública

D 0003 "En España y Perú es plenamente dominante la doctrina que sostiene el bien jurídico protegido por los tipos penales agrupados bajo el *nomen juris* "delitos contra la Administración Pública" (en el Perú, el Titulo XVIII del C.P.; art.361 en y ss; un en España, el Titulo XIX, arts. 404 y ss.) es el **correcto funcionamiento de la Administración Pública**, o sea aquellas actividades en favor de los ciudadanos que, a través de su personal, efectúan los distintos poderes del Estado bajo un estado social y democrático de Derecho. Con esto ha superado la doctrina anterior que entendía como buen jurídico protegido por el Derecho Penal a

la "Administración Pública por sí misma" concediéndole a esta, propiedades como "honor", "prestigio", "dignidad".

Pero aparte de este bien jurídico "genérico" o "categorial", en cada delito contra la Administración Pública la lesividad se manifestará en uno o más **objetos del bien jurídico** o **bienes jurídicos específicos**. Correspondientemente, los tipos penales se pueden clasificar según si se "lesionare" o "pusiere en peligro" (como peligro concreto o como "idoneidad peligrosa") determinado objeto del bien jurídico, es decir, como "delitos de lesión" o "delitos de peligro" e "idoneidad". Si no permitiere identificar esta afección al bien jurídico a través de una "lesión" o "puesta en peligro" de sus objetos" (o bienes jurídicos específicos"), no solamente habría violado el principio de "lesividad" (previsto expresamente en el art. IV del Título Preliminar dl C.P. peruano), sino, por atentar contra el principio de legalidad (al no permitir al destinario de la norma identificar por lo menos el núcleo de la conducta prohibida en concreto), este tipo tendría que ser inconstitucional".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. "Modelos de protección penal del patrominio 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, 2020, pp. 188-190.

D 0004 "[S]e sostiene que en este ámbito lo que interesa proteger es el "normal funcionamiento de los órganos de gobierno", la "regularidad funcional de los órganos del Estado" o el "correcto funcionamiento de la Administración Pública". Esta última es la tesis más acorde con el concepto de Estado social y democrático de Derecho en el cual debe enmarcarse también el Derecho Penal. Entonces, no se trata de proteger a la Administración *per se*, ni a su prestigio o dignidad, sino a la actividad pública en cuanto constituya "los servicios que los distintos poderes del Estado prestan a los ciudadanos en el marco de un Estado social y democrático de Derecho".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 16.

D 0005 "El normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública se constituye en el bien jurídico protegido general que se pretende cautelar con cualquiera de las fórmulas legislativas, que regulan las conductas delictivas recogidas en el catálogo penal. No obstante, cada una de las conductas delictivas buscan proteger un bien jurídico más específico.

Como regla general debemos señalar que, en la comisión de cualquiera de los delitos contra la Administración Pública, dos son los bienes jurídicos que se pretende proteger con la sanción penal: el primero lo constituye el normal, correcto y transparente desenvolvimiento o desempeño de la Administración Pública. Este bien jurídico general es afectado por todos los delitos aquí analizados. El segundo bien jurídico que se protege es particular a cada delito. Cada fórmula legislativa, que regula los delitos en particular, pretende proteger un bien jurídico específico. (...).

La singular disgregación en objetos específicos con vinculación institucional de protección penal le confiere a la Administración Pública, en tanto bien jurídico-penal, su carácter supraindividual o difuso. De modo que cuando el hombre o mujer de derecho, en un caso concreto, señale el bien jurídico genérico "correcto y normal funcionamiento de la Administración

Pública", tiene que precisar, acto seguido, el objeto específico de tutela lesionado o puesto en peligro con el comportamiento específico del sujeto público".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición, Lima: Iustitia, 2019, pp. 6 y 7.

D 0006 "El "correcto funcionamiento de la Administración Pública" constituye el "bien jurídico general" o "bien jurídico mediato" en todas las figuras de los delitos funcionariales vinculadas a la corrupción pública. Este "bien jurídico general" se debe concretar en un bien jurídico específico" o "bien jurídico inmediato" que constituirá el auténtico objeto de protección de cada figura delictiva. El "correcto funcionamiento de la Administración Pública" no constituye el criterio de determinación del desvalor de resultado del injusto penal ni contribuye a realizar una función hermenéutica del tipo penal, sino que solo es una *ratio legis* o razón político-criminal de la incriminación penal de ciertas irregularidades funcionariales".

CHANJAN DOCUMET, Rafael H. "El correcto funcionamiento de la Administración Pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública". En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Volumen XXXVIII, N° 104. Bogotá: Universidad Externado, enero-junio de 2017, p. 147.

D 0007 "En estado de cosas, debo hacer dos precisiones. En primer lugar, que las conductas contra la Administración Pública encuentran al bien jurídico-penal protegido en el cuestionamiento y no contribución al mantenimiento de aquella "identidad normativa de la sociedad", en aquella vinculación con el Estado. Esto, en mi opinión, es más exacto y concreto frente a la mera referencia al «buen funcionamiento de la administración», a la que podría dársele –al ser un criterio formal– cualquier contenido. En un segundo lugar, de este modo se da protección penal a aquellos deberes y expectativas normativas que se hallan más proclives a ser cuestionados.

Que luego en cada uno de los tipos penales pueda hacerse una precisión adicional, respecto a que existe, por ejemplo, una lesión al patrimonio del Estado, no enerva la consideración que eh hecho antes. Más bien, da cuenta de que el escenario en esta clase de delitos es variopinto y ha ido evolucionando. Así también debería hacerlo la interpretación penal de los mismos para lograr una mejor aplicación de las herramientas jurídico-penales".

VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald. "Los delitos contra la Administración Pública en el Perú: aproximación a una propuesta de clasificación tripartita". En: GARCÍA CAVERO, Percy y VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (directores). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2020, p. 54 y 55.

3. Elementos de la Administración Pública como bien jurídico

D 0008 "La administración, como bien jurídico protegido, significa la concurrencia de los siguientes elementos:

a) Conjunto de actividades funcionales o de servicio público que le dan sentido a dicha administración y que vinculan al Estado o al orden público en general con la sociedad;

b) Cumplimiento de deberes funcionales por parte de los sujetos públicos, de conformidad a los ámbitos de atribuciones y competencias establecidas en la ley y en los reglamentos, que confirman la confianza pública depositada por la ciudadanía y debida a la nación;

c) Conjunto de principios que vinculan positivamente a la Administración Pública con la actividad oficial de los sujetos públicos y que permiten especificar los ejes de protección penal en cada delito en concreto: imparcialidad, patrimonio público, etc.

La lesión o colocación en peligro del bien jurídico genérico Administración Pública supone la vulneración de los dos últimos componentes ya citados y un trastocamiento del primero al alterarse el sentido y el contenido prestacional de las funciones y servicios públicos. Los delitos contra la Administración Pública son la negación de los deberes funcionales asumidos por los sujetos públicos al acceder a la función o servicio, con prescindencia de la fuente o el título. Con ellos se ejecutan y consuman comportamientos contrarios a los deberes de función".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. 3ª edición. Lima: Grijley, 2020, pp. 130 y 131.

D 0009 "En torno a las características de la Administración Pública como bien jurídico tutelado se admite que él comprende dos esferas concéntricas de protección. La primera, de naturaleza general, corresponde al ejercicio correcto, legítimo e imparcial de las funciones y servicios públicos que le toca ejecutar y brindar a la administración estatal a través de sus órganos competentes (funcionarios o servidores). Y la segunda, se representa como un amplio conjunto de principios, deberes y prohibiciones específicas que deben observar los funcionarios públicos en todos los ámbitos de competencia, niveles, instancias y procedimientos. Estos valores y deberes especiales suelen integrarse en los protocolos de actuación y códigos de ética que orientan el ejercicio de la función pública. En lo esencial, a través de ellos se exige probidad, lealtad, diligencia, honestidad y legitimidad en el obrar funcional de quienes representan y materializan los actos de la Administración Pública".

PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Delitos y penas. Una aproximación a la parte especial.* Lima: Ideas, 2017, p. 179.

II

LA FUNCIÓN PÚBLICA

1. Definición de función pública

D 0010 "La función pública constituye la noción central en la teoría y en la práctica de la Administración Pública, pues a través ella se legitima el Estado y adquiere este perfiles determinados de mayor o menor democratización.

Poseedora de una naturaleza esencialmente dinámica y objetiva, la función pública puede definirse descriptivamente como el conjunto de macroactividades que desarrollan los fines del Estado y acercan a este con la sociedad y sus necesidades. Dependiendo del ámbito donde se desarrolle, puede haber función pública interna y externa, siendo la más importante y decisiva la segunda. Puede tratarse, asimismo, de funciones de poder y funciones de Estado. Las primeras definen las clásicas funciones legislativa, ejecutiva y judicial (en las cuales se suele distribuir el poder del Estado), mientras que las funciones de Estado hacen mención al conjunto de actividades diseñadas a efectos de cumplir con los cometidos de servicio a la nación y a la sociedad (funciones educativa, diplomática, económica, municipal, etc.)".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. 3ª edición. Lima: Grijley, 2020, pp. 132 y 133.

D 0011 "Función pública es la proyectada al interés colectivo o social, al bien común y realizada por órganos estatales o paraestatales. Funciones públicas son las actividades económicas centrales, autonómicas, provinciales y locales, las sanitarias, comunicaciones, enseñanza, etc.".

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte especial*. 22ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 881.

2. Elementos que componen la función pública

D 0012 "Al tratarse de macroactividades de carácter dinámico, la función pública tiene tres elementos:

i) un marco legal y constitucional que define sus alcances y limita sus atribuciones;

ii) el factor humano profesional (los funcionarios y servidores públicos), que es el encargado de concretar los grandes planes y modelos de función; y

iii) una orientación siempre teleológica, vale decir, que mira desde el presente hacia delante con cada aplicación de planes funcionales".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. 3ª edición. Lima: Grijley, 2020, p. 133.

III

LOS CONCEPTOS DE FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO EN EL DERECHO PENAL

1. Definición de funcionario público desde el campo del Derecho Administrativo

D 0013 "El Derecho Administrativo, marcado por la rigurosidad del principio de taxatividad, presenta un concepto de funcionario público ortodoxo, es decir, para el Derecho Administrativo, funcionario público deberá ser una persona natural mayor de edad, portadora de un título (por elección popular, por nombramiento o mandato legal) el cual deberá estar habilitado por autoridad competente en el ejercicio de sus funciones, todo ello con la finalidad de ejercer un cargo en representación del Estado, con la finalidad de viabilizar la función pública".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 57.

D 0014 "[F]uncionario público es aquella persona natural o física con poder de planificación y decisión que presta servicios o trabaja para el Estado. Su poder de decisión y de representación, en forma expresa, determina o ejecuta la voluntad estatal a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa, orientándolo siempre a la realización del bien común, que viene a ser su finalidad última. El funcionario público planifica y decide los objetivos y metas de la institución pública donde trabaja".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición, Iustitia, Lima, 2019, p. 12.

2. Componentes del concepto de funcionario público desde el campo del Derecho Administrativo

D 0015 "Estos componentes son tres:

a) **El título, válido por su origen y formalidad.** El título que le otorga condición pública al sujeto puede provenir:

   i) **por elección popular directa** (presidente de la República y vicepresidentes, congresistas, alcaldes, regidores, presidentes regionales) o indirecta (miembros del Jurado Nacional de Elecciones, miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, Fiscal de la Nación, Presidente de la Corte Suprema, etc.);

   ii) **por nombramiento** (ministros, viceministros, directores, todos los funcionarios de confianza, jueces y fiscales, funcionarios de carrera; y

   iii) **por disposición legal**, cuando así lo establece mediante norma específica la Constitución Política o la ley orgánica u ordinaria de la materia para regular determinados casos en los cuales se producen ceses o vacancias inopinadas.

b) **El proceso de formalización del título.** Este proceso abarca desde la proclamación o publicación en el diario oficial, pasando por las impugnaciones, entrega de credenciales,

hasta la ceremonia de juramentación y asunción formal del cargo, que implica la incorporación del sujeto público a la Administración Pública.

c) **La asunción efectiva del cargo**, que se concreta con el primer acto interno o externo de función. Llegado a este momento tenemos va definido el concepto administrativo de funcionario público. A partir de entonces pasa a ser objeto de interés para el Derecho Penal y se le reconocen una serie de derechos y prerrogativas, a la vez que responsabilidades y obligaciones que le van a diferenciar marcadamente de los servidores públicos y de los particulares o *extraneus*.

d) **Otros requisitos no determinantes** se aúnan al concepto administrativo de funcionario público, como la remuneración, la permanencia o plazo legal de duración, los mismos que no hacen variar la naturaleza fundamental del concepto".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. 3ª edición. Lima: Grijley, 2020, pp. 136 y 137.

3. Definición de servidor público desde el ámbito del Derecho Administrativo

D 0016 "[S]ervidor público es aquella persona natural que también presta sus servicios al Estado, pero sin poder de planificación y decisión sobre la institución en la cual labora. Es trabajador estatal sin mando que brinda al Estado sus conocimientos técnicos y profesionales en tareas o misiones de integración o facilitación de la que realizan los funcionarios públicos en el cumplimiento del objetivo de la Administración Pública: lograr el bien común. El servidor o empleado público siempre está en relación de subordinación frente a los funcionarios. Su misión consiste en realizar diariamente las tareas que le asignan, cumpliendo órdenes que les transmiten sus superiores quienes normalmente son los funcionarios públicos. O cumpliendo funciones previamente establecidas en el manual de funciones que existe en toda dependencia del Estado".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición, Iustitia, Lima, 2019, p. 12.

4. El concepto de funcionario público desde el ámbito del Derecho Penal

D 0017 "No cabe duda que el legislador penal construye su propio concepto de funcionario público; concepto que tiene trascendencia única y exclusivamente en el ámbito penal pero la pregunta es: ¿este concepto ha sido configurado al margen de las directrices administrativas? En otras palabras, ¿existe alguna relación entre el concepto penal de funcionario público y los conceptos ofrecidos por otras ramas del ordenamiento jurídico? Pues de la realidad se desprende que si bien existen matices diferenciadores del concepto de funcionario público –dependiendo de si se mira desde el prisma del Derecho Administrativo o si se hace desde el del Derecho Penal– lo cierto es que resulta francamente complejo pretender deslindar totalmente el concepto penal de una posible influencia de otras ramas del ordenamiento y más concretamente de la administrativa. *El legislador penal no*

pretende definir al funcionario público, sino que su ambición queda limitada a elaborar un concepto penal, se trata de delimitar quiénes deben considerarse funcionarios públicos a efectos penales".

LORENTE VELASCO, Susana María. *Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia*. Madrid: Dykinson, 2011, p. 71.

D 0018 "En consecuencia, podemos extraer una primera conclusión: el concepto penal de funcionario público es más amplio que el administrativo, pues a tenor de sus exigencias se puede catalogar como tal a un individuo que en virtud de las directrices del ámbito administrativo no merece esa consideración".

LORENTE VELASCO, Susana María. *Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia*. Madrid: Dykinson, 2011, p. 72.

D 0019 "[H]ay una distinción básica en el contenido de la figura en cuestión según se aborde desde el Derecho Penal o el Derecho Administrativo. El concepto administrativo de funcionario público se fundamenta en el ingreso a la carrera administrativa, mientras que, en el Derecho Penal, lo relevante para definirlo son las competencias públicas. Por eso, se puede afirmar que el entendimiento del concepto penal es mucho más amplio que el administrativo.

Si se ensaya su definición, atendiendo al desarrollo doctrinal, se tiene que funcionario público es aquella persona que tiene determinadas competencias para actuar en nombre del Estado y con un fin público, gracias a un nombramiento o a una elección popular. Por esto, solo el funcionario público tiene capacidades decisorias y resolutivas.

Puede sostenerse, entonces, que tal calidad supone, por un lado, a) de un requisito formal (para adquirir la calidad de funcionarios, si no, podría tratarse de un caso de usurpación de funciones); y por otro lado b) de un requisito material, asunción de las competencias.

Pese a que en la redacción de los tipos penales se hagan mención además del funcionario público al servidor público y se establezca doctrinalmente una definición, para el Derecho pena peruano ambos términos se pueden utilizar indistintamente. Ese es el uso que incluso le han dado nuestros tribunales".

VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald. "Los delitos contra la Administración Pública en el Perú: aproximación a una propuesta de clasificación tripartita". En: GARCÍA CAVERO, Percy y VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (directores). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2020, pp. 56 y 57.

D 0020 "El Derecho Penal, más precisamente gran parte del Código Penal en este ámbito, parte de un concepto administrativo de funcionario público, pero a efectos de no dejar espacios de impunidad y por decisión político-criminal se ha llegado a complementar el concepto administrativo con ampliaciones de tipicidad que llegan a equiparar a la calidad de funcionario público con una serie de sujetos particulares colocados en una especial cercanía al bien jurídico Administración Pública y que mediante sus aportes concretos llegan a lesionarlo o lo ponen en peligro. La equiparación se da en dos direcciones.

i) En primer lugar a través de específicos tipos penales especiales ampliatorios de tipicidad (artículo 386 CP: peritos, árbitros y contadores particulares, tutores curadores y albaceas; artículo 392 CP: administradores y custodios de entidades de beneficencia o similares privados, administradores, depositarios de dinero o bienes embargados, toda persona o representante legal de personas jurídicas que administran o custodien dinero o bienes destinados a fines de asistencia social o a programas de apoyo social).

ii) Mediante el inciso tercero del artículo 425 CP, que en una cláusula general considera funcionario 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, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos. Se puede consensuar que también el segundo párrafo del artículo 388 CP (peculado de uso), posibilita ampliar la calidad de funcionario o servidor público al contratista de obra pública y sus empleados cuando usan bienes pertenecientes al Estado, en ámbitos distintos a los oficiales.

Es mediante dichas ampliaciones de tipicidad normativa que se construye el concepto penal de funcionario público que, como se verá, prescinde del título válido desde la perspectiva administrativa, pues no hay ni elección ni nombramiento, tan solo equiparación normativa a través del Código Penal o, en su defecto, relación contractual (caso del inciso tercero del artículo 425). Como podrá advertirse, las equiparaciones establecidas en los artículos 396 y 392 solo cubren los delitos a que remiten dichos dispositivos, es decir, colusión desleal y patrocinio indebido de intereses particulares y peculado con malversación de fondos, respectivamente. Dichas equiparaciones de los artículos 386, 392 y 425.3 son para estrictos fines penales, y no tienen alcances administrativos".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, pp. 93 y 94.

J 0001 "En esta perspectiva penal, el artículo 425 del citado Código incorpora una noción amplia de funcionario o servidor público, pues no solo comprende a los que integren la carrera administrativa, a los que desempeñan cargos políticos o de confianza y a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional; sino también (***i***) a los que, con independencia del régimen laboral, presten servicios en organismos públicos en general –incluidas empresas públicas y sociedades de economía mixta– y en su mérito ejerzan funciones en ellas, y (***ii***) a los designados por autoridad competente para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.

Esta amplitud permite reconocer que el Código Penal acoge un concepto amplio, situándose un poco más allá del Derecho administrativo a la hora de fijar este elemento normativo –es un concepto funcionarial autónomo y exclusivo del Código Penal–. Como acota la STSE 793/2006, de catorce de julio, "*Se trata de un concepto nutrido por ideas funcionales de raíz jurídico-política y acordes a un concreto planteamiento político-criminal que exige atribuir la cualidad de funcionario conforme a unas funciones y metas propias del Derecho Penal, no siempre coincidentes con el Derecho administrativo*". (...).

Ello significa que el agente debe realizar actos funcionariales y referidos a la relación entre la administración y los administrados; es decir, debe estar incorporado en la actividad

pública –lo que puede suceder de distintas formas– y, además, debe ejercer la función pública (ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Editorial Palestra, Lima, 2003, pp. 21-30).

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, que puede ser triple: disposición de la ley, elección, o designación o nombramiento por autoridad competente –determinante de un vínculo con el Estado o sus entidades, incluidas empresas públicas o de economía mixta– (Conforme: MIR PUIG, CARLOS: *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*. Editorial Bosch, Barcelona, 2000, p. 22)".

Sala Penal Permanente. Revisión de Sentencia N° 503-2017-Callao, del 5 de noviembre de 2018, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 5.

5. El artículo 425 del Código Penal contiene una lista abierta sobre los alcances de quien puede ser funcionario público para el Derecho Penal

J 0002 "Para efectos penales, el artículo 425 del Código Penal incorpora una relación o listado de *numerus apertus* para entender los alcances penales de funcionario o servidor público, bajo el entendido de que el concepto de funcionario público tiene un contorno propio que reconoce la autonomía funcional del Derecho Penal respecto al resto de órdenes jurídicos especializados, como el administrativo, laboral o constitucional. (...).

Que, como elemento normativo, el artículo 425 del Código Penal proporciona un listado, que progresivamente se ha precisado –no sin marchas y contramarchas–, para los efectos de imputar responsabilidad penal, cuyo contenido esencial estriba, necesariamente, en que el sujeto activo tiene un título, una cualidad jurídica u otra de naturaleza objetiva –es un concepto funcional–, cifrado en la participación efectiva en la función pública, es decir, su contribución a la función estatal –el ejercicio de la función pública, en virtud de una designación pública–. Ello es así porque el examen de las diferentes infracciones penales contra la Administración Pública permite afirmar, como bien jurídico protegido categorial, los servicios que los poderes públicos han de rendir a la comunidad [ORTS BERENGUER, ENRIQUE. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tercera Edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1999, p.736]. Lo que aquí importa es proteger, de modo eficaz, la función pública, así como también los intereses de la Administración en sus diferentes facetas y modos de operar (STSE sesenta y ocho oblicua cero tres, de veintisiete de enero).

La autonomía propia de ese concepto, en sede penal, y su carácter funcional, determinó que el artículo 425 del Código Penal contemple una forma abierta. El último numeral, en todas las normas legales, establece: "*Los demás indicados por la Constitución Política y la ley*" (incisos seis o siete, según el caso).

Que a este respecto es imprescindible tener en cuenta la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita por el Perú el veintinueve de marzo de mil novecientos noventa y seis, aprobada por Resolución Legislativa número veintiséis mil setecientos cincuenta y siete, de trece de marzo de mil novecientos noventa y siete, y ratificada por el Decreto Supremo número diecinueve guion noventa y siete guion RE, de veinticuatro de marzo de mil novecientos

noventa y siete. El artículo I de la Convención entiende por función pública, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos; y, por funcionario o servidor público, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluso 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.

Que como el artículo 425 del Código Penal solo incorpora un listado abierto de todos aquellos que, para efectos penales, pueden ser considerados funcionarios o servidores públicos –es, pues, un elemento normativo–, obviamente es pertinente encontrar referencias para su delimitación en el orden normativo solo en el cual tienen sentido, como su sustrato, aumentando su dificultad a medida que el orden normativo de referencia es más abigarrado [Cuello Contreras, Joaquín. *El Derecho Penal Español. Parte general*, Tercera edición. Madrid: Editorial Dykinson, 2002, p. 559]. El elemento normativo en análisis contiene una remisión normativa a otro precepto cuando, en su inciso seis o siete, menciona a la Constitución y a la Ley.

Es verdad que el origen del cambio legislativo concretado en la Ley número 30124 partió del entendimiento de que la norma anterior no comprendía expresamente a las empresas públicas y de economía mixta en el inciso 3 del artículo 425 del Código Penal, como parecía exigirlo la Convención Interamericana contra la Corrupción. No obstante, esa base histórica basada en la voluntad del legislador no es de recibo, en la medida en que desde las bases mismas del Derecho Público y Penal es admisible otra concepción que permite una comprensión más acabada de la norma penal, en armonía con las obligaciones internacionales del Estado.

Que, en efecto, desde una perspectiva sistemática y teleológica, el concepto de funcionario público, como se anotó, comprende a toda aquella persona que ejerce una función estatal en los marcos de los servicios públicos que el Estado desarrolla en la comunidad –esa noción, mucho más amplia que la del Derecho Administrativo, debe seguir a la de Administración Pública con relación a la tutela penal–. Por ello, cuando la norma vigente en el momento de los hechos imputados hizo referencia a "*entidades u organismos del Estado*", más allá de que la Ley número 27713 en referencia, modificó la norma anterior –norma originaria– que expresamente hacía referencia a las "*empresas del Estado o sociedades de economía mixta*", imponía una interpretación que permitiera entender a toda institución, entidad u organismo público, en el que el Estado desarrolla sus actividades y servicios públicos, en los marcos de la ley, desde la que, sin duda alguna, era inevitable comprender a la actividad empresarial del Estado.

Es cierto, igualmente, reconocer esa línea reformista errática del legislador nacional, sus idas y venidas, respecto a la actividad empresarial del Estado, pero más allá de su intento de concretar supuestos en línea casuística, siempre admitió que había entidades, instituciones y organismos públicos que realizaban servicios públicos, y personal que actuaba en ellos, así como también acogió una descripción abierta de funcionario o servidor público al incorporar en el listado a otros cargos que indicara la Constitución y la ley.

Que, según el artículo 55 de la Constitución, *"Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional"*. La Convención Interamericana contra la Corrupción ya estaba en vigencia cuando se produjeron los hechos objeto de inculpación formal. Si se estima que el numeral 3 del artículo 425 del Código Penal no era aplicable al *sub-lite*, sí se subsumía, inevitablemente, en el numeral 6, que remitía los alcances del término "funcionario público" a otros preceptos, en este caso, directamente al artículo I de la citada Convención –ya integrada al ordenamiento nacional–. Aunque, como ha quedado expuesto, por la propia

naturaleza del bien jurídico tutelado y el entendimiento de la noción de funcionario público como quien desarrolla un rol efectivo en la función pública, era del caso interpretar que el inciso tercero comprendía a las empresas públicas y de economía mixta.

Por lo demás, la mención a la aludida Convención, en tanto norma que integra el derecho nacional, es compatible con el principio de reserva de ley, pues el concepto de funcionario público es un elemento normativo en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública. No se trata de una aplicación inmediata de una cláusula incriminatoria prevista en el ordenamiento internacional, sino de la invocación de un elemento técnico normativo conforme con las fuentes internacionales de obligatoria observancia [Cario Coria, Dino Carlos. *Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*. Lima: Jurista Editores, 2002, p.168]".

Sala Penal Transitoria. Casación N° 634-2015-Lima, del 28 de junio de 2016, magistrado ponente: San Martín Castro, considerandos 1-6.

J 0003 "[E]l Código Penal no define estos dos conceptos, aunque si nos entrega una noción amplia de que sujetos son considerados funcionarios o servidores públicos (artículo 425). Lo concreto es que, en la formalización de la investigación preparatoria, aparece que a los investigados se les considera como sujetos públicos debido a que, como ellos mismos reconocen, fueron contratados por la institución estatal para emitir un informe. No obstante, como es criterio adoptado por esta Sala Superior, para determinar realmente si los investigados, al momento de los hechos, ostentaban la condición de sujetos públicos es necesario realizar actividad probatoria y, luego, valorar los elementos de convicción que se obtengan al respecto. (...)".

Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios. Expediente N° 00003-2017-25-5002-JR-PE-02, Resolución N° 7, del 02 de febrero de 2020, magistrado ponente: Angulo Morales, considerando 9.

6. Quien mantiene un contrato de servicios no personales con alguna entidad del Estado tiene la condición de funcionario público

J 0004 "[S]e advierte que el Instituto Peruano del Deporte constituye un organismo descentralizado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros (...), por ende, al suscribir el encausado (...) el contrato de servicios no personales con dicha institución –véase fojas ochocientos noventa y tres–, su condición fue la de funcionario público, así lo contempla el artículo cuatrocientos veinticinco, apartado dos del Código Penal (...)".

Sala Penal Permanente. R. N. N° 2026-2009-Pasco, del 25 de enero de 2010, magistrado ponente: Príncipe Trujillo, considerando 8.

7. El agente que, independientemente de su régimen laboral, mantiene vínculo contractual o laboral con alguna entidad del Estado, tiene la condición de funcionario público aun cuando preste sus servicios fuera de las instituciones estatales

J 0005 "De la revisión y análisis de lo actuado, se advierte que el Colegiado Superior no efectuó un adecuado juicio de interpretación de los tipos penales imputados y de subsunción

de los hechos materia de investigación, pues en reiterada jurisprudencia se determinó que los integrantes de los núcleos ejecutores que celebraron convenio con el Fondo de Cooperación para el Desarrollo Social, así como los inspectores y supervisores de esta última institución, tienen la calidad de funcionarios públicos por el mérito de lo dispuesto por el inciso tres del artículo cuatrocientos veinticinco del Código Penal, que dispone considerar esta condición al agente que independientemente de su régimen laboral, mantiene vínculo contractual o laboral de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado; por cuyo motivo, debe entenderse a aquellas personas que prestan sus servicios técnicos y profesionales al interior o fuera de las instituciones estatales (en sentido amplio) y cuyas contribuciones con el aparato estatal llegan a constituir función pública; a lo que debemos agregar que la doctrina consolidada señala que estos no obstante que "(...) no se hallan comprendidos en la administración estatal ni hacen carrera administrativa, manteniendo con ella tan solo vínculos laborales o contractuales, temporales y/o a plazo fijo cuya naturaleza jurídica de Derecho privado o público se torna irrelevante –para excluirlos o considerarlos dentro del alcance de las conminaciones penales–, pero que dada la importancia y gravitación de la actividad que desarrollan han sido considerados normativamente sujetos públicos para el Derecho Penal" (Rojas Vargas, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Grijley, dos mil dos, página cuarenta y nueve). Además, la Convención Interamericana contra la Corrupción suscrita en Caracas, el veintinueve de marzo de mil novecientos noventa y seis, ratificada por Decreto Supremo número cero doce - noventa y siete - RE, en su artículo uno, entiende que cuenta con esta calidad (funcionario o servidor público) "(...) 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 (...)", convención que por la jerarquía de las normas y tratándose de una legislación específica, estimamos resulta aplicable, especialmente porque forma parte de nuestra legislación nacional al ser suscrita por el Perú, en tal virtud, es apreciable este instrumento jurídico para resolver cualquier hecho relacionado con el concepto de funcionario o servidor público. Por otro lado, cabe mencionar que los dineros administrados por el Fondo de Cooperación para el Desarrollo Social y que fueron entregados al Núcleo Ejecutor del Proyecto "Canal Carnasapampa - Mucha", sin interesar que sean provenientes del Estado o de particulares con motivo de donaciones, resultan tutelables por el tipo penal de peculado, en rigor porque pasaron a la esfera de dominio de esta institución estatal, o porque en su defecto, esta tiene o mantiene un legítimo derecho expectante sobre los mismos".

Sala Penal Permanente. R. N. N° 4630-2008-Ica, del 21 de octubre de 2009, magistrado ponente: Gonzales Campos, considerando 4.

8. Los bomberos tienen la condición de funcionarios públicos a efectos penales

J 0006 "Por consiguiente, no es suficiente o determinante que el artículo 3 del Decreto Legislativo número 1260 enfatice que el bombero no es funcionario o servidor público, sino que es de analizar el status integral de su función, la naturaleza del servicio de la institución y las reglas jurídicas respecto de los bienes asignados para el cumplimiento de sus funciones (artículos 5 y 6 del referido Decreto Legislativo). Ello significa que el agente debe realizar actos funcionariales y referidos a la relación entre la administración y los administrados;

es decir, debe estar incorporado en la actividad pública –lo que puede suceder de distintas formas– y, además, debe ejercer la función pública (Abanto Vásquez, Manuel: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*, Editorial Palestra, Lima, 2003, pp. 21-30).

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, que puede ser triple: disposición de la ley, elección, o designación o nombramiento por autoridad competente –determinante de un vínculo con el Estado o sus entidades, incluidas empresas públicas o de economía mixta– (Conforme: Mir Puig, Carlos: *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 2000, p. 22).

Que, así las cosas, y desde las nuevas disposiciones legales citadas en el fundamento jurídico cuarto, se tiene, primero, que los bomberos participan en el ejercicio de una función pública; y, segundo, que tienen un título de habilitación debidamente estructurado por la ley e integran, por lo demás, un cuerpo jerarquizado.

Asimismo, los bienes de la institución tienen un fin determinado y están sujetos a control gubernamental. Los hechos materia de condena están circunscriptos a una actuación en el marco de la función pública y referida a máquinas de la institución, cuya utilización se cuestionó. No es posible, por no ser ámbito de la revisión penal, cuestionar en esta vía si el hecho en sí mismo era, en efecto, delictivo y si quienes intervinieron en su realización eran punibles o debían ser sancionados penalmente. Solo se afirma a estos fines que la nueva legislación no modificó el concepto penal de funcionario o servidor público estipulado en el artículo 425 del Código Penal".

Sala Penal Permanente. Revisión de Sentencia N° 503-2017-Callao, del 5 de noviembre de 2018, magistrado ponente: San Martín Castro, considerandos 5 y 6.

9. Funcionarios públicos pueden ser sancionados tanto administrativa como penalmente sin que ello implique una vulneración al principio del *ne bis in idem*

J 0007 "Que en este contexto, es de precisar tres aspectos concretos sobre la institución del "non bis in ídem" alegada por la imputada:

A. Implica de forma abstracta la obligación de no juzgar o condenar dos veces por la misma infracción.

B. Su aplicación está sujeta como condición "sine qua non" a la presencia de la triple identidad: sujeto, hecho y fundamento.

C. No debe existir una relación de sujeción especial entre el sujeto y la administración, pues si concurre esta circunstancia especial puede aplicarse una sanción penal y administrativa. Cabe acotar que esta relación especial se presenta cuando el infractor libremente se somete a una relación intensa de sujeción con el Estado y se genera un conjunto de derechos y obligaciones entre aquel y la entidad.

Que, en tal sentido, la Administración podrá ejercer su potestad sancionadora, con independencia de la sanción penal por los mismos hechos, cuando se presenta una situación de

quebrantamiento de la confianza depositada en el servidor por el ente, en tanto y en cuanto, se va a partir de la existencia de condiciones mínimas inherentes a la actividad oficial que resultan imprescindibles para la eficiente atención de los asuntos a cargo de la administración.

Que, es de precisar, que el fundamento de la doble sanción estriba, en que al infractor como ciudadano le corresponde una sanción de carácter penal como consecuencia de una conducta punible desarrollada, pero por otro lado como persona sometida a la relación especial con el ente administrativo en la que se ha quebrado la relación de confianza que en él se había depositado se acepta la imposición de la sanción administrativa, por lo que son perfectamente compatibles ambas sanciones –no se excluyen–. Por lo demás es de puntualizar que cuando se adelanta un proceso disciplinario y uno penal contra una misma persona por unos mismos hechos, no se puede afirmar "prima facie" válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, en tanto, la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, al igual que el interés jurídico que se protege. En efecto, en ellos se evalúa la conducta del implicado frente a normas de contenido y alcance propio, pues en el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de estos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la Administración Pública, mientras que en el proceso penal las normas buscan preservar bienes sociales más amplios".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 2659-2011-Arequipa, del 22 de noviembre de 2012, magistrado ponente: Lecaros Cornejo, considerandos 9-11.

10. Los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios o servidores públicos constituyen delitos de infracción de un deber especial

J 0008 "En la construcción típica de todo delito se establece quién puede ser sujeto activo en la realización de la conducta descrita en el tipo. Así, algunos tipos penales pueden ser cometidos por sujetos que no poseen una condición personal específica (delitos comunes), pues vulneran el deber general de observancia de la norma prohibitiva o imperativa, subyacente al tipo penal. En otros supuestos típicos, para su materialización, se exige una condición o cualidad específica en el realizador del hecho punible (delitos especiales), en que el contenido del injusto se relaciona con el quebrantamiento de un deber jurídico específico institucional. Con base en lo mencionado, desde Claus Roxin se distingue entre delitos de dominio y delitos de infracción del deber.

En efecto, existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que corresponde exclusivamente a la órbita del autor –característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos–. Este deber dimana de una condición positiva –deber de producir una situación de bienestar– que vincula estrecha y excluyentemente al obligado con la protección del bien jurídico. En los casos de funcionarios o servidores públicos, este deber se encuentra relacionado con el funcionamiento efectivo y eficaz de la Administración Pública. De esta manera, en este ámbito, se descarta el equivocado y difuso concepto del bien jurídico, que lo relaciona con el "correcto funcionamiento" de la Administración Pública. La corrección se vincula con la persona de conducta irreprochable –de carácter formal y moral–, pero no con la observancia de los deberes institucionales de la conducta funcionarial –de carácter material y jurídico–, en la creación de valor público. La ley confiere a los funcionarios y servidores públicos un especial

rol social de protección jurídica de los intereses públicos, concretado en la gestión adecuada de los recursos públicos, entendidos en forma amplia –personal, normas, organización, funciones, estructura, tiempo, patrimonio–. Por tanto, no se trata de la protección de un deber moral –de lealtad o buena fe– o del reforzamiento de una relación de sujeción del funcionario o servidor al Estado, sino de la consolidación de deberes jurídicos institucionales. Ergo, el autor de estos delitos no puede ser cualquier persona, sino solo aquel funcionario o servidor público que tiene un estatus funcional especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto desde la plataforma del deber que ostenta. Y es la infracción de dicho deber lo que lo convierte en autor, de manera acabada y sin que sea admisible la coautoría con otros funcionarios o servidores o particulares, "puesto que el status de los obligados personalísimos no se comparte con otros sujetos, sino que el mismo se constituye siempre individual e inmediatamente respecto de un determinado bien jurídico para su ayuda y fomento". El nivel jerárquico –propio de las instituciones públicas– en este tipo de delitos no es determinante para ostentar la calidad de autor. Es la vinculación específica del funcionario o servidor público con la función asignada, en el contexto del tipo penal concreto.

Ahora bien, en los delitos de infracción del deber no basta con poseer la condición de funcionario o servidor público para inferir inmediatamente su condición de autor del delito. A la condición objetiva especial –la de funcionario o servidor público– debe agregarse el vínculo especial. 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. En general, la vinculación funcional del sujeto activo con el bien jurídico se expresa típicamente con los términos "abusando de sus atribuciones", "valiéndose de su condición de funcionario o servidor público", "por razón de su cargo" o "de su función", "violación de sus obligaciones", o "abuso de su cargo". El común denominador de todas estas frases típicas es que dejan trasuntar, en el plano normativo, deberes jurídicos que solo pueden ser cumplidos por quienes tienen una vinculación funcional específica. Se trata de deberes de garante, que surgen a partir de las funciones específicas del funcionario o servidor público, en un contexto institucional determinado. La vulneración de este deber le da el título de autor. Aquellos que no tengan esta relación especial con los caudales o efectos, aun cuando sean funcionarios o servidores públicos, responderán eventualmente como autores, por un delito común, equivalente o por el mismo delito, como partícipes.

Por otro lado, en cuanto a los sujetos que sin ostentar la calidad de funcionario o servidor público (*extranei*) participan en la comisión de un delito funcionarial, al no tener esa calidad especial, responderán como partícipes en la modalidad de inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva –en torno a la accesoriedad de la participación– en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del *extraneus*. Esto es así en la medida en que un hecho no puede ser encuadrado completamente bajo dos tipos penales diferentes; y, además, la conducta del *extraneus* no es una conducta autónoma; sino que es dependiente del hecho principal realizado por el autor, que infringió el deber especial".

Sala Penal Permanente. Casación N° 1749-2018-Cañete, del 19 de agosto de 2020, magistrado ponente: Figueroa Navarro, considerandos 10 y 12.

SEGUNDA PARTE

DELITOS COMETIDOS POR PARTICULARES

CAPÍTULO II

Usurpación de autoridad, título y honores

I

USURPACIÓN DE FUNCIONES

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 361 **Usurpación de funciones**

El que, sin título o nombramiento, usurpa una función pública, o la facultad de dar órdenes militares o policiales, o el que hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo continúa ejerciéndolo, o el que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años, e inhabilitación de uno a dos años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2.

Si para perpetrar la comisión del delito, el agente presta resistencia o se enfrenta a las Fuerzas del Orden, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años[1].

TEXTO ORIGINAL

Artículo 361.- Usurpación de función pública

El que, sin título o nombramiento, usurpa una función pública, o la facultad de dar órdenes militares o policiales, o el que hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo continúa ejerciéndolo, o el que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años, e inhabilitación de uno a dos años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2. Si para perpetrar la comisión del delito, el agente presta resistencia o se enfrenta a las Fuerzas del Orden, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años.

2. Tipicidad objetiva

2.1. El bien jurídico penal específico

D 0021 "En cuanto al bien jurídico específico directamente afectado, es la legalidad de la función en cuanto a la competencia o idoneidad de quien actúa o puede actuar ejerciendo una función pública para decidir o establecer distintas esferas de competencia entre los funcionarios".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 114.

1 Texto vigente conforme a la modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 25444, publicada el 23 de abril de 1992 en el diario oficial *El Peruano*.

D 0022 "La legalidad de la función pública en cuanto a la competencia o idoneidad de quien actúa o puede actuar ejerciendo una función pública para decidir o establecer distintas esferas de competencia entre los funcionarios, debiendo precisarse que dicho bien jurídico es afín al contenido del bien jurídico genérico, esto es, el regular funcionamiento de la Administración Pública".

CREUS, Carlos. *Delitos contra la Administración Pública*. Buenos Aires: Astrea, 1981, p. 148.

J 0009 "En cuanto al bien jurídico protegido por este delito, es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, concretizado en el cumplimiento de las funciones por los funcionarios o servidores públicos, con sujeción a las competencias delimitadas normativamente. El objeto específico de protección es el garantizar la exclusividad de la titularidad y ejercicio de las funciones públicas a los órganos y agentes estatales.

La tutela de este interés se dirige a garantizar la legalidad de la función pública, basada en la autoridad estatal para otorgar facultades de decisión o ejecución a determinadas personas y distinguir las esferas de competencia entre los funcionarios; es esa autoridad la que se ataca cuando quien no es funcionario asume la función o cuando lo hace un funcionario que carece de competencia para ejercerla".

Sala Penal Transitoria. Casación N° 956-2016-Áncash, del 4 de junio de 2019, magistrado ponente: Castañeda Otsu, considerando 8.

2.2. Sujeto activo

D 0023 "El sujeto activo en el artículo 361 del Código Penal puede ser cualquier persona, por lo que se trata de un delito común o de sujeto activo indeterminado.

Lo normal será que se trate de un particular que no ha llegado, por cualquier motivo, a ser funcionario público por faltarle alguno de los requisitos exigidos por Ley; empero, no debe pensarse que un funcionario público no pueda ser sujeto activo de este delito, cuando se trata de asumir "otro cargo" para el que carece de título o nombramiento".

REÁTEGUI SANCHEZ, James. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. Vol. II. Lima: Ediciones Legales, 2016, p. 1298.

J 0010 "En relación a los elementos objetivos de este tipo penal, el sujeto activo puede ser cualquier persona, tanto un *intraneus* (integrante de la Administración Pública), entre ellos, un funcionario o servidor público que ostenta y ejerce una competencia para la cual no está legitimado primariamente, como el *extraneus* (particular), quien es ajeno a la función pública".

Sala Penal Transitoria. Casación N° 956-2016-Áncash, del 4 de junio de 2019, magistrado ponente: Castañeda Otsu, considerando 8.

2.3. Sujeto pasivo

J 0011 "El sujeto pasivo es el Estado, en la medida que con el acto usurpador se vulnera el funcionamiento adecuado de sus órganos, al invadirse las competencias preestablecidas".

Sala Penal Transitoria. Casación N° 956-2016-Áncash, del 4 de junio de 2019, magistrado ponente: Castañeda Otsu, considerando 8.

J 0012 "El sujeto activo en este delito puede ser cualquier persona. Puede serlo incluso un funcionario o servidor público –en funciones o no– que ostenta y ejerce una competencia para la cual no está legitimado primariamente. El sujeto pasivo es el Estado, en la medida que con el acto usurpador se vulnera el funcionamiento adecuado de sus órganos, al invadirse las competencias preestablecidas. En este sentido, el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, objetivado en el cumplimiento de las funciones por los funcionarios o servidores públicos, con sujeción a las competencias delimitadas normativamente. El objeto jurídico específico de protección es el garantizar la exclusividad de la titularidad y ejercicio de las funciones públicas".

Sala Penal Permanente. Apelación N° 11-2017-Loreto, del 15 de febrero de 2019, magistrado ponente: Figueroa Navarro, considerando 6.2.

2.4. Conductas típicas

J 0013 "Conforme se aprecia del texto literal, el tipo penal contiene tres modalidades de usurpación de funciones:

a) usurpar una función pública o la facultad de dar órdenes, militares o policiales;
b) continuar ejerciendo el cargo, no obstante, haber sido cesado, suspendido, subrogado o destituido; y,
c) ejercer funciones correspondientes a cargo diferente del que se tiene".

Sala Penal Transitoria. Casación N° 956-2016-Áncash, del 4 de junio de 2019, magistrado ponente: Castañeda Otsu, considerando 9.

- **Alcances del término "usurpar" conforme a la modalidad típica de "usurpar una función pública o la facultad de dar órdenes, militares o policiales"**

D 0024 "[E]l término "usurpar" debe entenderse solamente en el sentido de que el sujeto activo ejerce, ilegítimamente (sin título ni nombramiento), funciones públicas, haya o no haya asumido previamente de manera oficial tales funciones".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 108.

D 0025 "El verbo rector "usurpar" se refiere a los dos supuestos señalados en el tipo: "la función pública" y la "facultad de dar órdenes militares o policiales". Luego, en ambos casos debe darse la conducta típica de "usurpar" en el sentido de "ejercicio ilegítimo"".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 110.

D 0026 "En primer lugar, la acción típica consiste en "usurpar" funciones dentro de la Administración Pública, y en ese sentido, al no quedar especificado en el texto penal el medio delictivo, se deja abierta la posibilidad de adecuarse cualquier medio idóneo para la perpetración de la asunción o ejercicio de funciones públicas (*delito de medio indeterminado)*. Así, el agente puede valerse de engaño, falsedad, astucia, etc. Pero, en el supuesto de que el agente utilice *violencia* o *amenaza,* esta no deberá dirigirse contra integrantes del orden público (V. gr. policías, militares), pues se estaría ante la forma agravada del delito de usurpación de funciones». Por ende, cualquiera de estos últimos medios utilizados en la comisión delictiva podrán adecuarse al tipo básico, siempre que sean dirigidas a funcionarios que no estén investidos del cargo de miembros del orden.

En otras palabras, no interesa la forma como realice el autor la usurpación, ya sea violentamente (situación que podría generar concurso con otros delitos) o por medios pacíficos; tampoco son relevantes los móviles o motivos que hubiera tenido para obrar; ni el hecho de que el ejercicio ilegítimo de funciones sea favorable o perjudicial al servicio público.

Esto no quiere decir que en la "usurpación de funciones" no medie el engaño. Aunque el tipo penal no lo diga expresamente, el término "usurpar" denota automáticamente también un elemento de "falsedad": la "atribución de carácter "oficial" de la conducta del sujeto activo; en este elemento se manifiesta el engaño que sufre el que soporta la actuación del usurpador. El engaño puede presentarse ya desde el momento de la "asunción" de una función pública, la que es ejercida posteriormente, o en la legitimidad para ejercer funciones, sin previa asunción".

REÁTEGUI SANCHEZ, James. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial.* Vol. II. Lima: Ediciones Legales, 2016, pp. 1299 y 1300.

- **La usurpación implica el ejercicio ilegítimo efectivo del cargo o comisión realizando actos que son propios de ellos**

D 0027 "El ejercicio (ilegítimo) consiste en desempeñar efectivamente el cargo o comisión, realizando actos que son propios de ellos. En algunos casos será necesaria la "asunción" previa, pero ella sola no es suficiente, el sujeto activo deberá ejercer la función. Al ejercer el sujeto debe atribuirse públicamente la calidad del funcionario y realizar actos funcionariales; no basta con la mera invocación de ser funcionario público. P. ej., solo habrá delito de daños cuando un particular (sin invocar ser funcionario) mandara destruir un edificio en estado ruinoso y es obedecido; pero sí habría delito de "usurpación de funciones" cuando el sujeto activo haya asumido previamente el cargo respectivo y luego ordena el acto mencionado o, sin haber asumido el cargo, ordena tal acto dando a entender que es un funcionario competente para ello. No interesa si el acto por sí mismo es legal o ilegal; si es formal y materialmente correcto o no. P. ej., también habrá tipicidad cuando el sujeto se atribuye la condición de funcionario público y ordena la destrucción de un edificio realmente ruinoso que amenaza la seguridad pública. Aquí, por supuesto, podría discutirse más bien una causa de justificación (estado de necesidad)".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 108 y 109.

D 0028 "La forma comisiva de este apartado penal requiere que el sujeto activo no solo se limite a manifestar su ilegítima autoridad, sino que debe exteriorizar dicha voluntad traduciéndose en actos que impliquen el ejercicio de la función pública en cuestión".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 167.

D 0029 "La conducta típica exige que el ejercicio de la función pública haya sido real y efectivo, no bastando (...) la sola invocación o fingimiento de que se es titular del cargo o comisión. No basta invocar la sola calidad sin ejecución, aunque la invocación sirva para requerir que la autoridad actúe.

Se entiende que los requisitos que debe reunir la conducta típica son la de autoatribución de la calidad de funcionario y realización del acto funcional. Si no se dan estas condiciones, la conducta queda al margen del delito de usurpación de autoridad".

BUOMPADRE, Jorge. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo III. 3ª edición. Buenos Aires: Astrea, 2009, p. 121.

J 0014 "[P]ara efectos de la configuración del referido tipo penal, es necesario que el agente asuma un determinado cargo público, y ejecute o desarrolle actividades inherentes a una función pública específica. Al analizar el núcleo del desvalor de este delito, se debe determinar cuáles son las conductas que ingresan al ámbito de protección de la norma, subyacente al tipo penal previsto en el artículo trescientos sesenta y uno del Código Penal. Por tanto, no cualquier actuación de quien se arroga una función pública es la que se sanciona, bajo esta modalidad típica, sino aquellas que manifiestan el ejercicio concreto de la función pública. En otros términos: para la realización típica no es suficiente que el agente asuma función pública como tal, sino que debe ejercitarla u ejecutarla en la esfera de actuaciones administrativas".

Sala Penal Permanente. Apelación N° 11-2017-Loreto, del 15 de febrero de 2019, magistrado ponente: Figueroa Navarro, considerando 6.5.

- **Para que se configure la usurpación del cargo público, este último debe existir legalmente**

D 0030 "El tipo penal examinado exige que al momento del hecho la función pública exista legalmente, ya que en caso contrario el objeto de protección de la norma en nada se verá afectado. Se entiende que la función pública debe existir, y que no es suficiente que el autor crea; si ese fuera el supuesto, no habrá delito por falta de ofensa a la Administración Pública".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 168.

D 0031 "El tipo penal exige que el ejercicio se traduzca en actos que impliquen una actividad funcional. El agente debe realizar una actividad que realmente constituya función pública, es decir, una actividad que implique el ejercicio de la voluntad estatal para realizar un fin público.

La función pública no solo debe existir legalmente en el momento en que se comete la infracción, sino que puede revestir cualquier carácter o naturaleza: nacional, provincial o municipal, administrativa, legislativa o judicial.

La asunción o el ejercicio deben ser arbitrarios y esta cualificación surge de la falta de título que habilite la ocupación del cargo o el desempeño de la función, o de la falta de nombramiento expedido por la autoridad competente para el cargo de que se trata".

BUOMPADRE, Jorge. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo III. 3ª edición. Buenos Aires: Astrea, 2009, pp. 121 y 122.

- **Configuración de la modalidad de "continuar ejerciendo el cargo, no obstante, haber sido cesado, suspendido, subrogado o destituido"**

D 0032 "Los elementos típicos coinciden, en parte, con los de la primera modalidad. (...).

- CONTINUACIÓN del ejercicio. El sujeto no debe haber abandonado el cargo, pues en tal caso, al tratarse ahora de un particular, volveríamos al primer supuesto. Pero también debe subsistir la función que antes tenía el funcionario (si la función ya no existe, no hay delito). (...)
- DESTITUCIÓN, CESE, SUSPENSIÓN O SUBROGACIÓN del cargo. Se trata de casos de terminación o suspensión temporal del vínculo del funcionario con la Administración Pública y, por lo tanto, de la facultad de ejercer la función pública. Mediante la *destitución*, el sujeto es separado de la Administración Pública debido a alguna falta grave o medida disciplinaria. En el *cese*, el funcionario se aleja voluntariamente o debido al cumplimiento de plazos estipulados en la ley para el ejercicio del cargo, o incluso cuando así lo dispone una autoridad superior. La *suspensión* constituye una medida disciplinaria que priva temporalmente al funcionario del cargo o ejercicio de la función. Por último, la subrogación se refiere al reemplazo del funcionario por otra persona que va a asumir y ejercer la función que aquel detentaba.

Todas estas situaciones tienen que darse de manera legítima, tanto en lo formal (por autoridad competente y en la forma debida) como en lo material (no debe tratarse de un "abuso de autoridad típico. Por otro lado, no importa que estas se hayan dado de manera injusta o improcedente".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 115 y 116.

D 0033 "Elemento importante a saber es la "continuación ilegítima del cargo", de que el agente pese de haber sido formalmente cesado, destituido, reemplazado o suspendido continúa ejecutando labores propias del cargo funcionarial; (...) el delito solo se perfecciona cuando el agente sigue actuando funcionalmente en el cargo después de haber recibido de la autoridad competente comunicación oficial de la resolución en la que se ordene la suspensión o cesantía (...). Esto no se dará cuando el sujeto simplemente este contestando oficios de data interior o, cuando acude a una ceremonia protocolar de la institución.

La continuación implica el ejercicio irregular del cargo funcionarial sin interrupciones, si el agente en primera instancia acata la orden de destitución y luego retorna al cargo público, no

se configura el presente supuesto del injusto sino la primera modalidad (ejercicio ilegítimo de la función pública), al no concurrir la permanencia, no puede hablarse de continuación ilegítima del cargo".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 89 y 90.

- **El agente que continúa ejerciendo actos de su función, cuando ya ha presentado su renuncia, pero esta aún no ha sido admitida, no incurre en la modalidad de "continuar ejerciendo el cargo, no obstante, haber sido cesado, suspendido, subrogado o destituido"**

D 0034 "La presentación de la renuncia no se identifica con ninguna de estas situaciones, y el funcionario sigue siendo tal hasta que dicha renuncia se le haya admitido; lo cual supone el dictado de una resolución que ampare lo solicitado por el servidor renunciante, hasta que no se produzca dicho hecho, el sujeto no puede estar incurso en la modalidad típica in examine".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 86.

- **Configuración de la modalidad típica de ejercer funciones correspondientes a cargo diferente del que se tiene**

J 0015 "[S]e configura por el ejercicio de una función diferente a la que corresponde al cargo. Para su configuración, es necesario que el agente asuma un determinado cargo público, y ejecute o desarrolle actividades inherentes a una función pública específica. Al analizar el núcleo del desvalor de este delito, se debe determinar cuáles son las conductas que ingresan al ámbito de protección de la norma, subyacente al tipo penal previsto en el artículo 361 del Código Penal.

Por tanto, no cualquier actuación de quién se arroga una función pública es la que se sanciona, bajo esta modalidad típica, sino aquellas que manifiestan el ejercicio concreto de la función pública. En otros términos, para la realización típica no es suficiente que el agente asuma la función pública como tal, sino que debe ejercitarla u ejecutarla a través de actuaciones administrativas o jurisdiccionales. Asimismo, la conducta que se sanciona y que se encuentra descrita en el supuesto de hecho bajo análisis, es cuando se ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene; esto es, el funcionario o servidor público ejerce, dolosamente, una función que no le corresponde dentro de la Administración Pública, y usurpa un cargo diferente al suyo, que se encuentra en el ámbito funcional de otro servidor o funcionario público.

El autor realiza funciones que pertenecen a otro cargo. Así existe una indebida injerencia en la competencia de un cargo ajeno que afecta la legalidad de la función pública".

Sala Penal Transitoria. Casación N° 956-2016-Áncash, del 4 de junio de 2019, magistrado ponente: Castañeda Otsu, considerando 10.

D 0035 "En este supuesto típico del delito de usurpación de función pública el autor realiza funciones que, a la par, no corresponden a su cargo y pertenecen a otro cargo. Esta doble condición es importante, porque –como advierte Fontán Balestra– es lo que distingue esta forma de usurpación de autoridad de los abusos de autoridad. En efecto, el acto funcional que corresponde a otro cargo tiene que ser legítimo. De modo que el autor ejecuta un acto sustancialmente legítimo, cuyo vicio consiste únicamente en que el carece de facultades para este acto. No hay arbitrariedad ni abuso en el hecho, sino incompetencia del órgano funcional".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares.* 5ª edición. Lima: Ediciones Legales, 2017, pp. 128 y 129.

- **Para que se configure la modalidad típica de ejercer funciones correspondientes a cargo diferente del que se tiene el agente debe ejecutar un acto legítimo**

D 0036 "La conducta típica consiste en ejercer funciones públicas correspondientes a otro cargo para el cual el agente no tiene competencia, dándose entonces una usurpación de ese cargo ilegítimamente ejercido. Se exige que el ejercicio ilegítimo de la competencia ajena verse sobre actos propios de ella, es decir, que se ejerzan actos que son propios de la esfera de la competencia usurpada, de lo contrario dicho comportamiento quedaría atrapado por el delito de abuso de autoridad.

Para que el funcionario público ejerza funciones ajenas es menester que las de él y las que corresponden a cargo distinto estén delimitadas. En este aspecto no se invade si no es permitido previamente establecer los límites de esas funciones".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 170.

J 0016 "Para determinar que el funcionario público ejerció funciones correspondientes a cargo distinto del que tiene, es preciso que las de él y las que corresponden a otro funcionario, estén legal o reglamentariamente delimitadas. De modo que el autor ejecuta un acto sustancialmente legítimo, cuyo vicio consiste únicamente en que él carece de facultades para ese acto. No hay arbitrariedad ni abuso en el hecho, sino incompetencia del órgano funcional".

Sala Penal Transitoria. Casación N° 956-2016-Áncash, del 4 de junio de 2019, magistrado ponente: Castañeda Otsu, considerando 10.

- **El autor en este delito realiza funciones que no corresponden a su cargo, sino que pertenecen a otro. Esta doble condición es importante, porque es lo que distingue la usurpación de autoridad de los abusos de autoridad**

J 0017 "El autor en este delito realiza funciones que no corresponden a su cargo, sino que pertenecen a otro. Esta doble condición es importante, porque es lo que distingue la usurpación de autoridad de los abusos de autoridad. El acto funcional corresponde a otro cargo y tiene que ser legítimo, de modo que el autor de este delito ejecuta un acto sustancialmente legítimo, cuyo vicio consiste, únicamente, en que carece de facultades para ese acto. No hay arbitrariedad ni abuso en el hecho, sino incompetencia del órgano funcional.

Ahora bien, se determinó que el imputado (...), en su condición de Fiscal Provincial Provisional de la Fiscalía Provincial del Manu-Distrito Judicial de Madre de Dios, efectivamente emitió la Resolución número cuatro-dos mil diez-MP-FN-DJMDD-FPMM, del treinta y uno de mayo de dos mil diez, firmada por él mismo, por la cual se le autoriza a viajar a la ciudad del Cusco, encargando el despacho al Fiscal Adjunto. Sin embargo, dicho desplazamiento solo podía efectuarse previa autorización del presidente de la Junta de Fiscales de dicho distrito judicial o previa licencia.

Al autorizarse un viaje a la ciudad del Cusco con la finalidad de efectuar trámites de carácter administrativo, cuya función le correspondían a los asistentes administrativos o asistentes de función fiscal, y al encargar el despacho en forma irregular al Fiscal Adjunto Provincial, ejerció una función cuya justificación jurídica no le correspondía.

De otro lado, dada la calidad del imputado, esto es que se trata de un abogado hábil, además en el ejercicio de sus funciones como Fiscal Provincial, se hallaba en la capacidad suficiente de saber cuál era su competencia funcional y, por ende, comprender la gravedad de sus actos; por tanto, resulta imputable, y no existe causa que se halle comprendida en ninguno de los supuestos del artículo 20 del Código Penal. Por su parte, el acusado tenía la exigencia de un comportamiento conforme a derecho. Así, se cumplen los elementos del tipo penal del delito de usurpación de autoridad, por lo que la condena es fundada, en tanto que la conducta del imputado es típica, antijurídica y culpable".

Sala Penal Transitoria. Recurso de Apelación N° 11-2016-Madre de Dios, del 06 de octubre de 2017, magistrado ponente: Lecaros Cornejo, considerandos 4 y 5.

3. Tipicidad subjetiva

- **El delito de usurpación de funciones es de carácter doloso**

D 0037 "Todos los supuestos delictivos previstos y sancionados en el artículo 361 del Código Penal, sin lugar a dudas, son de comisión dolosa. No cabe la comisión culposa.

El agente debe tener conocimiento de que está usurpando funciones que no le corresponden y con tal conocimiento actúa voluntariamente. El agente debe actuar conociendo que lo hace arbitrariamente y con libre voluntad de consumar el delito".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 115.

J 0018 "El delito de usurpación de funciones es eminentemente doloso. Por la forma en la que se realiza cualquiera de las tres modalidades típicas no es admisible la culpa. Quien realiza el acto usurpador puede tener conocimiento que el acto funcional efectivamente desarrollado no se encuentra dentro de su ámbito de competencia, no tenía el título para ello, o si lo tenía ya no puede ejercerlo por haber sido despojado del poder funcional específico. El conocimiento potencial hace que este delito sea normalmente cometido con dolo directo, considerando ciertamente que estamos asumiendo el análisis del dolo desde una perspectiva puramente cognitiva".

Sala Penal Permanente. Apelación N° 11-2017-Loreto, del 15 de febrero de 2019, magistrado ponente: Figueroa Navarro, considerando 6.6.

J 0019 "En cuanto a la norma de carácter penal, es pertinente tener en consideración que el artículo 361 del Código Penal, como elemento sustancial de tipo subjetivo, al igual que las otras modalidades que comprende este delito, es de tipo doloso, y como tal exige conciencia y voluntad de la realización típica, el agente sabe que ejerce una competencia funcional que la ley no le atribuye, y que está conferida a otro funcionario público".

Sala Penal Transitoria. Recurso de Apelación N° 11-2016-Madre de Dios, del 06 de octubre de 2017, magistrado ponente: Lecaros Cornejo, considerando 4.

- El error de tipo en el delito de usurpación de funciones

D 0038 "El error sobre la calidad de funcionario público o de las "facultades funcionariales" debe ser tratado como error de tipo; un "error de prohibición" es posible cuando el sujeto activo cree poder realizar actividades que, en realidad implican ejercicio funcionarial, creyendo que no era necesario que las ejecute un funcionario público".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 113.

4. Autoría y participación

- La modalidad típica de ejercer funciones diferentes al cargo designado constituye un delito de infracción del deber

D 0039 "La situación expuesta implica que será autor directo el sujeto que "por sí mismo" realiza cualquiera de los tres presupuestos mencionados, en la medida de que la creación del riesgo jurídicamente relevante aparezca vinculada a los verbos rectores respectivos. Es decir, el mismo sujeto activo usurpa la función pública y sus diversas facultades, con la finalidad de dar órdenes militares y policiales, así como continuar en el cargo público a pesar de haber perdido la vinculación funcional. Por lo tanto, la situación expuesta no demanda dificultad alguna, aún más cuando se trata de un delito de mera actividad, el cual aparece "formalmente" vinculado a un nivel altamente personalísimo, propios de los delitos de propia mano".

"Respecto al último supuesto, esto es, ejercicio de funciones diferentes al cargo designado, advertimos que, formalmente se trata de un delito especial (por el estatus especial de funcionario o servidor público) y materialmente, se trataría de un delito de infracción de deber, por cuanto existe una institución extrapenal –Administración Pública– que impone deberes en el sujeto activo, en razón de la existencia de una norma de mandato. En ese sentido, la autoridad no versa en la posición de dominio, sino en la infracción de un deber específico –deber de lealtad frente a las expectativas sociales impuestas por la Administración Pública en razón del cargo de funcionario o servidor público–, circunstancias que le otorgan una vinculación directa con el bien jurídico. Por lo tanto, la infracción del deber fundamentaría, además de la autoría, el injusto penal".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 112.

5. Tentativa y consumación

- **El delito de usurpación de funciones es un delito de mera actividad**

D 0040 "El delito materia de análisis resulta ser de mera actividad y de peligro abstracto, por cuanto, los verbos rectores fijados en el supuesto de hecho: "usurpar", "continuar" y "ejercer", coinciden con el último acto de la acción. De esta manera, discrepamos de la postura de Salinas Siccha, quien indica que el delito aludido resulta ser de resultado, por lo tanto, admite tentativa. Las razones por las cuales discrepamos radican en la naturaleza material del delito aludido, es decir, la descripción típica del delito de usurpación de función pública no contiene el baremo "espacio-tiempo" (propio en los delitos de resultado); por lo tanto, para la consumación típica no se requiere resultado externo alguno (esto es, que se emita un acto funcional ilegal), ya que no resulta posible el fraccionamiento de la conducta. En conclusión, dichos actos funcionales ilegales resultan formas agotadas del delito".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 107 y 108.

- **La naturaleza del delito de usurpación de funciones no admite la tentativa**

D 0041 "Se trata, desde el punto de vista de la ejecución, de un delito de pura actividad, en que no caben formas imperfectas de ejecución".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Ediciones Legales, 2017, p. 124.

D 0042 "[N]o es posible admitir la tentativa en un delito de mera actividad y de peligro abstracto, por cuanto, conforme fue explicado, la tentativa demanda dos escenarios: comienzo del plan delictual y realización incompleta del delito, presupuestos afines en los delitos de resultado y determinados por el baremo "espacio-temporal"; situación ajena en los delitos de mera actividad y peligro abstracto".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 110.

6. Circunstancia agravante

- **Si para perpetrar la comisión del delito, el agente presta resistencia o se enfrenta a las fuerzas del orden**

D 0043 "La resistencia y el enfrentamiento a las fuerzas del orden, como medio para cometer estos delitos, denotan mayor peligrosidad debido a que suponen un mayor riesgo para el bien jurídico "Administración Pública".

La resistencia no es más que una desobediencia cualificada por el uso de la fuerza o amenaza tiene a la imposición por parte de la autoridad o sus agentes del cumplimiento de la orden dada e incumplida. Es decir, el agente, en su afán de ejercer o seguir usurpando la función pública que no le corresponde, se resiste a las órdenes de las fuerzas del orden, quienes pretenden

evitar que el agente siga cometiendo el delito de usurpación de funciones o autoridad en cualquiera de las modalidades antes ya explicadas.

En otras palabras, no solo el sujeto activo debe desobedecer las órdenes de la policía nacional, sino que debe resistirlas, esto es –sin llegar a la violencia fáctica– debe no cesar en su empeño por asumir cargo o ejercitar funciones (resistencia pasiva).

Por el contrario, enfrentarse a las fuerzas del orden es ya actuar, abiertamente, mediante el uso de la violencia a la vía de los hechos, contra los custodios del orden que intervienen para hacer desistir o frustrar los actos del sujeto activo del delito.

En efecto, el uso de la proposición "para", permite entender *ex ante* dicha circunstancia, es decir, que la usurpación no debe todavía consumarse para que le sea aplicable la agravante punitiva. Si la resistencia o enfrentamiento se realiza *ex post*, esto es, durante el ejercicio de las funciones, la tipicidad del hecho será la del artículo 368".

REÁTEGUI SANCHEZ, James. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial.* Vol. II. Lima: Ediciones Legales, 2016, p. 1316.

- **No se configura la circunstancia agravante cuando la resistencia se realiza en contra de una orden ilegítima**

D 0044 "No se configura esta circunstancia agravante específica, en cualquiera de las tres modalidades de usurpación de funciones, cuando la resistencia se realice en contra de una orden ilegítima que pretenden hacer cumplir otros funcionarios o las fuerzas del orden. Lo único que cabría es castigar al sujeto activo por la comisión de cualquiera de las modalidades básicas del delito de usurpación de funciones contenidas en el art. 361 del CP. Vale aplicar aquí –*mutatis mutandis*– lo que sostiene Donna, "no existirá tipicidad objetiva cuando el acto realizado por el funcionario importe un ejercicio sustancialmente ilegítimo de sus funciones, con lo cual se parte de la exigencia de la licitud de la orden". Es decir, la resistencia contra otros funcionarios o los enfrentamientos contra las fuerzas del orden deben ser realizadas –para configurar la circunstancia agravante– contra la ejecución de una orden legal de restablecimiento del normal ejercicio de la función pública emitida por autoridad legítima".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares.* 5ª edición. Lima: Ediciones Legales, 2017, p. 135.

II

OSTENTACIÓN DE CARGO, TÍTULO U HONORES QUE NO EJERCE

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 362 **Ostentación de cargo, título u honores que no ejerce**

El que, públicamente, ostenta insignias o distintivos de una función o cargo que no ejerce o se arroga grado académico, título profesional u honores que no le corresponden, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o con prestación de servicio comunitario de diez a veinte jornadas.

2. Tipicidad objetiva

2.1. El bien jurídico penal inmediato o específico

D 0045 "Al asegurarse el monopolio de la facultad de conferir insignias o distintivos de autoridad, títulos profesionales y honores el Estado procura, asimismo, preservar un índice de credibilidad aceptable para el normal desenvolvimiento de la convivencia ciudadana. Resulta innegable que los actos de suplantación o impostura, llevados a cabo por quien indebidamente ostenta insignias de autoridad o se arroga título profesional que no le corresponde, ocasionan una disminución de la confianza ciudadana en la Administración Pública, así como en sus integrantes; ya sean funcionarios o servidores públicos".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2017, pp. 139 y 140.

D 0046 "Este tipo penal protege el monopolio estatal de la facultad de conferir autoridad, títulos u honores, de allí que los objetos descriptos, el distintivo, el grado, el título o los honores, deban tener carácter oficial, lo que importa que correspondan a un cargo público o procedan de la administración nacional, provincial o municipal".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 173.

2.2. Sujeto activo

D 0047 "Puede ser cualquier persona, la tipicidad objetiva en análisis no exige una cualidad funcional especial, de modo que pude serlo tanto un particular (*extraneus*) que ostenta insignias o distintivos de una función o cargo que no ejerce o se arroga un grado académico, título profesional u honores que no le corresponden, así como un funcionario y/o servidor público que ostenta un cargo que no ejerce o un título profesional que no le corresponde".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 101.

D 0048 "Autor del delito puede ser cualquier persona, hasta el funcionario público que no ejerce legalmente el cargo al que corresponde la insignia o el distintivo".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2017, p. 140.

- **Condiciones para que un servidor público pueda ser sujeto activo del delito de ostentación de cargo, título u honores que no ejerce**

D 0049 "En el caso de que un servidor aparezca como sujeto activo de este delito, habrán de cumplirse dos condiciones a saber: de una parte, que se trate la simulación de una investidura o cargo público diferente al real y que efectivamente se posee, en primer término; y en segunda instancia, debe limitarse a simular tal investidura o cargo (o, en su caso, a fingir que pertenece a la fuerza pública, sin que eso sea cierto), sin entrar a ejercer funciones públicas de ninguna clase, pues que en ese evento podríamos desviarnos en cuanto hace referencia al encuadramiento típico de la conducta (...), implicaría la tipificación por el artículo 361 del CP".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 101-102.

2.3. Sujeto pasivo

D 0050 "El sujeto pasivo del citado delito resulta ser el Estado, en su calidad de ente representativo de las insignias, distintivos, grados académicos, títulos profesionales u honores y elementos descriptivos vinculados a una función, la cual aparece desarrollada en la Administración Pública".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 116.

D 0051 "De la lectura del tipo penal se concluye que el sujeto pasivo será el Estado, toda vez que el distintivo o insignia que ostenta el agente debe ser de carácter oficial, así mismo, los grados, títulos profesionales u honores deben ser también oficiales, es decir, otorgados por la Administración Pública de acuerdo con el procedimiento previamente establecido".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Iustitia, 2019, p. 126.

2.4. Conducta típica

- **Alcances del verbo rector "ostentar"**

D 0052 "El verbo rector del tipo es "ostentar" que significa mostrar, hacer patente algo. El sujeto activo ha de demostrar públicamente insignias o distintivos de una función o cargo que no ejerce. Para ello debe ponérselos o portarlos en un lugar visible. La ostentación de los símbolos de función o cargo –para que sea pública– ha de ser conocida por un número indeterminado de personas.

Es público lo ostensible, lo susceptible de ser visto por un número indeterminado de personas, cuando se trata de llevar insignias o distintivos de un cargo. Cuando el autor se arroga grados académicos, títulos profesionales y honores, tal actitud debe transcender el ámbito familiar y amistoso".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2017, pp. 140 y 141.

D 0053 "Se configura el delito cuando el agente en forma pública ostenta, lleva, muestra o porta una insignia de una función pública o cargo público que no le corresponde. Público es lo susceptible de ser visto por un número indeterminado de personas. Mientras que la ostentación puede servir para ser vista por varias personas; igual se configura el delito así solo una persona hay visto la insignia y luego, por ejemplo, es intervenido el agente. (...).

De modo que, para la interpretación del tipo penal, artículo 362 del Código Penal peruano, no es de recibo aquella posición que argumenta: no basta, entonces con que hayan visto un número limitado de personas. Igual, así solo haya visto una persona la insignia que mostró el agente, el delito se configura. El hecho que la ostentación sea pública debe entenderse que exista la posibilidad, solo la posibilidad, de que sea visto portando la insignia por infinidad de personas".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Iustitia, 2019, p. 122.

- Definición de insignia y distintivos

D 0054 "Insignia, es el dispositivo convencional u honorífico que puede usarse sobre el cuerpo o simplemente portarse como chapas, medallas, fajas, bandas, distintivos metálicos, los que se portan en la solapa, por ejemplo, entre otros. Como se sabe, tanto en la Administración Pública, como en el Poder Judicial y en el Poder Legislativo, que otorgan a sus titulares el derecho de llevar una insignia o distintivo. El presidente de la República tiene en la banda bicolor el emblema de su alta investidura. Los ministros usan una faja.

Distintivos, es cualquier objeto que señala, distingue o diferencia; en el caso concreto debe servir para diferenciar de los demás a una persona que ejerce el cargo, tal el uniforme que sirve como distintivo de un cargo público y que por lo tanto diferencia de los demás a la persona que le porta y ejerce función pública".

REÁTEGUI SANCHEZ, James. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. Vol. II. Lima: Ediciones Legales, 2016, p. 1320.

- La ostentación de las insignias o de los distintivos debe realizarse de manera pública

D 0055 "La ostentación de las insignias o de los distintivos, ha de ser por tanto pública, sin que ello deba entenderse que la ostentación de dichos objetos deba tomar alguna en un lugar público, sino que, en un ambiente privado, una oficina, por ejemplo, puede darse también dicha portación, siempre que se efectúa ante personas determinadas".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 103.

- **No se configura el delito de ostentación de cargo, título u honores que no ejerce si lo que se ostenta son insignias o distintivos inventados**

D 0056 "La insignia o distintivo que se ostenta públicamente debe ser signo exterior de una función o cargo público. Si se trata de insignias o distintivos inventados, que no corresponden a cargo alguno existente, la ostentación pública de estos quedará fuera del tipo.

Finalmente, no importa –para que se configure el tipo bajo análisis– que los distintivos o insignias sean verdaderos o falsificados. Lo importante es que sean oficiales o aparenten serlo y que correspondan legal o reglamentariamente a un cargo público que no ocupa el autor".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2017, p. 142.

- **Alcances del verbo rector "arrogarse"**

D 0057 "El verbo rector del tipo es arrogarse que significa atribuirse o apropiarse de atribuciones. En este supuesto típico, es suficiente que el agente se atribuya, públicamente, grado académico, título profesional u honores que no le corresponden.

Para que se realice el tipo, por tanto, no es necesario que el sujeto activo ejerza la profesión correspondiente al título que ilícitamente se arroga. Asimismo, no se exige que el agente perjudique a terceros, o saque provecho de los grados u honores.

La arrogación puede ser hecha utilizando una gran variedad de medios. Así, por ejemplo: anuncios periodísticos, televisivos, placas, etc.

Es necesario que la arrogación sea pública de lo contrario carecerá de idoneidad típica puesto que no vulneraría el bien jurídico tutelado. La atribución o arrogación frente a un particular solo podría dar lugar a una estafa.

El tipo se consuma con la mera ostentación pública de insignias o distintivos oficiales con la arrogación de grado académico, título profesional u honores que no le corresponden al sujeto activo.

Por esta razón, no se requiere que el agente realice o ejerza actos propios a la función de cuyos símbolos o títulos hace uso indebidamente".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2017, pp. 143-144.

- **Definición de "grado académico", "título profesional" y "honores" que el agente debe arrogarse para la configuración del delito de ostentación de cargo, título u honores que no ejerce**

D 0058 "El "grado académico" es el nivel universitario alcanzado por el estudiante, en cuanto al manejo de una determinada área del conocimiento, que a su vez lo habilita para el ejercicio de una profesión.

"Título profesional" por su parte, importa la acreditación universitaria de haber alcanzado una calificación suficiente en el examen de grado, luego de haber culminado satisfactoriamente los

cursos comprendidos en la currícula académica. A tal efecto, la entidad universitaria correspondiente expide un título (diploma) habilitante a nombre de la Nación, para el ejercicio de una determinada profesión, distinto a la concepción de grado académico. No obstante, se advierte que el ejercicio concreto de la profesión, requiere en algunos casos la agremiación del titulante en un colegio profesional.

Por "Honores" debemos entender aquellos reconocimientos que obedecen a factores de prestigio académico, méritos excepcionales, años dedicados a la docencia, especialidad investigativa en actividad científica-literaria, defensa del sistema democrático de derecho, logros deportivos, artísticos y culturales, etc. Implica otorgar una especie de homenaje del más alto nivel por parte de universidades, centros de enseñanza técnica, el Parlamento, así como colegios profesionales: "doctor honoris causa". Así también en el ámbito de las esferas castrenses y policiales, se emiten títulos honoríficos a aquellos valerosos combatientes que pusieron en riesgo su vida a fin de proteger los intereses de la Nación; puede darse también *post-morten* a sus deudos. A diferencia del grado académico, quien recibe el honor no tiene que afrontar una sustentación teórica-conceptual".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 105.

- **El delito de ostentación de cargo, título u honores que no ejerce no puede realizarse a través de actos omisivos**

D 0059 "Se señala en la doctrina que el delito solo es comisible por medio de una acción; la omisión queda descartada: no usurpa el título, grado u honores el que se limite a aceptar pasivamente la atribución de ellos por parte de terceros".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 104.

D 0060 "El delito de ostentación indebida de título y honores, por la misma estructura típica, resulta ser un delito de acción y no así de omisión, por cuanto el agente delictual deberá cumplir los verbos rectores "ostentar" y "arrogar" –según el caso concreto– y estos solo pueden darse por un accionar. Negamos la posibilidad de admitir las figuras omisivas, debido a que la omisión propia –si bien resulta afín en los delitos de mera actividad–, exige la redacción expresa del verbo "omitir" en el tipo penal, en razón de la existencia de una norma de mandato, conforme lo exige el art. 13.1 del CP (situación que no opera en el art. 362 del citado cuerpo legal). Por otro lado, la figura de omisión impropia no exige la taxatividad del verbo "omitir" en la redacción típica, lo que advierte su admisibilidad en cualquier tipo penal, en la medida que contenga el baremo "espacio-temporal", es decir, delito y resultado; situación propia de la posición de garante inmersa en dicho tipo penal, circunstancia que tampoco operaría en el caso concreto".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 121.

D 0061 "La hipótesis delictiva es posible solo a título de comisión, no es posible por omisión. De igual modo es un delito de mera actividad, no es necesario causar perjuicio a terceros para su verificación. El delito se verifica en forma objetiva con el solo hecho de atribuirse un título profesional que en la realidad concreta no tiene".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 124.

3. Imputación subjetiva

- El delito de ostentación de cargo, título u honores que no ejerce es de carácter netamente doloso

D 0062 "Siguiendo la tónica de estos injustos penales, la incriminación está condicionada a título de dolo; conciencia y voluntad de realización típica. El agente ha de saber que está ostentando un distintivo o insignia de un cargo que legalmente no ejerce, irrogándose un título profesional, grado académico y honor que no le corresponde.

Es suficiente el dolo, no se exige un elemento subjetivo del injusto de naturaleza trascedente, sea de lucro o de denigrar una persona o institución.

Un presunto error sobre la naturaleza del grado académico, puede ser tratado como un error de tipo".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 107.

D 0063 "Es un delito doloso. El agente actúa con el conocimiento y la voluntad de ostentar públicamente insignias o distintivos de una función o cargo que no ejerce.

El agente debe actuar guiado por el fin de valerse de insignias o distintivos de la función pública para cometer un delito o alterar el normal ejercicio de la administración estatal. Vulneraría el principio de lesividad y se desconocería la interpretación sistemática o teleológica del tipo penal el optar por reprimir al agente que solo ha ostentado las insignias o distintivos por pura vanidad o con *animus jocandi*".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2017, p. 142.

D 0064 "Solamente es posible el dolo directo, debido a que el sujeto activo debe conocer y querer todos los elementos del tipo objetivo y, además, querer el riesgo de la confusión sobre el carácter público que importa la ostentación de las insignias, distintivos o arrogare un título profesional, grado académico u honores que no le corresponde".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 127.

4. Autoría y participación

- Admisibilidad de la autoría mediata en el delito de ostentación de cargo, título u honores que no ejerce

D 0065 "La situación expresa implica que, será autor directo el sujeto que "por sí mismo" realiza cualquiera de los dos supuestos mencionados, en la medida que la creación del riesgo jurídicamente relevante aparezca vinculada a los verbos rectores "ostentar" y "arrogar". Por lo tanto, no existe dificultad alguna para admitir la figura de autoría directa, más aún cuando se trata de un delito de mera actividad, el cual aparece "formalmente" vinculado a un nivel altamente personalísimo, propio de los delitos de propia mano.

Respecto a la autoría mediata, el sujeto activo realiza el injusto penal "por medio de otro", siendo este último quien asume el estatus de "instrumento" (influenciado bajo error o coacción por parte del autor). Siendo así, considero que la autoría mediata no resulta posible de ser admitida en el delito materia de análisis, por cuanto, en la medida que dicho ilícito resulte ser un delito de mera actividad, se deberá proscribir la instrumentalización del tercero por el alto contenido personalísimo en la conducta del autor directo. Evidencia de esto último aparece en los verbos rectores "ostentar" y "arrogar" públicamente insignias, distintivos, grados académicos, títulos profesionales y honores oficiales. Respecto a la coautoría, en el delito materia de análisis, tampoco sería posible, por el alto nivel personalísimo respecto al autor, propio de un delito de mera actividad, conforme se ha venido explicando anteriormente".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 124.

- Complicidad

D 0066 "Los arts. 24 y 25 del CP contienen las formas de participación, esto es: instigación y complicidad, respectivamente. En ese sentido, respecto al delito materia de análisis, no advierto ningún problema en la admisión de la complicidad. Esto es, será cómplice (primario o secundario) el sujeto que coopera con el plan del autor, con la finalidad que este último ostente públicamente insignias o distintivos de una función o cargo que no ejerce, en su defecto, arrogándose públicamente grado académico, título profesional u honores que no le corresponden, según el caso concreto".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 124-125.

- Instigación

D 0067 "Asimismo, será instigador el sujeto que determina al autor (en este caso autor directo) creando o sembrando la idea criminal en él, para que este último ostente públicamente insignias o distintivos de una función o cargo que no ejerce o, en su defecto, arrogándose públicamente grado académico, título profesional u honores que no le corresponden, según el caso específico. Por lo tanto, la participación delictual (complicidad e instigación) deberá ser analizada según los lineamientos del principio de accesoriedad de la participación frente a la autoría, tanto cualitativa como cuantitativamente".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 125.

5. Tentativa y consumación

- **El delito de ostentación de cargo, título u honores que no ejerce es un delito de mera actividad y de peligro abstracto**

D 0068 "En suma, estamos ante modalidades delictivas de mera actividad y de peligro abstracto de naturaleza activa y de consumación instantánea, que pueden asumir permanencia en la medida en que los actos de ejecución-consumación persistan en el comportamiento antijurídico".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 128.

D 0069 "Respecto a la conducta, el delito de ostentación indebida de título y honores, tiene dos dimensiones: por un lado resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto, por cuanto no se advierte para la consumación delictual el baremo "espacio-tiempo", propio de los delitos de resultado, basta que la conducta del sujeto activo ingrese al dominio semántico de los verbos rectores "ostentar" (vinculado a la ostentación pública de insignias o distintivos de una función o cargo que no ejerce) y "arrogar" (referido a la arrogación pública de grado académico, título profesional u honores que no le corresponden.) para que asumamos la configuración del injusto penal. De esta manera existe confluencia coetánea entre la conducta y la consumación típica, situación que demanda una peligrosidad inminente de lesión al bien juicio, encontrándose justificado el adelantamiento de la barrera de punibilidad.

Por otro lado, el citado delito resulta ser un delito de permanencia consumativa, por cuanto el sujeto activo deberá permanecer bajo un determinado tiempo en el escenario significativo de los verbos rectores "ostentar" y "arrogar", caso contrario, estaríamos en un supuesto de ausencia del tipo subjetivo o insignificancia de la conducta propia del riesgo permitido. Ejemplo de ello se da cuenta el sujeto que, por realizar una broma a sus compañeros, usa la insignia de la Policía Nacional del Perú; sin embargo, después de haber logrado su cometido jocoso, revela la verdad de los hechos".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 120.

- **La configuración del delito de ostentación de cargo, título u honores que no ejerce no requiere la existencia de un perjuicio concreto o real al bien jurídico por parte del sujeto activo**

D 0070 "El delito de ostentación indebida de título y honores aparece marcado por los verbos rectores "ostentar" y "arrogar", los cuales aparecen ligados y activados para fines de consumación con el elemento descriptivo "publicidad". Por lo tanto, no se requiere la existencia de un perjuicio concreto o real al bien jurídico, ya que dicho delito resulta ser un delito de peligro abstracto y mera actividad, resultando consumado en la medida en que el agente

delictivo ingrese en cualquiera de los verbos rectores, es decir, ostentando públicamente insignias o distintivos de una función o cargo que no ejerce o, en su defecto, arrogándose públicamente grado académico, título profesional u honores que no le corresponden, según el caso concreto".

Este tipo penal alberga formas agotadas del injusto, en la medida de que, producto de la manifestación de los verbos rectores "ostentar" y "arrogar", el agente delictivo pueda obtener algún provecho o beneficio. Por ejemplo, haber usado insignias policiales en operativos de control de identidad, sin ser miembro de la Policía Nacional del Perú, con la finalidad de evitar intervenciones o registros personales, siendo que dicho beneficio deviene en irrelevante para la consumación del tipo penal, resulta ser delito de mera actividad".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 123.

- **No se admite la tentativa en el delito de ostentación de cargo, título u honores que no ejerce**

D 0071 "Al hallarnos ante delitos de mera actividad y de peligro abstracto, no es admisible la tentativa. Antes de la ostentación de insignias o distintivos o de la arrogación de grado académicos, título profesional u honores, no es reconocible ningún injusto penal".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2017, pp. 144-145.

D 0072 "El delito de ostentación indebida de títulos y honores resulta ser un delito de mera actividad y peligro abstracto, por lo tanto, la tentativa en dichas figuras delictivas no resulta posible de ser admitida, por la misma impropiedad de la naturaleza de dichos tipos penales, es decir, ausencia del criterio "espacio-temporal", propio de los delitos de resultado. (...)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 122.

III

EJERCICIO ILEGAL DE LA PROFESIÓN

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 363 **Ejercicio ilegal de una profesión**

El que ejerce profesión sin reunir los requisitos legales requeridos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

El que ejerce profesión con falso título, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

La pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años, si el ejercicio de la profesión se da en el ámbito de la función pública o prestando servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual.

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico-penal específico

D 0073 "Objeto jurídico de protección común en estos delitos es el normal y eficaz funcionamiento de la Administración Pública en sentido amplio y, específicamente, la potestad exclusiva del Estado de otorgar títulos oficiales y públicos a los particulares o habilitar a los titulados para el ejercicio de determinadas profesiones.

Al asegurarse el monopolio de la facultad de conferir títulos profesionales y de ejercer un control eficiente sobre la correcta expedición y autenticidad de éstos, el Estado procura preservar un índice de credibilidad aceptable para el normal desenvolvimiento de la convivencia ciudadana.

El ejercicio de las profesiones en el ámbito privado o público no sería viable sin la confianza de los particulares (eventuales clientes o grupos profesionales) en el efectivo control estatal sobre la calidad profesional, grado adecuado de conocimientos y formación técnica en virtud de los cuales se expiden los títulos oficiales".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2017, pp. 148 y 149.

D 0074 "Al pretenderse proteger diversos intereses tales como la exclusividad de la habilitación, la confianza pública, la solvencia profesional, etc., se trata de un delito pluriofensivo. Se pretende proteger el interés público concerniente al normal funcionamiento de la Administración Pública, cuyo objetivo es que algunas profesiones sean ejercidas por quienes están en posesión de una especial habilitación administrativa, a fin de garantizar al ciudadano los requisitos de idoneidad y capacidad en quien la ejercita".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 135.

2.2. Sujeto activo

D 0075 "[P]uede ser cualquiera, el tipo penal no exige alguna cualidad o condición especial. Puede ser tanto un particular como un funcionario o servidor público. Igual se constituye en agente aquel profesional que dolosamente invade o ejerce otra profesión para la cual no reúne los requisitos establecidos por ley".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 135.

2.3. Sujeto pasivo

D 0076 "Sujeto pasivo del delito es el Estado, toda vez que es el único titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro como es la correcta Administración Pública".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 136.

2.4. Modalidades típicas

D 0077 "En el delito de intrusismo operan las tres formas de autoría, es decir: autor directo, será aquel que sin ostentar profesional alguna, ejerce la misma, en la medida del cumplimiento de los elementos descriptivos y normativos antes expuestos; de la misma forma, es posible la autoría mediata, a pesar del nivel alto de exigencia personal, por cuanto el tipo penal exige que el autor ejerza la profesión, sin embargo, ello no es obstáculo para que instrumentalice a un tercero, bajo los efectos de error. Por ejemplo, el agente delictivo que cuenta con título o carnet falso de abogado, asume tal condición públicamente y en reiteradas oportunidades viene firman escritos abogadiles, de manera que, en una defensa conjunta, por no encontrarse en el lugar de los hechos, solicita que el abogado con el cual ejerce defensa conjunta, firme el escrito abogadil que el mismo agente delictivo elaboro en calidad de defensa conjunta, por cuanto, el abogado habilitado, convencido de esta, lo realiza. Lo mismo opera en el supuesto de coacción, el agente delictivo impone la orden para que un abogado habilitad firme el escrito que el mismo elaboro sin tener el estatus de abogado, todo ello, bajo amenaza de delatar una infidelidad sexual del letrado habilitado.

Las figuras de participación delictual, resultan ser, complicidad –necesaria e innecesaria– e instigación, previstas en los arts. 24 y 25 del CP, respectivamente. En ese sentido, respecto al delito materia de análisis, no advierto ningún problema en la admisión de la complicidad, esto es, será partícipe el sujeto que coopera con el plan del autor, con la finalidad de que este último ejerza actos de profesión sin reunir los requisitos respectivos –según el caso concreto–, correspondiendo su calificación jurídica según los lineamientos del art. 364 del CP. Asimismo, es perfectamente admisible la instigación en la medida que el agente delictual determine al autor, en este caso, al profesional habilitado como tal para que acepte firmas documentos abogadiles (los cuales fueron elaborados por el instigador), por cuanto este último no cuenta con el título profesional –estudiante o bachiller–, ofreciéndole al agente profesional habilitado, una cuantiosa suma de dinero; situación aceptada por este último".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 137.

- Ejercicio de profesión sin reunir requisitos legales

D 0078 "En el tipo descrito en el primer párrafo del artículo 363, sujeto activo del delito puede ser cualquiera que ejerce la profesión sin cumplir con todos los requisitos legales para ello. Cometerá el delito, por ejemplo, aquel que no obstante estar cursando aún los estudios universitarios o técnicos ejerce la profesión de manera directa o inmediata. El tipo no se configura cuando el agente solo se limita a dar algunos consejos o ayuda a resolver problemas que exigen un nivel mínimo de conocimientos".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2017, p. 149.

D 0079 "El concepto recogido en el tipo penal no está tomado en su acepción ordinaria de empleo u oficio, ni tampoco en el sentido amplio para asignar con él a todas las actividades posibles. El Derecho Penal peruano emplea el concepto restrictivo, pues maneja un concepto normativo de profesión que se refiere solo a aquellas profesiones regladas o sometidas a formalidades legales a efectos de su ejercicio. (...).

Se presenta esta hipótesis delictiva cuando, por ejemplo, el agente sabiendo que para ejercer la profesión que ha estudiado en la universidad debe colegiarse, omitiendo tal requisito legal, ejerce la profesión. También comprende esta modalidad a aquellos profesionales que, pese a conocer que han sido inhabilitados o suspendidos en el ejercicio de su profesión, la ejercen. (...).

La modalidad delictiva aparece cuando el agente no solo se atribuye o arroga una profesión cuyos requisitos legales aún no tiene, sino cuando hace o realiza actos que comprenden el ejercicio real de la profesión de que se trate".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 132 y 133.

- Ejercer profesión con falso título

D 0080 ¿Qué debe entenderse por título? El tipo penal se refiere al título profesional o académico otorgado de manera oficial por el Estado, materializado en un documento; solamente este es el que tiene suficiente entidad como para que la conducta típica pueda atentar contra el bien jurídico. (...).

El agente con conocimiento y voluntad se agencia de un título falso, se atribuye una profesión y comienza a ejercerla pública o privadamente. Por ejemplo, se presenta esta modalidad cuando una persona, sin tener estudios de medicina o no haber concluido sus estudios universitarios de medicina, se agencia de un título falso de médico y comienza a ejercer la citada profesión. Caso contrario, si llega a determinarse que el título es auténtico, pero el agente no ha cumplido con las formalidades para ejercer la profesión, aquel será atribuido el delito en la primera modalidad".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 133 y 134.

D 0081 "El falso título es el instrumento que adolece de autenticidad, o que siendo auténtico resulta insuficiente para habilitar al sujeto para el ejercicio de profesión, así, en este segundo caso, un diploma de egresado de universidad, una constancia de estudios de medicina o abogacía, etc. A nuestro parecer una concepción de dicha naturaleza implica extender la tipificación más allá de su ámbito de tutela, la falsedad –como núcleo de disvalor del injusto–, se refiere exclusivamente al título profesional (documento) y, no a otros documentos que pretendan utilizarse para ejercer la actividad profesional, cuando estos últimos no son los idóneos para ello.

"El ejercicio de la actividad debe exteriorizar una actuación típicamente profesional, de quien se presentaba como médico, abogado u ingeniero y así ejecuta labores propias de dicha profesión. Por consiguiente, el chamán, el curandero y otro afín que se presenta como tal y ejecuta actividades aparentadas a la medicina, esta fuera del radio de acción de la norma. Máxime si se trata de conductas "socialmente adecuadas" que son ofertadas al público por todos los medios de comunicación social".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 115.

J 0020 "Que, (...) es de concluir que la materialidad del delito de ejercicio ilegal de la profesión y la responsabilidad penal del acusado está acreditada porque empleó un falso título profesional ilícitamente, se presentó como Profesional Licenciado en Administración de Empresas y accedió a cargos públicos, como Asistente de Colocaciones en la Unidad Operativa de Tumbes de la Gerencia de Operaciones y Recuperaciones del Banco de Materiales Sociedad Anónima Cerrada – BANMAT, así como ocupo el cargo de Especialista Administrativo III de la Oficina de Administración, Especialista de Finanzas III en la Oficina de Asesoramiento Institucional, y accedió al cargo de Técnico Administrativo en la Dirección de Crédito Educativo, todos estos puestos ocupacionales en el Instituto Nacional de Becas y Créditos – INABEC conforme se aprecia de los anexos del uno al nueve, y del dieciséis al dieciocho del citado Informe Especial; que, esta acción, sin duda atento contra el bien jurídico referido al correcto funcionamiento de la Administración Pública, ocasionando perjuicio económico al Estado pues el encausado se hizo de remuneraciones en cantidades mayores a las que le correspondían pues no tenía méritos profesionales".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 397-2009-Lima, del 13 de octubre de 2010, magistrado ponente: Príncipe Trujillo, considerando 5.

3. Tipicidad subjetiva

D 0082 "Por la redacción del tipo penal, se evidencia que en las dos modalidades solo es posible el dolo directo. El error sobre la licitud del ejercicio constituye un error de tipo que será resuelto según el primer párrafo del artículo 14 del Código Penal".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 136.

D 0083 "En todas las hipótesis típicas contenidos en el artículo 363 se requiere la comisión dolosa del delito.

El sujeto ha de representarse o tener conciencia de que está invadiendo el campo de actuación reservado para ciertos profesionales (académicos o técnicos) dotados de título plenamente habilitado y, a pesar de ello, quiere ejercerlas de ese modo. Es decir, debe ser consciente que no tiene título oficial o académico o, si ya los ha obtenido, que todavía no se ha inscrito en el Colegio Profesional respectivo".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares.* 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2017, p. 158.

4. Tentativa y consumación

D 0084 "En la medida de que, conforme se manifestó anteriormente, es un delito de resultado lesivo, entonces es perfectamente posible admitir el delito tentado. Siendo así, se consideran los presupuestos señalados, esto es: "El agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo", y aunado a la existencia del baremo "espacio-temporal", según los presupuestos normativos y descriptivos del delito analizado, es posible, por ejemplo, que el sujeto (bachiller en derecho) sin tener título de abogado realice las tratativas con terceras personas para ejercer defensa (presenta estrategia legal, fija honorarios, señala plazos, etc.), sin embargo, no llega a la emisión de actos propios del ejercicio de la profesión respectiva, por ser descubierto, quedando el caso en grado de tentativa".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 134.

D 0085 "El comportamiento es posible que se quede en grado de tentativa, pero ello solo puede ocurrir en la primera modalidad explicada, pues en la segunda, por su propia naturaleza de comisión, no es posible la figura de la tentativa".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 138.

D 0086 "El delito sin duda se perfecciona o consuma cuando el agente atribuyéndose una profesión que no tiene realiza uno o varios actos de aquella profesión independientemente del resultado dañoso que pueda ocasionar. Por ejemplo, si el agente se atribuye la calidad de abogado, el delito se consumará cuando aquel firme un recurso y lo presente a un juzgado, o cuando con título falso se presenta en Sala Penal y hace uso de la palabra en defensa de un acusado, etc.

El acto puede o no ser trascendente. Circunstancia que solo podrá servir cuando el juez individualice la pena a imponer al encontrarlo responsable del delito".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 137.

IV

PARTICIPACIÓN EN EL EJERCICIO ILEGAL DE LA PROFESIÓN

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 364 **Amparo del ejercicio ilegal de una profesión**

El profesional que ampara con su firma el trabajo de quien no tiene título para ejercerlo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años e inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2.

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico

D 0087 "Se tutela el normal ejercicio de la Administración Pública en sentido amplio. Se busca garantizar la potestad exclusiva del Estado de autorizar el ejercicio de las profesiones que requieren título oficial".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2017, p. 165.

D 0088 "El tipo penal –por la ubicación nomenclatural, esto es, delitos contra la Administración Pública– tiene como objeto general proteger el correcto o normal ejercicio de la Administración Pública. Por otro lado, específicamente se busca proteger y garantizar la facultad del Estado para autorizar el ejercicio de las diversas profesiones que requieren acreditación de títulos oficiales, todo ello, dentro del sistema educacional que pretende garantizar el desarrollo social".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 142.

2.2. Sujeto activo

D 0089 "Solo puede ser sujeto activo o autor del delito aquella persona que tiene título profesional habilitado a nombre de la nación. Se trata de un delito especial, pues solo puede ser autor aquella persona que tiene este título. Aquel que no la tiene, no puede realizar este delito en análisis".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 141.

D 0090 "Se entiende que el profesional que firma el trabajo del que no tiene título está debidamente colegiado y habilitado para ejercer la profesión. De lo contrario, la firma carecerá de la idoneidad suficiente para apoyar el trabajo del intruso y poner en peligro el bien jurídico".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2017, p. 165.

2.3. Sujeto pasivo

D 0091 "El sujeto pasivo resultaría ser el Estado, por cuanto resulta ser el titular de los diversos bienes jurídicos de naturaleza colectiva y pública".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 140.

2.4. Conducta típica

D 0092 "La acción típica consiste en amparar con la firma el trabajo de quien carece de títulos para ejercer la profesión.

Amparar es favorecer, proteger, por lo que el profesional que realiza esta actividad fomenta y oculta, a la vez, el ejercicio ilegal de una profesional para la cual solo el Estado tiene la potestad de brindar autorización".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2017, p. 165.

D 0093 "En términos similares que el delito de intrusismo –por la misma redacción típica–, resulta ser un delito de acción, es decir, el tipo penal exige un hacer materializado en el ejercicio de la profesión que, parando el autor cualificado en el injusto penal con el sujeto no cualificado, previsto en el delio de intrusismo del art. 384 del CP. Asimismo, por técnica de tipificación, no es posible la omisión propia, por cuanto no opera expresamente en la redacción típica".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 141.

3. Imputación subjetiva

D 0094 "Es un delito doloso. El profesional sabe y quiere firmar apoyando el trabajo de quien carece del título para ejercerlo".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2017, p. 166.

D 0095 "El delito citado resulta ser un delito de comisión dolosa, por cuanto, se demanda en el autor conocimiento y voluntad para consumar el delito, esto es, que el profesional conozca que el intruso no cuenta con el título profesional y a pesar de ello, ampara su escrito, firmándolo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 142.

4. Autoría y participación

D 0096 "Las formas de autoría aparecen previstas en el art. 23 del CP, esto es: autoría directa, como dominio de la acción delictual; autoría mediata, como dominio de la voluntad del instrumento; y coautoría, como codominio funcional del hecho, realizado por diversos autores. Siendo así, conforme aparece redactado el delito de amparo indebido en el ejercicio ilegal de la profesión, nos encontramos en primer momento ante autorías paralelas, es decir, el intruso responderá como autor del delito previsto en el art. 363 del CP, empero, el que ampara indebidamente la pretensión del intruso, responderá como autor del art. 364 del citado cuerpo legal, por cuanto se trata de un delito especial propio. Respecto a la autoría mediata, considero que no es posible aceptarla debido a la misma redacción típica, en la cual el sujeto cualificado no puede instrumentalizar a un tercero, toda vez, que el agente delictual tiene que amparar con su firma el trabajo de quien no tiene el título para ejercerlo, por lo tanto, por lo personalísimo del hecho, no es de recibo la autoría mediata. Respecto a la coautoría, esta es posible en la medida que existan dos o más sujetos cualificados que amparen con su firma el trabajo de quien no tiene el título para ejercerlo, ejemplo de ello se da en un consorcio de profesionales, quienes firman el documento espurio".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 143 y 144.

5. Tentativa y consumación

- Admite la tentativa

D 0097 "Es posible la tentativa. Se presenta cuando, por ejemplo, el tercero que ha sacado la firma del profesional abogado por primera vez, se dispone a presentar el recurso en un juzgado y es intervenido por personal policial. Aquí, el delito no se ha consumado, pues el documento aún no ha pasado a cumplir su objetivo, cual es el trabajo del tercero de ejercer la profesión en forma ilegal".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 143.

- Consumación

D 0098 "El delito se consuma desde el momento en que el profesional firma el trabajo de quien no tiene título para ejercerlo. No es necesario que realice otra actividad en apoyo del que carece de título".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2017, p. 166.

CAPÍTULO III

Violencia y resistencia a la autoridad

I

VIOLENCIA CONTRA UN FUNCIONARO PÚBLICO

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 365 **Violencia contra un funcionario público**

El que, sin alzamiento público, mediante violencia o amenaza, impide a una autoridad o a un funcionario o servidor público ejercer sus funciones o le obliga a practicar un determinado acto de sus funciones o le estorba en el ejercicio de estas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico-penal

D 0099 "El objeto de la tutela penal es el normal funcionamiento de la Administración Pública. El interés específico protegido es garantizar la libre formación de la voluntad estatal, encamada en autoridades, funcionarios y servidores públicos, es decir, el libre ejercicio de la función y realización de los servicios públicos".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4ª edición. Lima: Grijley, 2007, p. 970.

D 0100 "El bien jurídico está constituido siempre por el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Para que la Administración Pública funcione correctamente, el funcionario debe decidir "libremente" y los interesados deben advertir también que esa libertad existió al momento de decidir. Algunos ven aquí incluso en juego el "prestigio" de la Administración Pública", prestigio que sería fundamental para que "pueda ordenar y pretender ser debidamente obedecida". Pero este prestigio no es más que el efecto del buen y efectivo trabajo de la Administración Pública y no debe ser visto como un bien consustancial a ella. De manera inmediata, el objeto o bien jurídico específico menoscabado es la libertad de determinación del funcionario público en el ejercicio de sus funciones; el sujeto activo quiere superponer (imponer) su voluntad a la voluntad del funcionario".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 141 y 142.

D 0101 "El bien jurídico es el correcto funcionamiento de la Administración Pública y para que ello suceda, el funcionario debe decidir libremente. A su vez, los interesados deben advertir también que esa libertad existe al momento de decidir. De ahí que con razón se afirme que el bien jurídico específico es la libertad de determinación del funcionario público en el ejercicio de sus funciones normales; el sujeto activo quiere imponer su voluntad a la voluntad del funcionario. El interés específico protegido es garantizar la libre formación de la voluntad estatal, encarnada en las autoridades, funcionarios y servidores públicos, es decir, el libre ejercicio de la función y realización de los servicios públicos".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 153.

J 0021 "[C]abe mencionar que el interés fundamental que el Estado protege en este tipo de delito es garantizar la libre formación de la voluntad estatal, encarnada en autoridades, funcionarios y servidores públicos, estableciéndose que el sujeto pasivo genérico siempre será el Estado, considerando como el titular del bien jurídico protegido; en tanto que los agredidos directamente por el comportamiento delictivo serán los sujetos pasivos específicos del delito que se instruye".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 3032-2014-Puno, del 09 de mayo de 2016, magistrado ponente: Salas Arenas, considerando 3.19.

J 0022 "Por tal razón la interpretación de la norma penal conforme a la Constitución y a los Principios del Derecho Penal recae sobre dos ámbitos concretos; la proporcionalidad del tipo penal y la proporcionalidad de la pena a imponer. Advirtiéndose de lo actuados que lo hechos se encuadran dentro del tipo penal previsto en el Artículo 365 con la agravante del inciso 3) del Artículo 367 del Código Penal, puesto que el bien jurídico protegido constituye la capacidad de autodeterminación para actuar cumpliendo su función de policía de tránsito y realizando los elementos objetivos y subjetivos del delito establecido".

Sala Penal Permanente. Casación N° 508-2016-Ancash, del 21 de junio de 2017, magistrado ponente: Neyra Flores, considerando 9.

2.2. Sujeto activo

D 0102 "Solo puede serlo el particular *extraneus* a la Administración Pública. Si comete el atentado contra el libre ejercicio funcional un funcionario o servidor público, se configura la circunstancia agravante específica prevista en el artículo 367 del Código Penal".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2017, p. 169.

2.3. Sujeto pasivo

D 0103 "El sujeto pasivo genérico del delito siempre será el Estado, considerado como titular del bien jurídico: correcta Administración Pública. En tanto que los agredidos directamente por el comportamiento delictivo serán sujetos pasivos específicos. Pero aparte de

tal condición especial, aquella persona para constituirse en sujeto pasivo de la conducta del agente debe estar en ejercicio de sus funciones, es decir, que en tales circunstancias el autor de la conducta prohibida, por ejemplo, le obligue a practicar un determinado acto de sus funciones o le estorbe en el ejercicio de las mismas".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 154.

2.4. Conducta típica

- Ejercer violencia o amenaza sin alzamiento público

  - Violencia

D 0104 "Consiste en una energía física que desarrolla o ejerce el autor sobre la persona del funcionario o servidor público (víctima). No es posible interpretar que también el delito engloba la violencia sobre las cosas del funcionario o servidor público para que este realice lo que aquel le exige, estaremos ante un supuesto de amenaza, debido que por temor el sujeto pasivo especial dejara de hacer o realizara lo que exige el sujeto activo.

El autor recurre al despliegue de una energía física, por su poder material, para vencer con ella la resistencia u oposición de la víctima especial. La violencia se traduce en actos materiales sobre el sujeto pasivo (golpes, coger a la víctima violentamente de las manos, etc.) tendientes a obligar o impedir que realice sus funciones".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 148.

D 0105 "La violencia en Derecho Penal, puede ser clasificada de la siguiente manera: como violencia personal, cuando recae directamente sobre las personas; como violencia real, cuando se ejerce sobre las cosas; y como violencia impropia, en la cual no existe propiamente el ejercicio o aplicación de la fuerza física, sino la utilización de otros medios a través de los cuales finalmente, se logra doblegar la voluntad del individuo, como, por ejemplo, cuando se le administra algún narcótico, con la cual se priva de sus sentidos a la víctima. Así, también, cuando se atenta con fuerza sobre las cosas del ofendido, lanzar una piedra sobre el vehículo que lo traslada u otra de semejante intensidad".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 122 y 123.

  - Amenaza

D 0106 "La amenaza, como medio facilitador del delito de atentado contra la autoridad, consiste en el anuncio de un mal o perjuicio inminente para la vida o integridad física del sujeto pasivo funcionario o servidor público, cuya finalidad es intimidarlo para que deje de cumplir sus funciones. También puede obligarlo a realizar determinados actos o estorbarlo en el ejercicio de sus funciones normales. No es necesario que la amenaza sea invencible, sino meramente idónea o eficaz para lograr el objetivo que persigue el sujeto activo. La amenaza

o promesa directa de un mal futuro puede hacerse por escrito, en forma oral o cualquier acto que o signifique".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 149.

D 0107 "Para que la amenaza sea efectiva, se requiere de las siguientes condiciones: la víctima debe creer que existe la firma posibilidad de que se efectúe el mal con que se le amenaza; el sujeto pasivo debe creer que, al no poner resistencia, o haciendo lo que le solicita el agente, evitara el perjuicio que se anuncia. Ello puede ser quimérico, pero lo importante es que la víctima lo crea.

Un aspecto importante es que la amenaza debe estar dirigida a causar daño a la vida o integridad física de las personas, ya sea de la propia víctima especial o de terceros, quedando descartado otro tipo de males".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 150.

- La astucia, el engaño o la persuasión no forman parte del comportamiento típico

D 0108 "Otros medios, como podrían ser la astucia, el engaño o la persuasión quedan excluidas del tipo, sin perjuicio de que signifiquen la comisión de otro delito".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2017, p. 170.

- La conducta típica debe darse en un contexto en el que no exista alzamiento público

D 0109 "[L]a "Violencia contra la Autoridad"; no puede tomar lugar en el decurso de un alzamiento público; si aparece el elemento anotado, la conducta debe ser tipificada bajo los alcances normativos del delito de Rebelión –artículo 346 del CP, en la medida que la violencia se orienta a deponer al gobierno legalmente constituido, cuya magnitud del injusto es mucho mayor que la enunciada en el artículo 365, de ahí que la penalidad en el primero de ellos sea más severa".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 122.

- Impedir mediante violencia o amenaza

D 0110 "Impedir es estorbar o imposibilitar la ejecución de una cosa. En el tipo bajo análisis el agente ha de obstaculizar el ejercicio de la actividad funcional. El medio utilizado para conseguir esta finalidad es la violencia, que puede presentarse de una manera física o psíquica, esto es, mediante fuerza o amenaza.

Es violencia física aquella que se realiza –directa o indirectamente– sobre el cuerpo del sujeto pasivo (*vis absoluta*), mientras que la intimidación o amenaza adquiere su correcto sentido técnico de coerción moral (*vis relativa*), o sea la que recae sobre el aspecto psicológico-afectivo del hombre".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2017, p. 170.

D 0111 "Impedir es un verbo de acción que implica el hacer no realizable el ejercicio de las funciones propias de la autoridad, funcionario o servidor. Por lo tanto, esta primera modalidad de coacción al sujeto público es de naturaleza activa y de resultado".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 129.

- Obligar mediante violencia o amenaza

D 0112 "Esta modalidad delictiva se presenta cuando el agente –por medio de violencia o la amenaza– impone, coacciona, somete, constriñe u obliga al funcionario o servidor público a realizar un acto funcional propio de su cargo. Aquí la autoridad todavía no ha actuado, y el sujeto activo busca que lo haga en el sentido y tiempo que él quiere".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 152.

D 0113 "Obligar implica mover e impulsar a hacer o cumplir una cosa, compeler. En este supuesto, el agente obliga a realizar, mediante amenaza o violencia, un determinado acto de la función pública.

De esta manera, el sujeto activo procura imponerse al funcionario público, quebrantando su voluntad. En efecto, cuando el sujeto activo obliga a practicar un determinado acto funcional trata de cumplir la finalidad que él no puede concretar por sí mismo, por ser para ello necesaria la actividad del sujeto pasivo calificado. Es decir, de la autoridad, funcionario o servidor público.

Cuando se obliga a un funcionario público a ejercer los actos funcionales de su competencia se está menoscabando el arbitrio legal de aquel para determinar el momento oportuno para realizarlos".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2017, p. 172.

- Estorbar mediante violencia o amenaza

D 0114 "En este supuesto el sujeto activo obstaculiza el ejercicio de la función pública, pero cuando esta ya se está realizando".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2017, p. 173.

D 0115 "Este supuesto constituye en nuestra opinión el más polémico y controvertido de todos por sus límites fronterizos con la mera infracción administrativa y de alto contenido ético que conlleva. En todo caso, la diferencia en torno a la gravedad de la conducta estaría en la determinación judicial que imponga el juez.

Estorbar en el ejercicio de funciones mediante violencia o amenaza es poner obstáculos no insuperables, dificultar, incomodar o molestar a los sujetos especiales que se hallan ya en ejercicio en sus funciones. El motivo que tenga el sujeto activo del delito puede ser de orden múltiple, siendo por lo mismo irrelevante (por diferencias políticas, personales, etc.), así como la modalidad o forma desplegada de estorbo.

En este punto nos hacemos la siguiente pregunta: ¿Si la conducta de "estorbar" tendría que ser realizado "antes o "durante" el ejercicio de las funciones del agente estatal? En nuestra opinión y, tal como está redactado el tipo penal bajo análisis, la acción de estorbar tendría que ser realizado una vez que el funcionario público haya empezado el ejercicio de sus funciones, de lo contrario supondría adelantar en demasía los márgenes de protección del Derecho Penal en la presente figura; así por ejemplo: un militante se pone delante de la comparsa de personas, que está escoltando al Presidente de la República, produciéndose un altercado entre dichas personas interrumpiendo el inicio de las funciones públicas del Presidente; el objetivo (ilícito) del citado militante era impedir que el Presidente ponga la "primera piedra" en una obra pública en la plaza de la ciudad. El ejemplo citado demuestra que penalizar esta conducta sería a todas luces un exceso, pues igual quedará procesado y sancionado –judicialmente–, porque constituiría una falta o una infracción administrativa".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 132.

- La violencia debe ser idónea para impedir, obligar o estorbar

D 0116 "En ese sentido, considero que el tipo penal aparece perfeccionado en la medida que opere cualquier clase de violencia impuesta por el agente delictivo contra el funcionario o servidor público, por cuanto, la técnica legislativa no hace discriminación, limitándose a precisar el impedimento del ejercicio de la función pública. Dicha afirmación aparece integrada sistemáticamente con la violencia impuesta contra las cosas, conforme se advierte en reiterados pronunciamientos jurisprudenciales. Por otro lado, es necesario precisar que no todo tipo de violencia deviene en pertinente para consumar el supuesto de hecho analizado, ya que tiene que ser idónea (a nivel de vis absoluta), generando en el funcionario o servidor público la imposibilidad de cumplir su función y obligándolo a practicar un acto determinado propio de su función o estorbándolo en el ejercicio de la función pública. Siendo así, el termino vis absoluta aparece entendido como fuerza irresistible empleado contra el funcionario o servidor público".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 147.

- La amenaza debe ser idónea para impedir, obligar o estorbar

D 0117 "[L]a amenaza opera tal cual la violencia, es decir, pretende que el funcionario o servidor público incumpla su función, obligándolo a practicar un acto determinado, propio de

su función o estorbándolo en el ejercicio de la función pública. De la misma forma, la amenaza tiene que ser "idónea", esto es, suficiente para quebrar el ejercicio de la función pública desarrollada por el sujeto cualificado; por lo tanto, cualquier tipo de amenaza no es suficiente, tiene que tener la fuerza suficiente –según el caso concreto– para lesionar el cumplimiento funcional. Así, por ejemplo, no existirá amenaza idónea cuando el funcionario o servidor público es amenazado por el autor con ser denunciado por el delito de abuso de autoridad, por cuanto el ejercicio de un derecho, en el caso de verificarse el abuso de autoridad, no resulta ser una amenaza".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 149.

D 0118 "[L]a violencia o amenaza utilizada debe ser idónea en el sentido de grave, es decir, debe tener la tendencia a lesionar intereses vitales del sujeto; p. ej. No lo es el amenazar el honor. También debe ser seria, o sea capaz de influir en el funcionario; p. ej. No lo es la de un niño o de un ebrio total. Por último, también debe ser inminente, es decir, actual, no remota. Esta idoneidad debe medirse según las circunstancias que rodean al hecho, pues lo que para un funcionario puede constituir una violencia o amenaza grave, para otro puede no serlo; teniendo en cuenta –claro está– que el juicio de idoneidad debe basarse en una apreciación objetiva: no se trata de lo que subjetivamente el funcionario cree, sino de lo que aprecie un observador objetivo imparcial y dotado de todos los conocimientos de aquel. Pero la violencia no debe causar un resultado de lesiones graves, pues ese caso está previsto de manera independiente como una agravante (art. 367, primer párrafo, N° 4). Si se causan lesiones leves, habrá concurso con el delito común correspondiente".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 146.

- **La violencia o amenaza debe detener por objeto exigirle al funcionario público la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones**

D 0119 "Para la configuración del tipo se exige que los actos que se obligan a practicar sean actos propios de la función. Así, se excluye de la descripción legal la utilización de la violencia o amenaza contra el funcionario público con distintas finalidades, o sea, cuando lo que se pretende de él es un hacer que nada tiene que ver con la función. Por ejemplo, exigirle que pague un alquiler".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2017, p. 172.

D 0120 "Es esencial que el empleo de la fuerza o intimidación sea con el objeto de exigirle al funcionario público la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones; si es que la violencia o la *vis compulsiva* se dirige contra la persona del funcionario, con la intención de agredirlo, sin interesar la obstaculización del ejercicio de la actuación funcionarial, será un acto constitutivo de coacción o de Lesiones, dependiendo de la magnitud de la afectación. No obstante, si el propósito era tal y a la par, se provoca una afectación de entidad considerable, en el cuerpo o salud del servidor, constataremos la tipicidad penal del artículo 367

inc. 2, siempre y cuando las lesiones sean graves, si son leves se dará un Concurso delictivo con el artículo 122 del CP".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 122.

D 0121 "Otro aspecto relevante a destacar, es que la violencia y/o amenaza debe dirigirse (encaminarse) a: impedir a una autoridad el ejercicio de sus funciones, obligarlo a practicar un determinado acto de sus funciones o le estorba en el ejercicio de estas, quiere decir, que la acción u omisión que el agente pretende que realice el funcionario y/o servidor, debe estar enmarcado en el ámbito de su competencia funcional. Está fuera del radio que, de acción de la norma, si el agente obliga a un inspector municipal de rentas que lo case con su pareja; a lo más coacción, al margen de tratarse de un acto administrativo nulo e ineficaz. Sí lo sería si se obliga a un policía de tránsito a imponer una multa de tránsito a un conductor que no ha cometido ninguna infracción de la normativa en rigor.

Lo que se imponga o se trate de imponer, ha de ser un acto propio de sus funciones; sin necesidad de que llegue a ejecutarse la acción o de omitirse la actuación funcionarial, para dar por perfeccionado el tipo del injusto. Empero, según nuestra *lege data* la realización o no del acto funcionarial es un elemento que condiciona el agotamiento del tipo penal".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 124.

D 0122 "Para el caso peruano queda claro, en primer lugar, que cuando la acción típica vaya dirigida a que el funcionario realice algo que no constituya en absoluto un acto funcionarial, entrarían a tallar los tipos penales comunes referidos a la libertad individual.

Ahora bien, en el caso de que sí se trate de "actos funcionariales", debe aclararse si el elemento se refiere solamente a actos funcionariales lícitos o también abarca a los que rebasan las facultades del funcionario. Si se considera que en el caso de la violencia para obligar o impedir actividades funcionariales correctas del funcionario público hay un atentado contra el bien jurídico "correcto funcionamiento de la Administración Pública", con más razón lo habrá cuando se obligue a actuar o se impida actuar al funcionario haciendo, al mismo tiempo, que atente contra sus deberes funcionariales. Es por eso que considero que para estos últimos casos existe un vacío que debe ser llenado legislativamente. No bastará la reinterpretación del "acto funcionarial" en el sentido de que también comprendería al "acto funcionarial lícito" y al "ilícito" o sea que "acto funcionarial" al cual se refiere el tipo penal sería solamente aquel que realiza el funcionario en el desempeño de sus funciones (sea que lo haga respetando o infringiendo la ley). Eso no puede ser así, pues el tipo penal peruano da a entender que se trata de funciones públicas lícitas ("acto de sus funciones").

Por otro lado, el tipo penal no se refiere a que el acto del funcionario constituya un "acto de autoridad", sino solamente de manera general un acto que implique "ejercicio de funciones públicas". Luego, tanto puede darse la conducta típica cuando se obliga o impide al funcionario a renunciar, a emitir un comunicado oficial u otorgar una conferencia de prensa. En todos los casos debe tratarse, ciertamente, de actos funcionariales que trascienden las meras relaciones internas de la administración. Pero no existirá tipicidad cuando la violencia o amenaza se

dirija a obtener del funcionario beneficios económicos propios, prestaciones sexuales, o cualquier otro acto que no tenga nada que ver con el ejercicio funcionarial".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 150 y 151.

J 0023 "El delito de violencia y resistencia a la autoridad requiere que la conducta ilícita este dirigida a impedir que el funcionario o servidor público ejerza sus funciones. Ello supone el conocimiento por parte del agente de la calidad especial del sujeto pasivo y el acto funcional que este realizara".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 652-2016-Lima Norte, del 23 de agosto de 2016, magistrado ponente: Príncipe Trujillo, considerando 10.

- La ausencia de violencia o amenaza impide la configuración del tipo penal

J 0024 "Que, el artículo trescientos sesenta y cinco, del Código Penal, sanciona "El que, sin alzamiento público, mediante violencia o amenaza, impide a una autoridad o a un funcionario o servidor público ejercer sus funciones o le obliga a practicar un determinado acto de sus funciones o le estorba en el ejercicio de estas"; que, este tipo penal para su consumación exige que la conducta que realice el sujeto activo se haya dado con violencia o amenaza, entendida esta como una intromisión irresistible en la esfera de libertad de los ciudadanos, con el objeto de que se haga o deje de hacer aquellos que no quería; que de la revisión autos se advierte que si bien entre los procesados y la agraviada existió un intercambio de palabras conforme se advierte del acta de visualización de video que obra a fojas sesenta y siente, con la participación del representante del Ministerio Público, donde consta que "los encausados el día de los hechos portaban banderolas y pancartas a inmediaciones de la Gran Unidad José Faustino Sánchez Carrión, rechazaban la reasignación por racionalización a la Profesora Nury León Becerra, protestando que no permitían la designación de una autoridad que no se ha llevado conforme a las normas..."; que, en este sentido, dado como acontecieron los hechos se advierte que los encausados solo ejercieron su derecho a la libertad de opinión sobre una supuesta afectación a sus intereses legítimos, no advirtiéndose el ejercicio a la violencia o a la amenaza; por tanto, al no acreditarse la existencia de uno de los elementos objetivos del tipo penal, la conducta de los encausados resulta ser atípica, en consecuencia han de ser absueltos de este hecho delictivo".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 2484-2010-La Libertad, del 15 de junio de 2011, magistrado ponente: Rodríguez Tineo, considerando 5.

- Diferencias entre la conducta típica del delito de violencia contra un funcionario público de la conducta del delito de violencia y resistencia a la autoridad

D 0123 "Finalmente, debemos distinguir el delito de atentado contra el libre ejercicio funcional de la violencia y resistencia a la autoridad. En el primero, el sujeto activo vulnera el bien jurídico "libre ejercicio de la función pública" desde el momento en que evita una decisión libre del funcionario o servidor, antes o durante el ejercicio de la función o del servicio

público. En la resistencia y violencia contra la autoridad el agente procura impedir o trabar el actuar del *intranei* a la administración".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2017, p. 169.

- **Diferencias entre la conducta típica del delito de violencia contra un funcionario público de la conducta del delito de sedición**

D 0124 "El atentado contra el libre ejercicio funcional se diferencia del delito de sedición, previsto en el art. 347 del Código Penal, porque el primero se configura ejerciendo violencia "sin alzamiento público" para impedir u obligar la realización de actos funcionales, mientras que en la sedición el ejercicio de la violencia se lleva a cabo con "alzamiento armado", esto es, públicamente y con armas. No obstante que en ambas figuras el agente busca impedir que la autoridad ejerza libremente sus funciones, el legislador no procura amparar mediante estas el mismo bien jurídico. En efecto, en el delito de sedición se tutela el orden constitucional y, en el tipo que venimos comentando, se protege el libre ejercicio funcional como presupuesto necesario para el normal desenvolvimiento de la Administración Pública".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2017, p. 169.

3. Imputación subjetiva

- **Tipo penal de carácter doloso**

D 0125 "Una figura delictiva –así concebida–, únicamente resulta punible a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica. El agente, sabiendo que se trata de un funcionario y/o servidor público, emplea violencia y/o amenaza sobre aquel, impidiendo que este último realice un acto propio de sus funciones, lo obliga a realizar una acción privativa de su competencia funcionarial u obstaculizando el ejercicio de sus funciones".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 127.

4. Autoría y participación

- **En tanto es un delito común autor puede ser cualquier persona**

D 0126 "El delito de violencia y resistencia a la autoridad se trata de un delito común, esto es, cualquier persona con capacidad de reprochabilidad puede ser el autor del delito mencionado, por cuanto la estructura típica no exige una cualidad especial en el autor y tampoco advierte una institución especial que vincule al autor. De la misma forma, es necesario precisar que el inc. 2 del art. 367 del CP, si bien precisa la condición especial en el autor del delito materia de comentario, también es cierto que dicha situación típica opera como una

circunstancia agravante, más no, así como elemento normativo propio del injusto penal previsto en el art. 365 del código acotado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 146.

- **Se admite la complicidad y la instigación**

D 0127 "[E]s perfectamente posible admitir complicidad primaria y secundaria, debiéndose recurrir al principio de accesoriedad limitada y considerando los criterios cualitativos y cuantitativos. De la misma forma, es posible admitir la figura de instigación, por cuanto, un tercero puede determinar al autor, con la finalidad de que cumpla cualquiera de los verbos rectores del tipo penal analizado. En ese sentido, las formas de ampliación del tipo penal, en el delito de violencia y resistencia a la autoridad, son posibles, por cuanto se trata de un delito común, el mismo que no se restringe el radio de acción de los autores ni la intervención de los partícipes".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 154.

5. Tentativa y consumación

- **Es un delito de consumación instantánea**

D 0128 "La consumación aparece con la identificación de los verbos rectores: "impedir", "obligar" o "estorbar". Conforme aparece asumido por el autor líneas arriba, se trataría de un delito de consumación instantánea en todos sus verbos rectores, por lo tanto, la consumación deviene en instantánea por la propiedad semántica de los verbos rectores activos (...)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 152.

II

VIOLENCIA CONTRA LA AUTORIDAD PARA IMPEDIR EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 366 **Violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones**

El que emplea intimidación o violencia contra un funcionario público o contra la persona que le presta asistencia en virtud de un deber legal o ante requerimiento de aquel, para impedir o trabar la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años o con prestación de servicio comunitario de ochenta a ciento cuarenta jornadas"[2].

TEXTO ORIGINAL

Artículo 366.- Violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones

El que emplea intimidación o violencia contra un funcionario público o contra la persona que le presta asistencia en virtud de un deber legal o ante requerimiento de aquel, para impedir o trabar la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años.

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico

D 0129 "[E]l bien jurídico tutelado por esta figura es la libertad de determinación del funcionario en el ejercicio de su función pública, es decir, al ejecutar sus decisiones; lo cual es indispensable para el normal desenvolvimiento de la administración de los asuntos del Estado".

TERRAGNI, Marco Antonio. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. Buenos Aires: La Ley, 2012, p. 325.

D 0130 "El bien jurídico protegido de modo general es el normal funcionamiento y desarrollo de la recta Administración Pública. En tanto que el interés jurídico particular es el garantizar la libertad de acción pública del funcionario de los actos de coacción de terceros. Se lesiona la libertad de determinación del funcionario público, pero el ataque se produce en la fase de ejecución de los actos funcionales, es decir, luego que hubo actividad funcional con un destinatario concreto y en el momento en que se está cumpliendo la orden del funcionario público".

2 Texto vigente conforme a la modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 27937, publicada el 12 de febrero de 2003 en el diario oficial *El Peruano*.

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 162.

D 0131 "El interés social protegido por un medio de la incriminación de esta conducta es, entonces, de un modo inmediato, la libertad de determinación del funcionario, vale decir, su libertad de decisión en su fase funcional. Mediatamente, lo que queda resguardado es la libertad de la Administración Pública en todas sus facetas, la cual se sirve del funcionario para alcanzar, de manera normal y regular, sus fines. (...)".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 60.

D 0132 "El bien jurídico genérico resulta ser el correcto funcionamiento de la Administración Pública, representando en el Estado –entendido como ente política y socialmente organizado–. Por otro lado, tenemos la presencia de un bien jurídico específico, el mismo que aparece ligado a la determinación o libertad de funcionario público o al asistente que opera en virtud de un deber legal desplegado por el funcionario público".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 160.

2.2. Sujeto activo

D 0133 "Puede ser cualquiera, pero no un funcionario público, pues para este opera el supuesto agravado por su condición que se prevé en el artículo 367, numeral 3".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 154.

D 0134 "El delito de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio funcional, se trata de un delito común, esto es, cualquier persona con capacidad de reprochabilidad, puede ser autor del delito mencionado, por cuanto la estructura típica inicia con el pronombre impersonal "el que", no demandando cualidad especial en el autor. Asimismo, no se advierte institución especial, precisándose que lo señalado en el inc. 2 del art. 367 del CP opera como una circunstancia agravante y no, así como circunstancia especial que fundamenta el injusto penal del delito analizado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 156.

D 0135 "Solo puede serlo un particular *extraneus* a la Administración Pública. Si el autor es un funcionario o servidor público, la resistencia a funcionario o persona que le presta asistencia recibirá un trato penal agravado de acuerdo a la circunstancia agravante específica prevista en el artículo 367 del CP".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2017, p. 176.

2.3. Sujeto pasivo

D 0136 "El sujeto pasivo siempre será el Estado al constituirse en el único titular del bien jurídico protegido en este delito: el funcionamiento y desarrollo de la correcta Administración Pública. Así mismo, el funcionario público será el sujeto pasivo específico o directo; por excepción, la titularidad específica del sujeto pasivo se extiende al asistente que actúa en virtud de un deber legal o ante un requerimiento efectuado por el funcionario público".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 162.

D 0137 "Como ya hemos indicado en el comentario de la figura típica anterior, el sujeto pasivo titular del bien jurídico vulnerado es el Estado. Sin embargo, la afección del bien jurídico se lleva a cabo en la persona de sus representantes, esto es, los funcionarios públicos o las personas que le prestan asistencia en virtud de un deber legal o ante requerimiento de aquellos".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2017, p. 176.

D 0138 "Por otro lado, no podemos pasar por alto al funcionario público o al asistente que opera en razón de un deber legal, siendo dichas personas, el "sujeto sobre el cual recae la acción típica", empero, siempre, el agraviado como tal, será el Estado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 156.

D 0139 "Sujeto pasivo es el funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, o la persona que le prestare la asistencia a su requerimiento o en virtud de un deber legal en ese ejercicio. Se exige que subsista la relación funcional, en el momento del hecho, aunque el sujeto no este ejerciendo la función. Como se ha visto, también puede ser sujeto pasivo la persona que prestare la asistencia al funcionario público a su requerimiento o porque tenga un deber legal de hacerlo".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 66.

2.4. Conducta típica

- **Impedir o trabar mediante intimidación o violencia la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de las funciones públicas**

D 0140 "La acción típica consiste en usar intimidación o fuerza contra un funcionario público, con el fin de imponerle un determinado hacer o una determinada omisión de orden funcional. De modo que la intimidación o la fuerza de por si no alcanzan para que el verbo típico quede configurado, sino que la acción final tiene que estar destinada a exigir una determinada actividad u omisión de carácter funcional".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 61.

J 0025 "El delito de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones se encuentra regulado en el artículo 366 del Código Penal, el cual sanciona aquellas conductas en las que el sujeto activo emplea intimidación o violencia contra un funcionario público, para impedir o trabar la ejecución de un acto propio del ejercicio de sus funciones. Esta conducta se sanciona con una pena agravada en los supuestos en que el hecho se realiza en contra de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, entre otros, en el ejercicio de sus funciones".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 677-2017-Callao, del 30 de mayo de 2017, magistrado ponente: Calderón Castillo, considerando 3.1.

J 0026 "El artículo trescientos sesenta y seis del Código Penal –en adelante CP–, prevé el delito de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio funcional, que se sanciona cuando se emplea intimidación o violencia contra un funcionario público o contra la persona que le presta asistencia en virtud de un deber legal o ante un requerimiento de aquel, para impedir o trabar la ejecución de un acto propio en legítimo ejercicio de sus funciones".

Primera Sala Penal Transitoria. R.N. N° 1293-2016-Junín, del 25 de julio de 2017, magistrado ponente: Salas Arenas, considerando 2.1.

- Impedir

D 0141 "Impedir es imposibilitar la ejecución de algo. En la figura que analizamos el sujeto activo busca evitar el ejercicio legítimo de la función pública, para esto se vale de dos medios violentos (vis absoluta o vis relativa). Como ya hemos señalado, la violencia debe ser idónea para coactar la libertad del funcionario público".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2017, p. 176.

D 0142 "Conforme fue explicado en líneas anteriores, citando los lineamientos de la RAE, "impedir" significa: "estorbar o imposibilitar la ejecución de algo". Dicha situación conlleva al supuesto que el sujeto activo tiene como finalidad la no realización de la función pública por parte del sujeto cualificado o su asistente. En términos del Código Penal: "impide la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones", por lo tanto, el delito presenta un verbo activo y no omisivo, es decir, el agente delictivo tiene que desplegar una conducta obstruccionista.

"Asimismo, el verbo "impedir" conlleva a identificar el delito como un tipo penal de comisión instantánea, es decir, delito de comisión inmediata, por cuanto no requiere para su consumación el cumplimiento o incumplimiento de la actividad funcional. La manifestación del verbo "impedir" tiene que aparecer en el momento que el sujeto cualificado o su asistente este cumpliendo con sus actividades funcionales propias del cargo público, siendo este supuesto lo que nos llevaría a diferenciarlo del delito previsto en el art. 365 del CP".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 158.

- Trabar

D 0143 "Trabar es impedir o estorbar la ejecución de una actividad. En este caso el sujeto activo puede obstaculizar el ejercicio de la actividad funcional, cuando esta ya se está realizando, así como al evitar que empiece. Como señala Fontan Balestra, trabar la ejecución del acto funcional significa entorpecerlo o dificultarlo".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares.* 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2017, p. 176.

- Violencia

D 0144 "Consiste en una energía física que desarrolla o ejerce el autor sobre la persona del funcionario o servidor público (víctima). No es posible interpretar que también engloba el delito la violencia ejercida sobre las cosas. Si el agente recurre a la violencia sobre las cosas del funcionario o servidor público para que este realice lo que aquel le exige, estaremos ante un supuesto de amenaza, debido a que por temor el sujeto pasivo especial dejará de hacer o realizará lo que exige el sujeto activo.

El autor recurre al despliegue de una energía física para vencer con ella, por su poder material, la resistencia u oposición de la víctima especial. La violencia se traduce en actos materiales sobre el sujeto pasivo (golpes, cogerla violentamente de las manos, etc.) tendientes a obligar o impedir que realice sus funciones".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 158.

- Intimidación

D 0145 "La intimidación no es otra cosa que la amenaza como medio facilitador del delito de atentado contra funcionario público. Consiste en el anuncio de un mal o perjuicio inminente para la vida o integridad física del sujeto pasivo (funcionario) o asistente del funcionario, cuya finalidad es intimidarlo para que de ese modo deje de cumplir sus funciones, o trabe la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones. No es necesario que la amenaza sea invencible, sino meramente idónea o eficaz para lograr el objetivo que persigue el sujeto activo. La amenaza o promesa directa de un mal futuro puede hacerse por escrito, en forma oral o mediante cualquier acto que lo signifique".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 159.

- Acto propio del legítimo ejercicio de las funciones públicas

D 0146 "Lo primero que debe anotarse es que el proceder antijurídico del autor debe perseguir impedir o trabar la "ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de las funciones

del funcionario"; importa delimitar el tipo del injusto, a aquellas actuaciones funcionariales que se comprenden en un marco estricto de legitimidad".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 130-131.

- Es un delito de comisión, no se admite la forma omisiva

D 0147 "El tipo penal analizado, por voluntad del legislador, es un delito de acción, es decir, exige que el agente delictivo despliegue un accionar, concretado en cualquiera de los supuestos típicos, esto es: "impedir" o "trabar". Por lo tanto, no es posible la forma omisiva (propia o impropia), toda vez que, por técnica legislativa, no se advierte el verbo "omitir" (respecto a la omisión propia) y tampoco se advierte un deber de salvamento (respecto a la omisión impropia)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 159.

3. Imputación subjetiva

- Es un tipo penal doloso

D 0148 "Se exige claramente un dolo directo, pues el tipo penal exige una dirección determinada de la conducta: "impedir o trabar" la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de las funciones de un funcionario. El hecho de que el sujeto activo persiga otras finalidades adicionales (ánimo de venganza, odio personal al funcionario, etc.), no excluye el dolo".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 159.

D 0149 "El tipo penal recoge conductas netamente dolosas. Solo es posible su comisión por dolo directo. No es posible un dolo indirecto o eventual. Tampoco cabe una conducta culposa.

El delito supone dolo directo, es decir, además de la voluntad de obrar que impulsa el *iter criminis*, debe estar presente el conocimiento que debe poseer el sujeto activo de la calidad del sujeto especial y la legitimidad del acto funcional que pretende impedir o trabar".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.*5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 163.

D 0150 "Continuando con la línea dogmática, esbozada en estos injustos, la incriminación solo resulta admisible a título de dolo, convivencia y voluntad de realización típica.

El agente despliega una fuerza física (violencia) o psicológica (intimidación) contra la persona del funcionario o de su asistente funcional, con el propósito de impedir o trabar la ejecución de un acto legítimo de su actuación funcionarial".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 134.

- **Es un tipo penal de tendencia interna trascendente por lo que requiere un elemento adicional a dolo**

D 0151 "Además por la construcción de la fórmula legislativa, no es suficiente el dolo en el actuar del agente, sino se exige la concurrencia de un elemento subjetivo adicional al dolo. Se trata de supuestos de tendencia interna trascendente. Esto es, el agente al desarrollar su conducta, debe hacerlo con una finalidad específica. Aquí debe acreditarse que el agente actuó para impedir o trabar la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de las funciones del funcionario público o de la persona que le presta asistencia en virtud de un deber legal o ante el requerimiento de aquel".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 164.

D 0152 "[L]a calidad de funcionario público constituye un elemento normativo del tipo, con lo cual se requiere que el autor conozca la significación que este concepto tiene en el tipo objetivo. Aquí se plantea que es lo que debe saber el autor del hecho con respecto a este componente normativo del tipo legal. (...)

Podemos señalar, entonces, y a modo de conclusión que para que el autor sea castigado, es necesario que sepa que el sujeto pasivo actúa como persona que depende del Estado y que presta un servicio.

Por otra parte, sabido es que el conocimiento potencial no alcanza para que se dé el dolo. Este exige una conciencia actual para su configuración. (...)".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores, 2011, p. 67.

- **Se puede presentar un error de tipo**

D 0153 "Es posible el error de tipo: si el autor sabía o no que se trataba de un funcionario público y que este estaba actuando legítimamente. Pero en estos casos podrían hacer que el tipo penal resulte burlado, sobre todo, en el segundo caso (en el primero puede ser difícil en la práctica admitir el error), pues siempre puede alegarse el "error de tipo" y, aunque este fuera evitable, llevaría a la impunidad, pues no existe un tipo "culposo" de resistencia contra la autoridad. (...). Ante la falta de previsión específica de este supuesto, una posibilidad consistiría en admitir aquí la existencia de un "error de prohibición" (por lo menos evitable) cuando el sujeto activo dude de la legitimidad de la orden o el acto administrativo previo a un acto funcionarial legítimamente ejecutado y crea que puede resistirse a ello (error sobre los presupuestos de la existencia de una causa de justificación).

Y cuando el sujeto actúe, pese a creer equivocadamente que la conducta funcionarial era legítima, tendría que afirmarse la existencia de una tentativa inidónea, que según el artículo 17 CP peruano es impune".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 160.

D 0154 "El sujeto activo debe conocer la calidad de funcionario del directamente agraviado por la violencia o amenaza. Si carecía de tal conocimiento y pensaba que se oponía al accionar de un usurpador, el delito no se configura. Tampoco cuando actúa con error acerca de la verdadera condición del *intraneus* (error de tipo invencible)".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2017, p. 179.

D 0155 "El aspecto cognitivo del dolo, ha de abarcar todos los elementos constitutivos de la redacción típica, de modo que, si el agente desconoce la calidad de funcionario público del sujeto pasivo inmediato de la acción, se daría un error de tipo, sin defecto de que el autor pueda ser reprimido por los delitos comunes aplicables".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 134.

4. Autoría y participación

- Autoría

D 0156 "Según la construcción normativa, autor de este delito puede ser cualquier persona, al no exigirse ninguna cualidad funcional especial; si este es un funcionario y/o servidor público, se configura la agravante prevista en el artículo 367 del CP".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 129.

5. Tentativa y consumación

- Es un delito de comisión instantánea por lo que no admite la tentativa

D 0157 "Para determinar la consumación del delito hay que tener en cuenta que la configuración del tipo es distinta que en el caso anterior: aquí el injusto recae en el empleo de la "violencia" o "intimidación" y no en la consecución de la finalidad buscada. Luego, (...) la consumación se produce con el despliegue de fuerza para impedir o para trabar.

Se trata de delitos de "mera actividad" en los cuales no es posible la tentativa: antes del ejercicio de la violencia o del conocimiento de la amenaza solamente existen actos preparatorios; y después del ejercicio de estas conductas ya hay delito consumado. Como el reproche penal se da en la restricción de la libertad de determinación del funcionario, antes que este experimente la violencia o tome conocimiento de la amenaza, su libertad no se ha visto afectada de ningún modo".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 160 y 161.

D 0158 "Al tratarse de un delito de mera actividad, la consumación opera en la medida que se activen cualquiera de los verbos rectores ("impedir" o "trabar") ligados al accionar intimidatoria o violento. Por lo tanto, la consumación deviene en instantánea, según cada caso concreto".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 161.

D 0159 "Es lugar común en la doctrina nacional considerar que en este delito no es posible la tentativa, pues estamos ante un delito de mera o simple actividad. Antes del ejercicio de la violencia o del conocimiento de la amenaza solamente existen actos preparatorios, y después del despliegue de estas conductas ya hay delito consumado".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 166.

III

FORMAS AGRAVADAS

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 367 **Formas agravadas**

En los casos de los artículos 365 y 366, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años cuando:

1. El hecho se realiza por dos o más personas.
2. El autor es funcionario o servidor público.

La pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años cuando:

1. El hecho se comete a mano armada.
2. El autor causa una lesión grave que haya podido prever.
3. El hecho se realiza en contra de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, miembro del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por mandato popular, en el ejercicio de sus funciones.
4. El hecho se realiza para impedir la erradicación o destrucción de cultivos ilegales, o de cualquier medio o instrumento destinado a la fabricación o transporte ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.
5. El hecho se comete respecto a investigaciones o juzgamiento por los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, secuestro, extorsión y trata de personas.

   Si como consecuencia del hecho se produce la muerte de una persona y el agente pudo prever este resultado, la pena será privativa de libertad no menor de doce ni mayor de quince años[3].

TEXTO ORIGINAL

Artículo 367.- Formas agravadas

En los casos de los artículos 365 y 366 la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de seis años cuando:

1. *El hecho se comete a mano armada.*
2. *El hecho se realiza por dos o más personas.*
3. *El autor es funcionario o servidor público.*
4. *El autor ocasiona una lesión grave que haya podido prever.*

Si el agraviado muere y el agente pudo prever este resultado, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de quince años.

PRIMERA MODIFICATORIA

Artículo 367.- Formas agravadas

En los casos de los artículos 365 y 366, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de seis años cuando:

3 Texto vigente conforme a la modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30054, publicada el 30 de junio de 2013 en el diario oficial *El Peruano*.

1. *El hecho se realiza por dos o más personas.*
2. *El autor es funcionario o servidor público.*

La pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de siete años cuando:

1. *El hecho se comete a mano armada.*
2. *El autor causa una lesión grave que haya podido prever.*

Si el agraviado muere y el agente pudo prever este resultado, la pena será privativa de libertad no menor de siete ni mayor de quince años[4].

SEGUNDA MODIFICATORIA

Artículo 367.- Formas agravadas

En los casos de los artículos 365 y 366, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de seis años cuando:

1. *El hecho se realiza por dos o más personas.*
2. *El autor es funcionario o servidor público.*

La pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de siete años cuando:

1. *El hecho se comete a mano armada.*
2. *El autor causa una lesión grave que haya podido prever.*
3. *El hecho se realiza en contra de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, en el ejercicio de sus funciones.*

Si el agraviado muere y el agente pudo prever este resultado, la pena será privativa de libertad no menor de siete ni mayor de quince años[5].

TERCERA MODICATORIA

Artículo 367.- Formas agravadas

En los casos de los artículos 365 y 366, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años cuando:

1. *El hecho se realiza por dos o más personas.*
2. *El autor es funcionario o servidor público.*

La pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de doce años cuando:

1. *El hecho se comete a mano armada.*
2. *El autor causa una lesión grave que haya podido prever.*
3. *El hecho se realiza en contra de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, en el ejercicio de sus funciones.*
4. *El hecho se realiza para impedir la erradicación o destrucción de cultivos ilegales, o de cualquier medio o instrumento destinado a la fabricación o transporte ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.*
5. *El hecho se comete respecto a investigaciones o juzgamiento por los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, secuestro, extorsión y trata de personas.*

Si como consecuencia del hecho se produce la muerte de una persona y el agente pudo prever este resultado, la pena será privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años[6].

4 Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N° 27937, publicada el 12 de febrero de 2003 en el diario oficial *El Peruano*.

5 Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 28878, publicada el 17 de agosto de 2006 en el diario oficial *El Peruano*.

6 Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 982, publicado el 22 de julio de 2007 en el diario oficial *El Peruano*.

2. Agravante: el hecho se realiza por dos o más personas

D 0160 "En este supuesto existe un mayor disvalor por la pluralidad de agentes que participan en el evento delictivo. La condición agravatoria como mínimo es que sean más de dos personas y, como máximo no se establece ningún número (...).

La pluralidad de agentes merma o aminora rápidamente los efectos del mandato o requerimiento de autoridad competente. Por ejemplo, la pluralidad de agentes, de modo eficaz y fácil, impide a la autoridad o a un funcionario o servidor público ejercer sus funciones o le obligan con facilidad a practicar un determinado acto de sus funciones o le estorban cuando aquella está en pleno ejercicio de sus funciones normales".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 141.

D 0161 "Solo se verifica la agravante cuando las dos o más personas que participan en el atentado o violencia contra la autoridad lo hacen en calidad de coautores. Es decir, aportan en la comisión del delito. No obviemos que se trata de delitos comunes. Sujeto activo puede ser cualquier persona, no se exige alguna cualidad especial. (...).

El mismo fundamento de la agravante nos lleva a concluir de ese modo, pues el número de personas que deben participar en el hecho mismo facilita su consumación por la merma significativa de la eficacia del mandato de requerimiento legal. El concurso debe ser en el desarrollo de la conducta de resistencia. Los agentes se reparten funciones o roles para llevar a buen término su empresa delictiva. Es irrelevante, si los agentes actúan como miembros de una organización criminal o simplemente se juntan para oponerse o resistir a determinada orden legal. Sea de una u otra manera, la agravante igual se configura".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 169.

3. Agravante: el autor es funcionario o servidor público

D 0162 "La única exigencia es que el autor sea funcionario o servidor público, no interesa que actúe en el ejercicio de sus funciones, puede hacerlo también fuera de ellas, como también puede actuar estando de permiso o de vacaciones, porque en ninguno de estos casos ha perdido la calidad de funcionario o servidor público".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 142.

D 0163 "La modalidad agravada se verifica con el solo hecho de tener el agente la calidad especial de funcionario o servidor público, sin mayores precisiones, no interesa el nivel, la jerarquía, competencia o jurisdicción, en ejercicio efectivo o latente (licencias, vacaciones, suspensión temporal, etc.), por cuanto lo que cuenta es el quebrantamiento de los deberes genéricos funcionales o de servicio".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 170.

D 0164 "[E]s necesario señalar que para que se presente esta circunstancia agravante deben tenerse en cuenta los siguientes elementos:

a) Es suficiente que el agente tenga la calidad de funcionario o servidor público. No es indispensable que el sujeto activo lleve a cabo el delito en el ejercicio de la función o el servicio. Esto porque el correcto ejercicio del cargo nunca contemplará o permitirá un actuar delictivo por parte de quienes representan a la administración.
b) Únicamente puede ser considerado funcionario o servidor público a los fines de la agravante el que pertenece a la Administración Pública".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2017, p. 191.

4. Agravante: el hecho se comete a mano armada

D 0165 "El arma puede ser propia o impropia. Lo que interesa es el aumento del poder agresivo en el autor y, a su vez, la mayor intimidación que ejerce sobre la autoridad. El arma en poder del agente incrementa considerablemente su poder ofensivo o intimidante y genera en el sujeto pasivo un sentimiento de inseguridad, temor fundado, impotente, coartado, conciencia de una situación de peligro para su vida, integridad física o su salud, entre otras situaciones de estado emocional fáctico".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 171.

D 0166 "El hecho cometido a mano armada puede presuponer su uso en diversas modalidades, mostrándola, haciéndola patente, blandiéndola en forma difusa, dirigiendo la boca del arma (si es de fuego) hacia arriba, disparando, apuntando, abocándola, acometiendo, etc. Como se observará se trata de diversos niveles de uso, bastando para consumar el delito el nivel mínimo de mostrarlo en efecto intimidatorio".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 142.

5. Agravante: el autor causa una lesión grave que ha podido prever

D 0167 "De la forma como aparece redactada la agravante, se entiende que las lesiones producidas en la integridad física o mental de la autoridad o un tercero serán a título de culpa; esto es, el agente las causará como consecuencia de haber hecho uso de la violencia física sobre la víctima especial, con la finalidad, por ejemplo, de impedir de forma inmediata a la autoridad, a un funcionario o servidor público ejercer sus funciones o le obliga de modo eficaz a practicar un determinado acto de sus funciones o le estorba cuando aquella está en pleno ejercicio de sus funciones normales. Las lesiones se producen como consecuencia de una falta de cuidado o negligencia del agente al momento de resistirse, impedir o estorbar el cumplimiento de sus funciones por parte del funcionario o servidor público. Si en un caso concreto, se determina que el agente actuó con dolo de ocasionar las lesiones graves, se verificará el concurso real de delitos entre lesiones graves y resistencia o atentado contra la autoridad".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 172 y 173.

6. Agravante: el sujeto pasivo es un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, miembro del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por mandato popular, en el ejercicio de sus funciones

D 0168 "La circunstancia agravante mencionada, aparece ligada al estatus cualificado de una clase de funcionario público, es decir, la conducta delictual, aparece discriminadamente dirigida a un sector de funcionarios públicos. En ese sentido, podemos advertir que, si bien en los delitos previstos en los arts. 365 y 366 del CP, el sujeto pasivo resulta ser el Estado; en la medida que dichos delitos operen complementariamente con la presente circunstancia agravante, advertimos que la clase de funcionarios consignados en la misma, resultarían ser sujetos pasivos de la acción delictual. (...).

Respecto a las autoridades elegidas por mandato popular, son todas aquellas autoridades sujetas a proceso de elección popular mediante el sistema electoral, entre ellas, el presidente de la república, los congresistas, presidentes regionales, alcaldes provinciales y distritales, jueces de paz, etc. Asimismo, es necesario precisar que, la circunstancia agravante analizada, opera en la medida que los funcionarios públicos antes mencionados, estén operando en el ejercicio de su función, por lo tanto, el agente delictual tiene que tener conocimiento de la calidad cualificada de los funcionarios públicos antes mencionados, caso contrario, estaríamos ante un supuesto de error de tipo, según el caso concreto. El agente delictual opera con dolo directo, intensificando el injusto penal, toda vez que muestra un desprecio al principio de autoridad contenido en el ejercicio de la función pública del sujeto cualificado antes mencionado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 177 y 178.

- La agravante está dirigida a prevenir y sancionar con severidad formas graves de agresión dolosa contra la autoridad policial, orientadas a intimidar a sus efectivos o producirles lesiones o muertes

J 0027 "La inclusión, pues, del agravante por la calidad policial de la autoridad, que es objeto de análisis, ocurrió mucho años después, a través de la Ley 30054, y como respuesta político criminal a sucesos violentos como el desalojo de comerciantes de "La Parada", donde se ocasionaron daños importantes a la integridad física de los efectivos policiales que intervinieron en dicho operativo. Esto es, dicha agravante específica estaba dirigida a prevenir y sancionar con severidad formas graves de agresión dolosa contra la autoridad policial, orientadas a intimidar a sus efectivos o producirles lesiones o incluso la muerte. La aludida circunstancia agravante no fue, pues, construida por el legislador para sobrecriminalizar actos menores de resistencia, desobediencia o injurias contra efectivos policiales, los cuales de producirse encuentran tipicidad formal y material en otros delitos como el previsto en el artículo 368 ("El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención") o en

faltas como las contempladas en los incisos 3 ("El que, de palabra, falta el respeto y consideración debidos a una autoridad sin ofenderla gravemente, o el que desobedezca las órdenes que le dicte, siempre que no revista mayor importancia") y 5 ("El que oculta su nombre, estado civil o domicilio a la autoridad o funcionario público que lo interrogue por razón de su cargo"') del artículo 452".

II Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema. Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2016/CIJ-116, del 1 de junio de 2016, magistrados ponentes: Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo y Pariona Pastrana, considerando 17.

- **Los insultos o actos de menosprecio verbales o de obra, proferidos contra la autoridad policial, constituyen formas de injuria (artículo 130) pero carecen de tipicidad propia como delitos contra la Administración Pública**

J 0028 "Cabe señalar también que los insultos o actos de menosprecio verbales o de obra, proferidos contra la autoridad policial, constituyen formas de injuria (artículo 130) pero carecen de tipicidad propia como delitos contra la Administración Pública cometidos por terceros. Al respecto es de recordar que el legislador nacional descriminalizó mediante la Ley 27975 del 29 de mayo de 2003 el delito de desacato que reprimía este tipo de afrentas en el derogado artículo 374 del modo siguiente: "El que amenaza, injuria o de cualquier manera ofende la dignidad o el decoro de un funcionario público a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de ejercitarlas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años. Si el ofendido es el Presidente de uno de los Poderes del Estado, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años". La justificación dada para tal decisión político criminal, fue la necesidad "democrática" de eliminar toda clase de privilegios legales o de sobre tutela penal para los funcionarios públicos, entre los que se encontraban los policías conforme a lo estipulado en el inciso 5 del artículo 425 del Código Penal".

II Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema. Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2016/CIJ-116, del 1 de junio de 2016, magistrados ponentes: Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo y Pariona Pastrana, considerando 17.

- **La agravante del delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial opera de manera residual y subsidiaria a otros delitos contra la vida, la salud o la libertad**

J 0029 "Ahora bien, es también importante precisar que el espacio de aplicación del delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial, así como del agravante que para tales casos contempla el artículo 367 del Código Penal, debe operar de manera residual y subsidiaria a la eficacia de otros delitos que involucran formas de daño ocasionados dolosamente por terceros, contra la vida, la salud o la libertad de efectivos policiales cuando estos actúan en ejercicio de sus funciones o como consecuencia de represalias por la realización legítima de las mismas. Se trata, en concreto, de los siguientes delitos y sus respectivas circunstancias agravantes específicas por la condición funcionarial o policial del sujeto pasivo:

- Homicidio Calificado por la condición funcionarial del sujeto pasivo (artículo 108 A).
- Sicariato (Artículo 108.C, inciso 5).
- Lesiones Graves Dolosas (Artículo 121, párrafos 5 y 6).
- Lesiones leves Dolosas (Artículo 122, Incisos 3, literal a y 4).
- Injuria (Artículo 130).
- Secuestro (Artículo 152 inciso 3)".

II Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema. Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2016/CIJ-116, del 1 de junio de 2016, magistrados ponentes: Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo y Pariona Pastrana, considerando 18.

- **La agravante del delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial abarca únicamente aquellos actos que, mediante amenazas o agresiones físicas, rechazan el *ius imperium* del Estado**

J 0030 "[E]s relevante, precisar que el delito de violencia y resistencia contra la autoridad, agravado por la calidad policial de esta, abarca únicamente aquellos actos que mediante amenazas o agresiones físicas rechazan el *ius imperium* del Estado, representado en el ejercicio del poder, competencias y facultades que ella legalmente ostenta y ejerce. Son, pues, formas de resistencia activa y violenta contra dicho poder y autoridad. Por tal razón, su relevancia y punibilidad tienen siempre que ser menores que los que corresponden a otra clase de acciones de violencia que se dirigen a atentar directamente contra la vida o la salud de efectivos policiales que ejercen o ejercieron sus funciones. Es por ello que para sancionar con severidad estos últimos casos, se han regulado expresamente circunstancias agravantes específicas en los delitos de homicidio y lesiones".

II Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema. Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2016/CIJ-116, del 1 de junio de 2016, magistrados ponentes: Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo y Pariona Pastrana, considerando 19.

- El delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial solo se configurará cuando no se den los presupuestos típicos de los delitos de homicidio calificado, sicariato, lesiones, injuria o secuestro

J 0031 "[E]l delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial solo puede configurarse y ser sancionado como tal, cuando en el caso sub judice no se den los presupuestos objetivos y subjetivos que tipifican de manera independiente los hechos punibles contra la vida o la salud individual del funcionario policial que se han señalado anteriormente".

II Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema. Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2016/CIJ-116, del 1 de junio de 2016, magistrados ponentes: Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo y Pariona Pastrana, considerando 20.

- **Si la violencia ejercida ocasiona lesiones graves, la pena del delito de violencia y resistencia contra una autoridad policial será no menor de 6 ni mayor de 12 años de privación de la libertad**

J 0032 "La penalidad, por tanto, del delito de violencia y resistencia contra una autoridad policial no puede sobrepasar la pena mínima fijada para las lesiones leves en el artículo 122, inciso 3, literal a. Es decir, en ningún caso puede ser mayor de tres años de pena privativa de libertad, si es que la violencia ejercida contra la autoridad policial no ocasionó siquiera lesiones leves. Pero, si el agente con las violencias ejercidas produjo dolosamente lesiones leves o lesiones graves a la autoridad policial, su conducta solo debe asimilarse a los delitos tipificados en los artículos 121 y 122 del Código Penal, respectivamente, aplicándose, además, en tales supuestos, la penalidad prevista para la concurrencia del agravante específico que se funda en la condición funcional del sujeto pasivo. Esto es, si se ocasionan lesiones graves la pena será no menor de seis ni mayor de doce años de pena privativa de libertad, y, si solo se produjeron lesiones leves, la sanción será no menor de tres ni mayor de seis años de pena privativa de libertad".

II Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema. Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2016/CIJ-116, del 1 de junio de 2016, magistrados ponentes: Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo y Pariona Pastrana, considerando 20.

- **Para aplicar la agravante, los jueces deben verificar la existencia de un plus de lesividad que diferencie la conducta realizada del tipo básico, esto es, su idoneidad para impedir el ejercicio de la función pública del efectivo policial**

J 0033 "[E]l objeto de protección penal en los actos que constituyen delito de intimidación y violencia contra la autoridad policial, está constituido por el poder legítimo que esta ostenta para el debido ejercicio de sus funciones ante terceros. Partiendo de este presupuesto, el juez tiene el deber de determinar si la acción imputada, y debidamente probada, configura o no una afectación a dicho bien jurídico que justifique la imposición de la sanción agravada. Por lo demás, la imposición de una sanción más severa exige siempre la existencia de un plus de lesividad que hace que la conducta realizada se diferencie del tipo básico.

La diferenciación, en este caso, reside en la idoneidad de la acción para impedir el ejercicio de la función pública de quien es efectivo policial. Por tanto, aquellas acciones que en el caso concreto pueden significar un acto de intimidación o de violencia contra una autoridad policial en el ejercicio de sus funciones, y estar destinados a evitar que ella las cumpla, pero que por las condiciones particulares de quien las ejecuta o el contexto donde estas se dan, no resultan idóneas para impedir o frustrar el cumplimiento efectivo de las actuaciones policiales, no podrán configurar la agravante que regula la ley y solo pueden realizar el tipo penal del artículo 366 o ser una falta".

II Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema. Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2016/CIJ-116, del 1 de junio de 2016, magistrados ponentes: Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo y Pariona Pastrana, considerando 21.

- Actos como empujar a un policía, insultarlo o escupirlo no deben ser considerados formas agravadas de violencia y resistencia contra la autoridad

J 0034 "Así, actos como el empujar a un miembro de la Policía Nacional del Perú, cuando este ejerce sus funciones, o el afectar su honra a través de insultos o lanzándole escupitajos, no pueden ser consideradas como formas agravadas. Sobre todo, porque dichas conductas no son suficientemente idóneas para afectar el bien jurídico con una intensidad o fuerza adecuadas para impedir que la autoridad cumpla sus funciones, la pena que cabría aplicar en tales supuestos no puede ni debe ser la conminada en el artículo 367".

II Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema. Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2016/CIJ-116, del 1 de junio de 2016, magistrados ponentes: Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo y Pariona Pastrana, considerando 21.

- La pena del delito de desobediencia y resistencia a la autoridad policial debe atenuarse cuando el agente se encuentre en estado de ebriedad, se resista a su propia detención, o reaccione en errónea defensa de un familiar intervenido

J 0035 "Pero, además, en la determinación judicial de la pena aplicable a los actos de intimidación o violencia dirigidas contra autoridades policiales, no se puede obviar la concurrencia evidente de causales de disminución de punibilidad como cuando el agente del delito se encuentre bajo notorios efectos del consumo de alcohol; o cuando aquel solo se resiste a su propia detención; o cuando los actos de intimidación o violencia se ejecuten por quien reacciona en errónea defensa de un familiar cercano que es intervenido por la autoridad policial.

En tales supuestos, según corresponda, el juez debe decidir la pena a imponerla siempre por debajo del mínimo legal, tal como lo dispone el artículo 21 del Código Penal. Asimismo, no hay impedimento legal alguno para que la pena impuesta, en tanto no sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad y se den los presupuestos legales correspondientes, pueda ser suspendida en su ejecución o convertida en una pena limitativa de derechos".

II Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema. Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2016/CIJ-116, del 1 de junio de 2016, magistrados ponentes: Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo y Pariona Pastrana, considerando 22.

- **La pena del delito de desobediencia y resistencia a la autoridad policial debe atenuarse cuando el procesado exprese confesión sincera, o se someta a la terminación anticipada o a la conclusión anticipada por conformidad**

J 0036 "Tampoco hay ninguna limitación normativa que afecte la eficacia de reglas de reducción por bonificación procesal, como cuando el procesado expresa confesión sincera o se somete a la terminación anticipada del proceso; o a la conclusión por conformidad de la

audiencia. En todos estos casos, la reducción sobre la pena impuesta se aplicará siempre y conforme a los porcentajes que autoriza la ley".

II Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema. Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2016/CIJ-116, del 1 de junio de 2016, magistrados ponentes: Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo y Pariona Pastrana, considerando 23.

- La configuración de la agravante requiere el dolo del agente

J 0037 "El delito de violencia y resistencia a la autoridad requiere que la conducta ilícita esté dirigida a impedir que el funcionario o servidor público ejerza sus funciones. Ello supone el conocimiento por parte del agente de la calidad especial del sujeto pasivo y el acto funcional que este realizará. Situación que no se probó en el caso de los actuados judiciales; por lo cual corresponde amparar el recurso defensivo y declarar la absolución del encausado, de conformidad con lo previsto por el artículo trescientos uno, del Código de Procedimientos Penales".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 652-2016-Lima Norte, del 23 de agosto de 2016, magistrado ponente: Príncipe Trujillo, considerando 10.

- Toda persona puede oponerse y resistirse a la propia detención, pero lo que no se admite es violentar a la autoridad policial

J 0038 "Que, en consecuencia, es obvio que el encausado Cabada Castañeda se opuso a una intervención lícita de la autoridad policial, que actuó ante la denuncia de robo por parte de un ciudadano que lo sindicaba como tal. Esta oposición fue violenta y, como tal, importó la agresión directa a un efectivo policial, incluso se afectó un bien público policial (el patrullero) –así lo declaró no solo el efectivo policial lesionado sino el denunciante–. Ello denota una conducta irascible exacerbada por el consumo de alcohol.

Es verdad que toda persona puede oponerse y resistirse a la propia detención, pero lo que no se admite es violentar a la autoridad policial, agredirla para impedir que cumpla con su función de control de orden público y prevención del delito. Las lesiones causadas son clara muestra de esta violencia ilícita, no justificada y desproporcionada, que ejerció el imputado contra el policía. El delito es el previsto en el artículo 367, numeral 3, del Código Penal, según la Ley número 30054, de treinta de junio de dos mil trece.

Que si bien se cometió el delito juzgado, en el presente caso se presentó un caso evidente de ebriedad a tal punto que mermó las facultades, sin eliminarlas, de entendimiento del imputado, por lo que se aplica la concordancia de los artículos 20, apartado 1, y 21 del Código Penal. Se está ante una causal de disminución de punibilidad (eximencia incompleta), que obliga a reducir la pena por debajo del mínimo legal.

La pena debe disminuirse y ha de suspenderse condicionalmente, por tratarse de un delincuente primario y no vislumbrarse que la suspensión no impedirá una reiteración delictiva".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 1268-2018-Lima Norte, del 24 de octubre de 2018, magistrado ponente: San Martín Castro, considerandos 5 y 6.

7. Agravante: El hecho se realiza para impedir la erradicación o destrucción de cultivos ilegales, o de cualquier medio o instrumento destinado a la fabricación o transporte ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas

D 0169 "Este supuesto agravatorio se sustenta en la finalidad que tienen las autoridades y funcionario estatales municipales, regionales o del Gobierno Central, de erradicar, bajo cualquier contexto, todos los cultivos que se consideren ilegales, de erradicar cualquier medio o instrumento destinado a la fabricación o transporte ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, en otras palabras, se trata de erradicar el tráfico ilícito de drogas, grave flagelo de las sociedades actuales, de manera que si hay algunas personas que tratan de impedir que los agentes públicos cumplan su cometido, serán procesados y condenados por el delito de violencia y resistencia de la autoridad de manera agravada".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, pp. 147 y 148.

8. Agravante: El hecho se comete respecto a investigaciones o juzgamiento por los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, secuestro, extorsión y trata de personas

D 0170 "Se entiende que la agravante se aplica a personas diferentes al imputado por los indicados delitos. Muy bien pueden ser familiares o vecinos del imputado que tratan de impedir, haciendo uso de la violencia, la detención del imputado por terrorismo.

Si por ejemplo es el propio imputado –por alguno de los delitos graves previstos en la agravante– el que por medio de la violencia contra la autoridad se resiste a su detención, la agravante no se configura, porque se configura un supuesto de atipicidad previsto en el artículo 368 del Código Penal. incluso así el imputado, por medio de la amenaza, se resista a colaborar en la ejecución de algún acto de investigación dispuesta por la autoridad, la agravante no se verifica".

SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 177.

9. Agravante: se produce la muerte de una persona y el agente pudo prever este resultado

D 0171 "[B]asta identificar que el agente tuvo la intención de resistencia o atentado contra la autoridad y, además, estaba en la posibilidad de prever la muerte de esta, para imputarle la agravante. Esto es, debe concurrir el dolo en la conducta de violencia o amenaza contra la autoridad que actúa en el ejercicio de sus funciones y el elemento culpa en el resultado muerte. La culpa se materializa en la ausencia del debido cuidado o por falta de diligencia del agente al momento de resistirse o atentar contra la autoridad. El sujeto activo produce la muerte que en realidad no quiso causar, pero se concretiza por haber actuado sin el debido cuidado para evitarlo, pudiendo hacerlo. Si se llega a verificarse que el agente desde el inicio tuvo la intención de quitar la vida del sujeto pasivo especial, se producirá un concurso real de delitos entre resistencia o atentado contra la autoridad y homicidio.

En suma, estamos ante un homicidio preterintencional que se verifica con la muerte del sujeto pasivo especial por culpa del agente al momento o con ocasión de resistir o atentar contra la autoridad".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 174 y 175.

IV

RESISTENCIA O DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 368 **Resistencia o desobediencia a la autoridad**

El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Cuando se desobedezca la orden de realizarse un análisis de sangre o de otros fluidos corporales que tenga por finalidad determinar el nivel, porcentaje o ingesta de alcohol, drogas tóxicas estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de siete años o prestación de servicios comunitarios de setenta a ciento cuarenta jornadas.

Cuando se desobedece o resiste una medida de protección dictada en un proceso originado por hechos que configuran violencia contra las mujeres o contra integrantes del grupo familiar será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años[7].

TEXTO ORIGINAL

Artículo 368.- Desobediencia o resistencia a la autoridad

El que desobedece o resiste la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

PRIMERA MODIFICATORIA

Artículo 368.- Resistencia o desobediencia a la autoridad

El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años.

Cuando se desobedezca la orden de realizarse un análisis de sangre o de otros fluidos corporales que tenga por finalidad determinar el nivel, porcentaje o ingesta de alcohol, drogas tóxicas estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, la pena privativa de la libertad será no menor de seis meses ni mayor de cuatro años o prestación de servicios comunitarios de setenta a ciento cuarenta jornadas[8].

---

7 Texto vigente conforme a la modificatoria efectuada por el artículo 4 de la Ley N° 30862, publicada el 25 de octubre de 2018 en el diario oficial *El Peruano*.

8 Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 29439, publicado el 19 de noviembre de 2009 en el diario oficial *El Peruano*.

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico penal

D 0172 "El bien jurídico protegido general es la correcta y normal Administración Pública". No obstante, el objeto específico de protección penal es la efectividad de las actividades funcionales, es decir, el cumplimiento de las órdenes impartidas por un funcionario público en pleno ejercicio de sus funciones normales".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 185.

D 0173 "El bien jurídico protegido es la acción libre del funcionario público. La resistencia lesiona el orden de la Administración Pública, atacando el ejercicio de la libertad funcional, de modo que es la libre acción del funcionario público lo que el tipo penal protege inmediatamente, y mediatamente, el orden de la administración".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 148.

2.2. Sujeto activo

D 0174 "Se trata de un delito común, por lo que el sujeto activo o autor puede ser cualquier persona. No se exige alguna condición o cualidad especial. Lo único que se exige es que aquella persona (sujeto activo) sea la destinataria de la orden emitida por el funcionario público".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 185 y 186.

D 0175 "El delito analizado no exige una cualificación especial en el agente delictivo, es decir, se trata de un delito común, entonces, el sujeto activo puede ser cualquier persona con capacidad de reprochabilidad. Con relación a los funciones o servidores públicos, también pueden ser sujetos activos del delito mencionado, en la medida que su conducta aparezca enmarcada en los supuestos delictivos del delito analizado, esto es, desobedezcan o resistan la orden legalmente impartida por un funcionario en el ejercicio de sus atribuciones. De la misma forma, en este extremo, el legislador no intensifico el injusto penal, es decir, no existe circunstancia agravante, como si opera en los arts. 365 y 366 y la cláusula complementaria del art. 367 del CP".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 182.

2.3. Sujeto pasivo

D 0176 "Lo será el Estado, como titular de toda la actuación que toma lugar en el seno de la Administración Pública, lo que no obsta a identificar sujetos pasivos de la acción, es decir,

el funcionario público, sobre quien recae la acción de resistencia, quienes han de contar legalmente con autoridad".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V, 3ª edición. Lima: Idemsa, 2015, p. 150.

D 0177 "[H]emos de insistir en que la especial naturaleza del bien jurídico protegido implica que un acometimiento ante varios agentes o funcionarios públicos –es decir que una misma acción típica dirigida a varios sujetos– no conlleve tantos atentados como agentes existan, sino que se trata de una única infracción, pues el bien jurídico que se protege en estos tipos penales es supraindividual y pertenece única y exclusivamente a la administración del Estado. No se trata de proteger a los agentes o funcionarios públicos como personas individuales, sino que el objeto de tutela es la función que estos desempeñan.

Y es que, la propia lógica justifica el hecho de que exista una especial tutela a esos profesionales no ya como privilegio individual, sino como una protección encaminada a garantizar el buen desempeño de las funciones que constitucionalmente le vienen encomendadas en tanto que son los responsables de salvaguardar la seguridad colectiva, velar por el buen funcionamiento del sistema y garantizar la seguridad ciudadana; cuestiones estas de indiscutible repercusión y trascendencia para el funcionamiento del sistema establecido. No se trata de que estos profesionales merezcan en sí mismos como ciudadanos un privilegio o protección especial, sino que la cuestión estriba en intentar garantizar el desempeño de las funciones que le han sido encomendadas, de tal manera que las mismas gozan de una tutela penal cuya razón de ser se encuentra en la trascendencia que esas funciones tienen en el funcionamiento del propio organigrama constitucional.

Estamos, por tanto, ante un bien jurídico del que no es titular el sujeto que soporta la acción, pues a pesar de tener la condición de autoridad o de funcionario público, no son en sí mismos el objeto de tutela, sino que la titularidad del bien digno de protección pertenece única y exclusivamente al Estado. Resulta indispensable en estos tipos penales asentar la distinción entre el sujeto pasivo del delito o del injusto, –que es la Administración– y los sujetos sobre los que recae la acción o que son objeto de la conducta típica –autoridades, sus agentes y funcionarios públicos–. Posiblemente la referencia al definir el bien jurídico, al término *«dignidad»*, podría dar lugar a entender que algo de razón tienen quienes afirman que las autoridades, sus agentes y los funcionarios públicos también son ofendidos por estos delitos y por tanto puede entenderse que ostentan, en cierta parte, la categoría de sujetos pasivos. Ello en todo caso, será argumento para fundamentar su carácter de perjudicados por el delito, pero siempre entendiendo esa *dignidad* desde una *perspectiva funcional*, como un *requisito imprescindible del buen funcionamiento del sistema*. Así, y desde la perspectiva del contenido de injusto de estos delitos, se estaría aludiendo a la lesión de la dignidad, entendida funcionalmente, pues como afirma Vives Antón, se trata de delitos contra el buen funcionamiento de los poderes públicos".

LORENTE VELASCO, Susana María. *Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia*. Madrid: Dykinson, 2011, pp. 65 y 66.

D 0178 "A nuestro juicio es preciso aclarar que ***el sujeto pasivo del delito coincide plenamente con el titular del bien jurídico tutelado*** *y, en consecuencia –y recalcando que los funcionarios públicos, las autoridades y sus agentes no gozan de esa titularidad–, habrá que*

afirmar que la condición de sujeto pasivo de esos delitos solo la ostenta la Administración. Otra cosa bien distinta es quiénes sean los sujetos sobre los que pueda recaer la acción descrita en la conducta típica, que tal y como venimos reiterando sí son las autoridades, sus agentes y los funcionarios públicos. En consecuencia, aludir a estos profesionales como «sujetos pasivos de las conductas típicas» puede prestarse a confusiones terminológicas poco deseables, pues en realidad no son sujetos pasivos propiamente dichos, sino simplemente personas que padecen o soportan la acción, en definitiva, los destinatarios de la misma".

LORENTE VELASCO, Susana María. *Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia*. Madrid: Dykinson, 2011, p. 67.

D 0179 "En conclusión, y a nuestro juicio, el sujeto pasivo de estos delitos es única y exclusivamente la propia Administración, de tal manera que las autoridades, sus agentes y los funcionarios públicos no son más que los sujetos sobre los que recae la acción, pues "portan el bien jurídico, pero no ostentan la titularidad del mismo".

LORENTE VELASCO, Susana María. *Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia*. Madrid: Dykinson, 2011, p. 67.

2.4. Conducta típica

- Presupuesto: la existencia de una orden legalmente impartida

D 0180 "[E]l presupuesto indispensable del delito de resistencia a la autoridad es que debe existir una orden, dado que la actividad de la autoridad debe haber llegado al punto en que se concreta una disposición ejecutable contra alguien.

Además, la orden debe ser lícita; por ende, para que este extremo se cumpla, el funcionario debe haber actuado dentro de la esfera de su competencia, ya desde el punto de vista material como jurisdiccional".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, pp. 81 y 82.

D 0181 "Una de las primeras dudas que se plantean es la relativa a si el concepto de orden de la autoridad debe ser entendido como un concepto jurídico o, en su caso, como un concepto naturalístico. La pregunta estriba en saber si debemos entender como orden la manifestación de voluntad que un sujeto dirige a otro en virtud de una relación de supremacía reconocida por el ordenamiento jurídico a fin de que el subordinado cumpla o se abstenga de realizar una acción o, por el contrario, la orden debe ser entendida como simple manifestación de la voluntad dirigida hacia una persona incursa en una relación de supremacía de hecho. Lo cierto es que la doctrina mayoritaria se ha inclinado por una concepción jurídica de orden, ya que como es lógico, fuera del derecho no puede comprenderse tal término. En consecuencia, la orden sería un mandato consistente en una voluntad que se dirige a otro a fin de que realice una determinada conducta.

Sobre estas premisas, Morillas Cueva esboza los elementos constitutivos de la orden en los siguientes:

a) Una voluntad exteriorizada.

b) Que esa voluntad, dirigida a otro, contenga un mandato".

c) Que ese mandato se funde en una relación de supremacía o al menos de superioridad reconocida legalmente que obliga al destinatario de la obediencia.

d) Que al mandato, en cuanto tal, siga por necesidades jurídicas una acción de otro, que suponga su ejecución".

LORENTE VELASCO, Susana María. *Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia*. Madrid: Dykinson, 2011, pp. 236 y 237.

D 0182 "Claro está que la orden o mandato, constituye un mensaje que emana del emisor (autoridad o agente) y que va destinado al receptor (ciudadano obligado a cumplir). Y es que, el mandato o mensaje es el punto clave de la acción, puesto que será el factor decisivo y desencadenante de la reacción del receptor de mismo. En consecuencia, las características que ese mandato u orden debe reunir, para ser presupuesto de un posible delito de desobediencia grave, son:

a) Que sea expreso, determinante y claro.

b) Que imponga al particular una conducta activa u omisiva indeclinable, es decir que la misma sea de obligado cumplimiento para este y para ello es indispensable que tal mandato sea dictado por la autoridad competente en el ejercicio de sus funciones y que tal requerimiento no pueda calificarse como antijurídico. En definitiva, la orden debe ajustarse a la ley pues en un Estado de Derecho ¿qué obliga al ciudadano de no ser el propio Derecho?"

LORENTE VELASCO, Susana María. *Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia*. Madrid: Dykinson, 2011, p. 238.

D 0183 "El delito de desobediencia o resistencia a la autoridad exige la existencia de una orden legal, la misma que deberá ser manifestada por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, ante ello, entendemos por orden legal al mandato con contenido o respaldo jurídico, por cuanto, la actividad del funcionario público aparece habilitada únicamente por el sistema jurídico, no tratándose de cualquier orden, sino de una orden amparada y habilitada por el sistema legal vigente. En ese sentido, la orden legal puede ser verbal o escrita, por cuanto el tipo penal no discrimina dicho supuesto, exigiendo solamente que la orden tenga amparo legal al momento de su impartición. (...).

[E]l tipo penal analizado exige que el funcionario público emita una orden legal dentro de sus atribuciones funcionariales, es decir, el funcionario público, en la medida que emita ordenes según sus prerrogativas funcionariales amparadas por el sistema jurídico (ley, instrumentos de gestión –ROF,MOF–, directivas, etc.) encuentra habilitación y perfeccionamiento en la conducta típica, caso contrario, a pesar que exista un funcionario público y este no tenga competencia funcional para emitir la orden legal exigida por el tipo penal, entonces el hecho atribuido no tendrá contenido penal".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 183.

D 0184 "*Conditio sine qua non* para que los actos del agente del delito se subsuman en la tipicidad del delito, tanto en su modalidad de desobediencia como resistencia, es que exista una orden, no una simple citación, declaración, petición o notificación no conminatoria. Se exige que la orden sea legal, es decir, impartida por un funcionario público en el ejercicio normal de sus funciones. Aparte de ello, es necesario que la orden sea expresa, ya sea verbal o escrita, sin ambigüedades. Debe estar dirigida y puesta en conocimiento de un destinatario debidamente individualizado al que se le conmina a hacer o dejar de hacer algo. Asimismo, la orden debe poseer un contenido posible de realización en el marco de las relaciones jurídicas. Si la orden es imposible de cumplir, el delito no aparece".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 180.

D 0185 "La resolución administrativa o la resolución jurisdiccional, para que sean exigibles al destinatario, deben observar ciertos requisitos formales; no se puede obligar al administrado si es que la orden impartida, no ha sido debidamente notificada al destinatario, para la ejecución de la orden se requiere que el afectado con la medida, tome conocimiento oportuno. Lo que da lugar, a lo que cierto sector de la doctrina alude como la conminación previa".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 151.

J 0039 "Recomendar a la procesada Pola Mellado de Vera, Directora del Centro de Idiomas de la Institución para que de acuerdo al número de alumnos matriculados incremente de manera gradual el número de grupos a favor de la señora Fresia Rosado Pacheco, ahora agraviada, docente contratada en dicho centro, para la enseñanza del idioma inglés. De ello se verifica que la citada resolución no contenía un mandato expreso, orden, dirigido a la procesada para que ejecute un acto en un plazo o fecha determinada, pues la recomendación no constituye una disposición imperativa, *conditio sine qua non* para que los actos del sujeto activo se subsuman en la tipicidad del delito, de ahí que si la encausada hizo caso omiso a la recomendación brindada por su superior, ello podrá ser valorado internamente por el órgano competente, mas no puede ser empleado como un elemento objetivo del delito de desobediencia a la autoridad, buscando su configuración, toda vez que si "si no hay orden no hay desobediencia posible".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 1337-2013, de 20 de enero del 2015, magistrado ponente: Loli Bonilla, considerando 7.

- **Requisitos para la configuración del delito de resistencia o desobediencia a la autoridad**

J 0040 "(...) el delito de resistencia y desobediencia a la autoridad, que se constituye como un delito doloso de omisión, y tiene tres requisitos: a) una obligación o un deber de hacer en el sujeto activo; b) el no cumplimiento de dicho deber u obligación; y, c) la posibilidad de haberla cumplido; todo ello se ha cumplido en el presente caso; sin embargo, como sostiene el recurrente, no resulta aplicable a este ilícito penal la pena de inhabilitación, por

no estar comprendida en los artículos trescientos sesenta y ocho y cuatrocientos veintiséis del Código Penal; por tanto, corresponde declarar la nulidad de la sentencia recurrida en este extremo".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 2491-2011-Loreto, del 14 de agosto de 2012, magistrado ponente: Santa María Morillo, considerando 5.

J 0041 "Es claro que la orden o mandato –judicial en este caso– debe ser expreso, escrito en este caso –incluso puede ser verbal– y sin imprecisiones o vaguedades –claro y concreto–; además, debe estar dirigido a una persona o autoridad determinada –lo que importa un requerimiento válido, del que se haya tenido conocimiento a su debido tiempo– y, en lo específico, con capacidad para cumplirla –de posible realización–. Se trata, además, de un delito doloso; y, como tal, es esencial que el sujeto activo, respecto de lo ordenado, tenga un deber de actuación y que su incumplimiento no se deba a una imposibilidad material de hacerlo (Conforme: Ejecutoria Suprema RN N° 1337-2013/Cusco, de veinte de enero de dos mil quince).

Sala Penal Permanente. Casación N° 50-2017-Piura, del 10 de abril de 2018, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 6.

- **Modalidades típicas del delito de resistencia o desobediencia a la autoridad**

J 0042 "El artículo trescientos sesenta y ocho del Código Penal sanciona al "que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones", de ello se desprende que son dos las modalidades típicas que se regulan en el citado dispositivo, la primera supone el desacato del administrado a la orden impartida, esto es, la negación a obedecer; mientras que la segunda importa una conducta obstruccionista por parte del agente, en cuanto a la realización de los actos que traban la actuación funcionarial.

Sala Penal Permanente. R.N. N° 1337-2013-Cusco, del 20 de enero de 2015, magistrado ponente: Loli Bonilla, considerando 5.

J 0043 "En efecto, la doctrina penal señala que la desobediencia y resistencia a la autoridad, se identifica por los verbos rectores desobedecer y resistir el cumplimiento de una orden impartida por funcionario público competente en el ejercicio normal de sus funciones. Entendiéndose que la desobediencia importa incumplir una orden dictada por un funcionario o servidor público, cuyo mandato debe ser específico, es decir se trata de una conducta omisiva que se concreta con la falta de acatamiento de la orden impartida; mientras, que resistir importa una acción, mediante la cual una persona intenta evitar que otra realice determinada acción, en este caso la orden del funcionario público.

En efecto, el delito de resistencia o desobediencia a la autoridad, se configura cuando el agente desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario en el ejercicio de sus atribuciones".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 2844-2016-Lima, del 18 de setiembre de 2017, magistrado ponente: Cevallos Vegas, considerandos 14 y 15.

- Modalidad típica de "desobediencia" a la autoridad

D 0186 "Y por desobedecer hay que entender el incumplimiento de la orden o mandatos recibidos, ya sea mediante la realización de la conducta que la orden prohíbe hacer, ya sea a través de la omisión de la conducta que la orden manda hacer".

JUANATEY DORADO, Carmen. El delito de desobediencia a la autoridad. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 41.

D 0187 "Desobedecer la legítima orden dictada por un funcionario es lo mismo que no acatar o no realizar lo mandado por aquel. El sujeto activo se niega a hacer lo dispuesto por la autoridad o hace lo prohibido por ella".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2017, p. 204.

D 0188 "La desobediencia supone el desacato del particular, es decir, este como destinatario de la orden impartida por el funcionario, se niega a obedecer la orden, simplemente no cumple con los efectos jurídicos de la resolución administrativa y/o judicial, habiendo el juzgado laboral intimado al empleador para que reponga en su puesto al trabajador en mérito a un despido arbitrario.

Aquí la orden recae en el destinatario, estando su cumplimiento pendiente a la conducta de este, pero que al final será una negativa abierta a obedecer o cumplir, ergo cualquier acto ejercido que se ajuste a ese sentido podría configurar desobediencia.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V, 3ª edición. Lima: Idemsa, 2015, p. 150.

D 0189 "[E]l verbo "desobedecer", como elemento descriptivo típico, conlleva dos aristas la primera, orientada al determinar el accionar desafiante, rebelde y hostil desplegado por el agente delictivo, mostrando su negativa a cumplir la orden legal específica impartida por el agente cualificado. (...) La segunda arista, "desobedecer", conlleva a la existencia de un accionar omisivo por parte del agente delictivo, por cuanto no cumple con el mandato legal impuesto por el funcionario público, lo que no significa que el delito sea un delito de omisión propia, ya que no se advierte en el tipo penal, expresamente en tal técnica legislativa. Sin embargo, el delito analizado, en el extremo del verbo "desobedecer", opera como un delito de mera actividad o consumación instantánea, cuyos efectos pueden subsistir en el tiempo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de Delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, Lima, 2018, p. 186.

D 0190 "La desobediencia es la rebeldía u oposición abierta, hostil y maliciosa, acompañada de actos de contradicción decidida y resuelta al cumplimiento de un mandato u orden en curso de ejecución, expreso y personal de la autoridad en ejercicio de sus funciones".

SALVADOR ESQUIVEL, Nils Ericson. "Precisiones sobre la atipicidad legal en el delito de desobediencia o resistencia a la autoridad". En: *Actualidad Penal*. N° 17. Lima: Instituto Pacífico, noviembre de 2015, p. 228.

J 0044 "Luego de lo expuesto, se aprecia que el procesado en la declaración instructiva refirió que no se considera responsable del delito de violencia y resistencia a la autoridad, dado que sostuvo (ver folio treinta y cinco) que un sereno de Miraflores tocó la ventana de su vehículo, por lo que hizo caso omiso, siguiendo con su trayecto, luego de lo cual, fue cerrado por otra camioneta de serenazgo, y finalmente en Miroquesada fue intervenido por dos patrulleros. Por otro lado, también se tuvo presente la declaración testimonial del capitán PNP Julio Américo Puchuri Medina, (folio cincuenta y uno) quien sostuvo que estaba en una unidad de Serenazgo cuando escucharon que un motorizado de serenazgo informó por el sistema radial que había un vehículo en la cuadra 12 de la avenida Larco, que efectuaba maniobras temerarias sin querer detenerse a pesar de la solicitud; por lo que en el cruce de Schell con diagonal se le dispuso que se baje de su vehículo; sin embargo, se mantuvo detenido con las lunas polarizadas cerradas y cuando cambió el semáforo partió por la venida Berlín a toda velocidad pasándose la luz roja, sin poder alcanzarlo e incluso en su fuga, el procesado motivó que una unidad de Serenazgo se estrelle contra las paredes del Cuartel Santa María del Ejército; continuando por el distrito de San Isidro, siendo que en la venida Miroquesada dicho efectivo policial le solicitó que baje las lunas polarizadas de su vehículo, y se detenga, por lo que girando hacia la izquierda volvió a fugar, siendo capturado a tres cuadras del lugar, fue llevado a la Comisaría de San Isidro, y posteriormente a la Comisaría de Miraflores, donde fue puesto a disposición, percibiéndose que presentaba síntomas de ebriedad.

Es así que la conducta ilícita atribuida al encausado, objeto de la acusación, fue incorrectamente tipificada por el representante del Ministerio Público, y así asumida por el Juzgado Penal y la Sala Superior, pues dicha conducta únicamente puede subsumirse, como acertadamente refiere la Fiscal Suprema, en el tipo penal de resistencia o desobediencia a la autoridad, el cual resulta imputable al procesado, dado que su conducta estuvo dirigida a evitar ser intervenido al encontrarse conduciendo en estado de ebriedad; conducta última prevista en el primer párrafo, del artículo 368, del Código Sustantivo, vigente al tiempo de los hechos, que establece "El que desobedece o resiste la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

En efecto, la doctrina penal señala que la desobediencia y resistencia a la autoridad, se identifica por los verbos rectores desobedecer y resistir el cumplimiento de una orden impartida por funcionario público competente en el ejercicio normal de sus funciones. Entendiéndose que la desobediencia importa incumplir una orden dictada por un funcionario o servidor público, cuyo mandato debe ser específico, es decir se trata de una conducta omisiva que se concreta con la falta de acatamiento de la orden impartida; mientras, que resistir importa una acción, mediante la cual una persona intenta evitar que otra realice determinada acción, en este caso la orden del funcionario público.

En efecto, el delito de resistencia o desobediencia a la autoridad, se configura cuando el agente desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario en el ejercicio de sus atribuciones.

En tal sentido, resulta procedente la desvinculación de la acusación fiscal, conforme lo prevé el artículo 285-A, del Código de Procedimientos Penales, del tipo penal previsto en el artículo 366, concordado con el numeral 3, del segundo párrafo, del artículo 367, del Código Penal al primer párrafo del artículo 368, del mismo Código, con lo cual no se afecta el derecho de defensa del encausado ni sus derechos fundamentales, puesto que se mantiene la

homogeneidad del bien jurídico protegido, la inmutabilidad de los hechos y las pruebas para realizar la correcta adecuación del tipo".

Segunda Sala Penal Transitoria. R.N. N° 2844-2016-Lima, del 18 de setiembre de 2017, magistrado ponente: Cevallos Vegas, considerandos 11-15.

- Modalidad típica de "resistencia" a la autoridad

D 0191 "La RAE indica que el verbo "resistir" consiste en "repugnar, contrariar, rechazar contradecir. Dicho de una persona, oponerse con fuerza a algo"; siendo así, tenemos que el agente delictivo se opone abiertamente al cumplimiento de la orden legal, para lo cual despliega conductas con tal fin. En este extremo, el delito opera como una conducta de acción y no de omisión, conforme aparece en el verbo "desobedecer" del mismo se puede advertir que, la conducta delictiva analizada opera en el momento de la ejecución de la orden impartida –no antes ni después–, por cuanto el delito analizado, según la conducta, resulta ser un delito de mera actividad o consumación instantánea".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de Delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 186.

D 0192 "La conducta de resistencia supone impedir o trabar el cumplimiento de la orden emitida. Es la oposición o rechazo abierto frente a actos ejecutivos funcionariales. El momento delictivo de la resistencia se demarca durante los actos ejecutivos de la orden, pero no antes de su inicio ni mucho menos cuando esta se haya cumplido".

GARCÍA NAVARRO, Edward. *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. Lima: Jurista Editores, 2009, p. 441.

D 0193 "Resistir la orden impartida por la autoridad es una manera de incumplir –al igual que la desobediencia– las legítimas disposiciones emanadas de los representantes de la Administración Pública. Algunos autores consideran que la resistencia es un incumplimiento activo, utilizando medios comisivos: el agente trata de impedir, se opone a la orden empleando una fuerza moderada y sin llegar a la agresión u hostilidad en contra del funcionario.

La resistencia que se reprime en este tipo delictivo es una acción que no implica la ejecución de actos violentos –vis absoluta o vis compulsiva– en contra de la persona del funcionario. Para ello esta los delitos descritos en los art. 365, 366 y 367 del CP (violencia y resistencia contra la autoridad y sus formas agravadas). Se trata de una resistencia pasiva por cuanto no pone en riesgo la integridad del que da la orden que se resiste.

En definitiva, lo que diferencia esta forma de resistencia de la que se castiga en los artículos 365, 366 y 367 de CP es que el agente que resiste lo hace con el ánimo de oponerse a la orden de la autoridad, sin llegar a atacarla o agredirla física o psíquicamente. En cambio, la resistencia que implica atentado contra la autoridad se hace con el ánimo y los medios necesarios (físicos y psíquicos) para imponerse a la voluntad de los funcionarios o servidores públicos. La resistencia es posible durante todo el desarrollo del acto y hasta su terminación".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2017, pp. 204 y 205.

D 0194 "Desde mi punto de vista, las líneas fundamentales que deben marcar la separación entre la desobediencia y la resistencia, por un lado, y, entre la desobediencia grave y la leve, por el otro lado, son las siguientes:

En primer lugar, tanto la resistencia como la desobediencia implican el incumplimiento de órdenes o mandatos dictados por la autoridad, pero lo que caracteriza a la resistencia frente a la desobediencia es el empleo de fuerza dirigida a impedir a la autoridad el ejercicio de sus funciones.

En segundo lugar, el hecho de que se trate de una conducta activa o de una conducta omisiva no puede determinar la calificación de tal comportamiento como resistencia, como desobediencia grave, o como desobediencia leve. Así, por un lado, aunque normalmente la resistencia requerirá la ejecución de comportamientos activos y no meramente omisivos, sin embargo, no puede descartarse la posibilidad de realización omisiva (por ejemplo, si el agente de la autoridad tiene que desistir de practicar un registro domiciliario porque el perro de la casa le impide la entrada y el dueño no hace nada para impedir que eso ocurra). Por otro lado, tanto la desobediencia grave como la leve pueden ejecutarse activa u omisivamente. La diferencia entre una y otra radica en la gravedad de los hechos y, por ello, solo puede determinarse mediante la valoración de todas las circunstancias concurrentes, tal y como viene entendiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En tercer lugar, la desobediencia y la resistencia presentan un diferente «contenido de injusto». La desobediencia –grave o leve– consiste en el simple incumplimiento de las órdenes de la autoridad o de sus agentes, esto es, en la lesión del «principio de autoridad», mientras que la resistencia supone algo más: no solo se incumplen las órdenes –se lesiona el principio de autoridad–, sino que además se emplea fuerza dirigida a obstaculizar el ejercicio de la autoridad. Este medio de ataque –la fuerza– supone un plus de lesión para el bien jurídico protegido y un peligro añadido para otros bienes jurídicos mediatamente protegidos, como la vida o integridad física de las personas que representan a la autoridad".

JUANATEY DORADO, Carmen. *El delito de desobediencia a la autoridad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, pp. 70 y 71.

- **Límites objetivos para la configuración del delito de resistencia o desobediencia a la autoridad**

J 0045 "Que el deber de actuación del funcionario público concernido tiene límites objetivos, no solo en su propio control de la Administración para cumplir la orden judicial –capacidad para dictar órdenes y garantizar la ejecución del mandato judicial–, sino, cuando se trata de recursos públicos, en el respeto a las regulaciones del Derecho Presupuestario. La gestión de los recursos públicos está rigurosamente normativizado, por el cumplimiento de un pago determinado está sujeto a lo que el ordenamiento prevé y a las gestiones que sobre el particular deban hacer las autoridades competentes.

La criminalidad de una desobediencia objetiva al mandato judicial reside en que el agente público, pese a conocer el mandato judicial y poder cumplir con sus directivas –facultades legales y el tiempo razonable para acatarlo–, no lo hace. Con esta finalidad, debe examinarse cuidadosamente las atribuciones y funciones del agente público concernido, así como –tratándose de fondos públicos– la factibilidad material de su cumplimiento en atención al Derecho administrativo y presupuestario. No se puede exigir lo imposible, ni que se destinen fondos

públicos sin la correspondiente autorización legal. Un mandato judicial de pago de remuneraciones exige su debido cumplimiento, pero condicionado a lo anterior. El funcionario público no decide libérrimamente sobre fondos públicos y, menos, el desobedecimiento de un mandato judicial puede estimarse delictivo si, al tiempo de su emisión, las reglas presupuestales no lo permiten. La calificación de delictivo de un incumplimiento de un mandato judicial por el solo transcurrir del tiempo no resulta razonable.

Que la intencionalidad en el incumplimiento no se deduce del hecho de que el funcionario público no comunicó a tiempo la imposibilidad de pago a la autoridad judicial que dictó el mandato. No es un problema de comunicación de la imposibilidad de pago, sino de la propia imposibilidad de hacerlo según los baremos ya indicados. Podrá ser un indicio esa inmediata omisión de justificación, pero no es suficiente para inferir que, por ello, se cometió el delito en análisis. Cabe añadir que esa referencia a la falta de presupuesto se comunicó con la Resolución de Alcaldía de fojas veinticinco, de trece de diciembre de dos mil once. El Juzgado Mixto de Huancabamba conocía de esa situación. Luego, ni siquiera se trata de una tardanza injustificada. El imputado persistentemente hizo ver esta imposibilidad".

Sala Penal Permanente. Casación N° 50-2017-Piura, del 10 de abril de 2018, magistrado ponente: San Martín Castro, considerandos 7 y 8.

- **Excusa absolutoria: cuando evitar la propia detención impide la configuración del delito de resistencia o desobediencia a la autoridad**

D 0195 "En el mismo tipo penal, en hermenéutica jurídica, encontramos una excusa absolutoria traducida en el hecho de que, si el agente se resiste o desobedece la orden destinada a su propia detención, no será objeto de sanción penal. Así la orden de detención del sujeto activo sea impartida por un funcionario competente, su resistencia al cumplimiento está exenta de pena.

Aquí no hay una causa de atipicidad, sino una exoneración de pena por excusa absolutoria que, a diferencia de la evasión simple, se basa en razones de política criminal asumidas por el legislador nacional. Entre el conflicto que surge cuando se trata de la propia persona, entre la posición de dar preeminencia al valor del bien individual (libertad individual de las personas) y el supraindividual (correcto funcionamiento de la Administración Pública), el legislador se ha decidido por dar mayor valor a la libertad individual, hasta el punto que, si la persona de manera natural pretende protegerlo por si misma ante una orden impartida de la administración, su conducta no es punible".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 183.

J 0046 "Lo anterior, determina que, si los procesados actuaron a fin de evitar su propia detención, no se configura el delito de desobediencia o resistencia a la autoridad, pues como se observa del tipo penal, este contempla de modo expreso una excluyente o salvedad al respecto. Como se acredita de los actuados, se conminó a los procesados a abandonar el local de estudios y si no lo hacían la autoridad policial retomaría el inmueble, por lo que en una u otra circunstancia serían detenidos y privados de su libertad, pues la autoridad policial consideraba que lo inculpados se encontraban en flagrancia delictiva. Es claro entonces que la salvedad de evitar la propia detención, impide que se configure el tipo penal incriminado. Además, dicha

salvedad, se dirige al incumplimiento de una orden legal impartida y no arbitraria, pues eso no admite discusión, ya que, si la orden impartida fuese arbitraria y por ello indigna, no tendría contenido compulsivo o de obligatorio cumplimiento".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 1462-2012-Junín, del 08 de mayo de 2013, magistrado ponente: Príncipe Trujillo, considerando 8.

J 0047 "Que de otro lado, no obstante acreditarse que el acusado abandonó su domicilio desde el diecisiete de setiembre de mil novecientos noventa y seis, día de la intervención del sentenciado Hugo Erasmo Reyes Mendoza, ello en modo alguno puede constituir elemento probatorio de la comisión del delito ni su responsabilidad conforme erróneamente se concluye en el sétimo considerando de la recurrida, pues la sustracción a la acción de la justicia de cualquier inculpado representa un derecho natural a conservar su propia libertad, que tiene sustento legal en el artículo trescientos sesenta y ocho del Código Penal, cuando prescribe que no comete delito de desobediencia o resistencia a la autoridad aquel que evita su propia detención".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 2228-2003-Callao, del 07 de noviembre de 2003, considerando 6.

3. Tipicidad subjetiva

- Exige la presencia de dolo directo

D 0196 "El delito de desobediencia o resistencia a la autoridad es un delito de comisión dolosa, es decir, exige dolo directo, por cuanto el agente delictivo tiene que tener conocimiento expreso de la orden legal impartida por el funcionario público, ante ello, voluntariamente decide desobedecer o resistir a su cumplimiento".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Cuestiones sustanciales y procesales. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 190.

4. Autoría y participación

- Es un delito común, por lo que cualquier persona puede ser autor

D 0197 "Se trata de un delito común, por lo que el sujeto activo o autor puede ser cualquier persona. No se exige alguna condición o cualidad especial. Lo único que se exige es que aquella persona (sujeto activo) sea la destinataria de la orden emitida por el funcionario público".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 185 y 186.

- No es posible la presencia de la coautoría, pero sí de las autorías paralelas

D 0198 "Respecto a la autoría directa, es posible de ser admitida, por cuanto es un delito de mera actividad, exigiéndose un escenario personalizado. Con relación a la autoría mediata,

no es posible aceptarla, conforme ha sido explicado líneas arriba, respecto a los comentarios realizados en el delito de atentado contra la autoridad previsto en el art. 365 del CP. Con relación a la coautoría, tampoco es posible, por la misma naturaleza del delito, esto es, delito de mera actividad; por lo tanto, se deberá optar por la figura de autorías paralelas o directas, situación afín respecto a la clase de delitos señalados".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Cuestiones sustanciales y procesales. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 192.

5. Tentativa y consumación

- **No admite la tentativa**

D 0199 "La figura tentada no es posible en el delito de desobediencia y resistencia a la autoridad, por cuanto la figura típica es un delito de mera actividad, inexistiendo el baremo "espacio-tiempo", propio de los delitos de resultado. Por lo tanto, la característica de los delitos de mera actividad es que, con la sola conducta manifestada en el mundo real, mediante un hacer o dejar de hacer, se estaría consumando el tipo penal, no dando alternativa a los criterios tentados".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Cuestiones sustanciales y procesales. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 191.

D 0200 "Es un delito instantáneo que se consuma con el acto material de hacer caso omiso a la orden existente o cuando, teniendo un plazo para su observancia, este ha vencido. Ahora bien, no debe atenderse únicamente al vencimiento del plazo para considerar configurado el ilícito, por cuanto esto es incompatible con un Derecho Penal de culpabilidad.

Dada esta caracterización del delito de desobediencia, no parece posible la tentativa".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, pp. 113 y 114.

- **Es un delito de comisión instantánea de resultado permanente**

J 0048 "Bajo el criterio de afectación al objeto de protección, la doctrina ha efectuado una distinción entre los delitos instantáneos y permanentes, así, García Cavero sostiene, citando a Velásquez Velásquez, que los delitos instantáneos pueden dividirse, a su vez, en delitos de resultado permanente y de estado, definiendo a los primeros como aquellos que requieren de una acto correctivo para la cesación de la afectación, y a los segundos como aquellos que producen un cambio de estado en el objeto de protección que no es reversible con la realización de un acto correctivo posterior. Por otro lado, refiere que los delitos permanentes se caracterizan por el hecho de que la consumación del delito no concluye con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad de autor a lo largo del tiempo, manteniéndose así la conducta a lo largo de tiempo, lo que influye en los plazos de prescripción, esto último citando a Roxin.

Asimismo, la jurisprudencia Suprema Nacional, como se tiene indicado, se ha decantado por concebir al delito de desobediencia a la autoridad como uno de Comisión Instantánea, como fluye del recurso de nulidad número trescientos treinta y dos guion noventa y cinco Lima y la extradición número dieciséis guion dos mil dos.

Estando a lo expuesto, el delito de desobediencia a la autoridad es un delito de comisión instantánea de resultado permanente, puesto que como se aprecia del presente caso, la desobediencia se consumó el quince de diciembre de dos mil cinco, siendo por voluntad de los encausados que la conducta antijurídica persistió a lo largo del tiempo, dado que dicho taller siguió funcionando por lo menos hasta julio de dos mil seis, cuando el encausado Vita Rodríguez indico en su instructiva que era así; por lo que si la sanción a imponerse es no mayor de dos años, la acción prescribió al dieciséis de diciembre de dos mil ocho. Ello no impide la aplicación de los efectos administrativo que correspondiera.

Sala Penal Permanente. R.N. N° 146-2011, del 21 de febrero de 2012, magistrado ponente: Salas Arenas, considerandos 2.9-2.11.

- El delito se consuma con el incumplimiento de la orden legal

D 0201 "El delito se consuma con el incumplimiento de la orden. Si la orden impone una conducta activa, el ilícito penal se consuma cuando el agente omite su realización; si impone una omisión, con la realización de la conducta prohibida".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 229.

D 0202 "[E]l delito de desobediencia a la autoridad regulado en dicho precepto es un delito de mera actividad: el tipo penal se consuma con la mera ejecución de la conducta por parte del sujeto, esto es, con la verificación de aquello que la orden o mandato de la autoridad o de sus agentes prohíbe hacer, o con la omisión de lo que la orden impone hacer. Es suficiente para la consumación del delito, que con su conducta –activa u omisiva– el sujeto desobedezca la orden que le dirigen la autoridad o los agentes de la misma en el ejercicio de sus funciones, sin que haya de verificarse resultado alguno como la consecuencia de la conducta. Si debido a la desobediencia del imputado produce un ulterior resultado punible imputable a él, habrá de apreciarse el correspondiente concurso de delitos dependiendo de los supuestos de hecho".

JUANATEY DORADO, Carmen. *El delito de desobediencia a la autoridad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, pp. 41 y 42.

6. Supuesto agravado: cuando se desobedezca la orden de realizarse un análisis de sangre o de otros fluidos corporales que tenga por finalidad determinar el nivel, porcentaje o ingesta de alcohol, drogas tóxicas estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas

D 0203 "El supuesto analizado, funciona como un supuesto agravado, incrementando el marco punitivo, asimismo implica tener en cuenta el origen de la orden legal impartida, es

decir, si bien el delito exige que la orden legal provenga de un funcionario público, también es cierto que por tratarse de un supuesto que involucra derechos fundamentales por el nivel personalísimo (derecho a la intimidad, salud, dignidad, etc.) exige un tipo de funcionario público, autorizado para relativizar dichos derechos fundamentales.

En ese sentido, el art. 202 del nuevo CPP señala que para restringir un derecho fundamental debe procederse conforme a lo dispuesto por la ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado. En ese sentido, por regla general, el funcionario público habilitado para emitir la orden legal que autorice el análisis de sangre o de otros fluidos corporales, será el juez de investigación preparatoria, previo requerimiento fiscal. De manera complementaria, el inc. 1 del art. 203 del nuevo CPP, indica que las medidas que restringen derechos tienen que estar arregladas al principio de proporcionalidad y en la medida que existan suficientes elementos de convicción, por lo tanto, la resolución que dicte el juez de investigación preparatoria debe ser motivada, al igual que el requerimiento del Ministerio Público.

Excepcionalmente, el fiscal o personal policial conocedores del supuesto fáctico, podrán emitir la orden de realizarse un análisis de sangre o de otros fluidos corporales, sin contar con autorización motivada del órgano jurisdiccional, conforme señala el inc. 3 del artículo 203 del nuevo CPP, señalando que: "dicha orden será emitida por lo citados funcionarios –policía o fiscal– ante supuestos de urgencia o peligro por la demora y con estrictos fines de averiguación, en ese sentido, emitida la orden y restringido los derechos fundamentales, corresponde al fiscal solicitar inmediatamente la confirmación judicial ante el órgano jurisdiccional".

Según lo expuesto, en la medida que existan los supuestos antes señalados, es decir, por mandato judicial, fiscal o policial, y el agente delictivo se niegue al análisis de sangre o de otros fluidos corporales que tenga por finalidad determinar el nivel, porcentaje o ingesta de alcohol, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, se perfecciona la forma agravada analizada y se daría por sentado el injusto penal".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Cuestiones sustanciales y procesales. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 188.

V

INGRESO INDEBIDO DE EQUIPOS O SISTEMA DE COMUNICACIÓN, FOTOGRAFÍA Y/O FILMACIÓN EN CENTROS DE DETENCIÓN O RECLUSIÓN

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 368-A **Ingreso indebido de equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación en centros de detención o reclusión**

El que indebidamente ingresa, intenta ingresar o permite el ingreso a un centro de detención o reclusión, equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes que permitan la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno, así como el registro de tomas fotográficas, de video, o proporcionen la señal para el acceso a internet desde el exterior del establecimiento penitenciario será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. Si el agente se vale de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público para cometer o permitir que se cometa el hecho punible descrito, la pena privativa será no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del presente Código[9].

TEXTO ORIGINAL

Artículo 368-A.- Ingreso indebido de equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación en centros de detención o reclusión

El que indebidamente ingresa, intenta ingresar o permite el ingreso a un centro de detención o reclusión, equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes que permitan la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno, así como el registro de tomas fotográficas o de video, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. Si el agente se vale de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público para cometer o permitir que se cometa el hecho punible descrito, la pena privativa será no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del presente Código[10].

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico penal

D 0204 "El bien jurídico tutelado en forma directa es la Tranquilidad pública, sobre todo porque este tipo penal atiende a la necesidad de neutralizar la actividad de las organizaciones criminales: las coordinaciones telefónicas, radiales o informáticas desde el interior de los penales con los miembros que se encuentran en libertad. Sin embargo, de lege lata se procura resguardar el bien jurídico Administración Pública, específicamente en lo que atañe a la

9 Texto vigente conforme a la modificatoria efectuada por cuarta disposición complementaria modificatoria del Decreto Legislativo N° 1182, publicado el 27 de julio de7 201 en el diario oficial *El Peruano*.

10 Artículo incorporado por el artículo único de la Ley N° 29867, publicada el 22 de mayo de 2012 en el diario oficial *El Peruano*, y entró en vigencia a los 60 días calendario de su publicación en el mencionado diario oficial.

legalidad y eficacia de las disposiciones administrativas dirigidas a establecer los mecanismos de control carcelario. No cabe duda de que el agente que ingresa dolosamente objetos prohibidos a un centro penitenciario desobedece su reglamentación y la Ley penal".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 280.

D 0205 "De *lege lata* se tutela el bien jurídico Administración Pública, en sus aspectos relacionados con la legalidad y eficacia de los mecanismos de control carcelario. El accionar delictiva del agente pone en riesgo estos aspectos del bien jurídico Administración Pública desde el momento en que desobedece o dolosamente no acate el reglamento de control de ingreso de objetos a un establecimiento penitenciario".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 285.

D 0206 "En realidad, lo que se pone en riesgo es el bien jurídico tranquilidad pública en vista de que el agente contribuye al accionar de las organizaciones criminales recluida en los penales".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 286.

2.2. Sujeto activo

D 0207 "El delito puede ser cometido por un particular o un *intraneus*. El accionar típico consiste en ingresar o permitir que ingrese a un centro de reclusión o detención objetos prohibidos: equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes que permitan la comunicación telefónica celular o fija, vía internet u otra análoga del interno, así como el registro de tomas fotográficas o de video".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, pp. 280 y 281.

D 0208 "El delito puede ser cometido por un particular o por un *intraneus* a la Administración. Las primeras modalidades del delito pueden ser cometidas por cualquier persona, pero la tercera solo por un funcionario o servidor público competente, es decir, por un miembro del INPE o de la Policía Nacional del Perú a cargo del resguardo del control de ingreso a los penales".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 286.

2.3. Sujeto pasivo

D 0209 "Sujeto pasivo del delito es el Estado, como único titular del bien jurídico Administración Pública que se pone en peligro, en su aspecto de legalidad y eficacia, con los actos de desobediencia de las disposiciones de control carcelario".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 281.

2.4. Conducta típica

D 0210 "El primer supuesto se materializa cuando el agente indebidamente, esto es, fuera de los márgenes de la ley, ingresa a un centro de detención o reclusión, equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes que permitan la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno, así como el registro de tomas fotográficas o de video".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 194.

D 0211 "El segundo supuesto se configura cuando el sujeto activo indebidamente intenta ingresar a un centro de detención o reclusión, equipos o sistemas de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes que permitan la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno, así como el registro de tomas fotográficas o de video".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 195.

D 0212 "Y el tercer supuesto se configura cuando el agente indebidamente permite el ingreso a un centro de detención o reclusión, equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes que permitan la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno, así como el registro de tomas fotografías o de video".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 195.

D 0213 "Se especifica que el objeto material del delito son los equipos o sistemas de comunicación de cualquier naturaleza que permiten la comunicación celular, radial, vía internet u otra forma, vale decir que puede darse el caso que el agente pase en una oportunidad la batería, decodificadores, chips de celulares, memorias u otra parte del equipo de comunicación que una vez unidos o armados faciliten su utilización".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 196.

D 0214 "Aparece como circunstancia agravante si el agente para ingresar o intenta ingresar, permite el ingreso de material prohibido a los centros de detención o reclusión, y se vale de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público. En estos supuestos la pena privativa será no menor de seis ni mayor de ocho años, e inhabilitación, conforme al artículo 36, inciso 1 y 2, del presente Código".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 196.

D 0215 "Entrando al examen particular de las figuras delictivas, tenemos que el artículo 368-A, tipifica el ingreso indebido de equipos o sistema de comunicación, etc., cuyos verbos rectores son: "ingresa, intenta ingresar o permite el ingreso a un centro de detención o reclusión...", esto es, acá el agente lo que hace es viabilizar la entrada de todo tipo o sistema de comunicación; claro está apto para que el interno pueda comunicarse con el exterior. Según el correlato de los elementos constitutivos del tipo penal, el delito tentado es equiparado al delito consumado, pese a consistir en un delito de mera actividad, lo cual quiebra los principios de lesividad, proporcionalidad y culpabilidad. Así también vemos, que la calidad del autor no solo la tiene la persona que ingresa o intenta ingresar el mecanismo de comunicación, al tener que añadirse a la persona que lo permite, es decir, al agente penitenciario o efectivo policial, lo cual no debe suponer que se trata de un delito de participación necesario, en tanto su configuración típica la adquieren de forma autónoma e independiente".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 176.

D 0216 "La acción típica consiste en ingresar, intentar ingresar o permitir el ingreso a un centro de detención o reclusión, equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes que permitan la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno, así como el registro de tomas fotográficas o de video".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares.* 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 281.

D 0217 "La introducción o ingreso de los objetos debe ser indebida, es decir, sin la autorización expresa de la autoridad encargada de la dirección del penal o de los funcionarios que colaboran en la custodia de los internos.

Se entiende que la introducción o ingreso de los objetos prohibidos debe ser subrepticia, con la intención de que las autoridades encargadas de la custodia de los internos no se den cuenta del accionar del agente".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares.* 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 281.

D 0218 "El accionar del agente recae sobre equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes que permitan la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno, así como el registro de tomas fotográficas o de video".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares.* 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 282.

D 0219 "El delito se consuma desde el momento en que se ingresa o introduce el objeto prohibido al centro penitenciario. No se requiere que el sujeto activo entregue el artefacto de comunicación o de registro de forma fotográfica o de video en manos del destinatario. Es suficiente que el agente logre burlas el control, configurándose el delito aun cuando el sujeto activo

no logre salir del penal al haber sido descubierto. Por ejemplo, si el familiar de un interno logra introducir un celular y lo deja en el baño de las visitas, habiéndose puesto de acuerdo con el interno para que lo recoja. Si los agentes penitenciarios detectan este hecho y detienen al que introdujo el equipo de comunicación se configura el delito en esta de consumación.

En lo que respecta al intento de introducción, reiteramos que el delito se consuma desde el momento en que el agente logra pasar, como mínimo, el primer nivel de control de ingreso al penal. En este sentido, si es descubierto en el segundo o tercer nivel de control el delito se entiende realizado hasta el grado de tentativa (se deberá tener en cuenta el reglamento interno de cada centro penitenciario".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 283.

D 0220 "Se debe tener por ingresado o introducido el equipo de comunicación cuando se ha pasado todos los retenes o controles de ingreso de objetos a un penal. Si aún no se han vencido estos controles, no se puede considerar consumado el delito".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 284.

D 0221 "El delito es más grave si el agente se vale de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público para cometer o permitir que se cometa el hecho punible. En esta hipótesis la privativa será no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del CP".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 284.

D 0222 "El verbo "ingresar", según la RAE, significa, en puridad, "meter algunas cosas (...)". En ese contexto, el tipo penal, exige que el agente delictual ingreses equipo o sistema de comunicación, esto es, cualquier equipo, artefacto, piezas mecánicas, cables para transmitir señales, cargadores, baterías, chip, celulares, etc., las cuales vinculados al rubro de la comunicación, de la misma forma, la norma prohibitiva, impide el ingreso de fotografía y/o filmación o sus componentes, es decir, imágenes por la acción química de luz sobre una superficie que contengan datos o información, vídeos fílmicos, CD, USB, etc., instrumentos que permiten la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno, o proporcionen la señal para el acceso a internet".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Cuestiones sustanciales y procesales. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 195.

D 0223 "En este supuesto, el legislador adelanta la barrera de punibilidad, y pune el intento de ingresar equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes que permitan la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno, así como el registro de tomas fotográficas, de video, o proporcionen la señal para el acceso a internet. (...) De esta manera, el delito analizado, resulta ser un delito de

peligro abstracto, por cuanto no se exige que el agente delictual ingrese a los dispositivos técnicos aludidos, sino que el solo intento o posibilidad, perfecciona el injusto penal".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Cuestiones sustanciales y procesales. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 196.

D 0224 "Según la RAE, el verbo "permitir", significa: "dicho de quien tiene autoridad competente: Dar su consentimiento para que otros hagan o dejen de hacer algo". En ese contexto, el tipo penal, remite a la existencia de una persona cualificada, es decir, una persona que tiene la autoridad o el poder de decisión suficiente para autorizar el ingreso de los diversos equipos, fotografía y/o filmación o sus componentes. Por lo tanto, en este extremo, nos encontramos ante un delito especial de infracción de deber, por cuanto, únicamente será autor aquel sujeto cualificado que opera en razón del cargo, ejemplo, director, administrador, personal policial designado y ubicado en la organización del INPE, autorizado en razón del cargo, quien tendría un deber de salvamento o deber de fidelidad frente a la Administración Pública".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Cuestiones sustanciales y procesales. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 196.

D 0225 "Respecto a los verbos rectores "ingresar" y "permitir", resulta ser un delito de resultado, por cuanto, el supuesto de hecho exige que el agente delictivo, supere o penetre los controles de los establecimientos penitenciarios, por lo tanto, se advierte el baremo "espacio-tiempo", propio de los delitos de resultado. Respecto al verbo "intentar", resulta ser un delito de peligro abstracto, por cuanto el legislador, por criterio de política criminal, adelanto de la barrera de punibilidad, no requiriéndose que el sujeto lesione el bien jurídico, ingresando o permitiendo los artefactos o equipos antes expuestos, sino que, por el contrario, el solo intento, consuma el tipo penal".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Cuestiones sustanciales y procesales. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 196 y 197.

D 0226 "Respecto a los verbos rectores "ingresar" e "intentar", el tipo penal analizado, resulta ser un delito de acción, por la misma propiedad de los verbos, es decir, se trata de verbos activos propios de un hacer, no siendo posible la omisión propia o impropia, por cuanto, respecto a la omisión propia no existe clausula expresa, y respecto a la omisión impropia no se advierte posición de garante que justifique un deber de salvamento".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Cuestiones sustanciales y procesales. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 197.

D 0227 "Respecto al verbo rector "permitir", es posible evidenciar su existencia tanto por acción como por omisión impropia, es decir, habrá acción, en la medida que el sujeto cualificado, autorice mediante un hacer, por ejemplo una orden dictada el ingreso de los equipos y demás artefactos propios del delito, también dicho delito puede ejecutarse por omisión impropia, por cuanto, el autor, es un sujeto cualificado embestido de poder y titular de deberes funcionales, siendo así, en el supuesto caso que el sujeto cualificado, conociendo del ingreso ilegal de los equipos técnicos aludidos, no dispone la evitación de la lesión al bien jurídico, sino

por el contrario, no realiza gestión alguna en razón de sus deberes, permitiendo el ingreso de los equipos, entonces se videncia el supuesto de autoría directa por omisión impropia". (sic)

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Cuestiones sustanciales y procesales. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 197.

3. Tipicidad subjetiva

D 0228 "El delito es doloso, tanto si llega a efectuar el ingreso del objeto material del delito al centro de detención o reclusión como si se intenta ingresarlo, pero no se logra por motivos ajenos a la voluntad del agente. Lo mismo vale para el funcionario que permite el ingreso de estos aparatos o equipos de comunicación o de registro de imágenes y sonido: la forma de comisión es dolosa".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, pp. 282 y 283.

4. Autoría y participación

D 0229 "Respecto a la autoría directa, es posible, ser admitida, en todas sus vertientes, esto es, respecto a los verbos "ingresar"; "Permitir", e "intentar", por cuanto, la técnica legislativa de la parte especial, fue creada, en puridad, para el autor directo. (...)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Cuestiones sustanciales y procesales. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 200.

D 0230 "(...) Con relación a la autoría mediata, respecto al verbo "ingresar", es perfectamente posible, en la medida que el autor mediato instrumentalice a un tercero, bajo los efectos de error o coacción, por ejemplo, el agente delictivo que solicita a un tercero para que ingrese al establecimiento penitenciario con una mochil conteniendo utensilios a favor de un interno, por cuanto, el solicitante aduce no poder asistir al centro penitenciario por temas laborales, sin embargo, el tercero, desconoce el contenido de la mochila, siendo descubierto, con la mochila, la misma que contiene accesorios de celulares; en términos similares en el supuesto de coacción, empero, en este supuesto, el tercero si tiene conocimiento del contenido de la mochila, sin embargo, no tiene opción, por cuanto se encuentra amenazado mediante vis absoluta por el autor mediato, quien amenaza al tercero de privar de la vida a sus padres, quienes se encuentran secuestrados".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Cuestiones sustanciales y procesales. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 200.

D 0231 "En sentido contrario, la autoría mediata, respecto al verbo "permitir", no resulta ser posible, por cuanto, en este extremo, conforme fue señalado líneas arriba, se trata de un delito especial y de infracción de deber, en ese sentido, se advierte un deber personalísimo, situación que hace imposible justificar una autoría mediata, toda vez que el autor mediato a pesar de instrumentalizar a un tercero, por coacción o error, deberá responder por lo intransferible del deber especial. En términos similares, la autoría mediata, respecto al verbo "Intentar", no es posible aceptarla, por cuanto, en los delitos de peligro abstracto, tal y cual que en

los delitos de comisión instantánea o de mera actividad, no es posible la figura aludida, por lo personal e instantáneo de la acción consumativa".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 200.

D 0232 "Por otro lado, respecto a la coautoría, con relación al verbo "Ingresar", resulta posible en la medida que se cumpla con los requisitos de la misma, esto es, acuerdo previo, repartición de roles y codominio funcional, así tenemos que tres sujetos, ingresan al establecimiento penitenciario, un celular, el mismo que ha sido desarticulado en diversos accesorios, por ejemplo, el primero ingresa la batería, el segundo el chip y el tercero el equipo respectivo. Respecto al verbo "permitir", por tratarse de un delito especial e infracción de deber, no es posible la coautoría delictual por lo personalísimo del deber, debiéndose optar por la figura de autorías paralelas, en razón que cada sujeto especial infringe su propio deber especial".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 200 y 201.

5. Tentativa y consumación

D 0233 "El delito se consuma, respecto al verbo rector "intentar", por cuanto, en este extremo, se trata de un delito de peligro abstracto, en la medida que el agente delictual, sin haber ingresado los instrumentos al interior del establecimiento penitenciario, centro de detención o reclusión, es descubierto con los mismos, con anterioridad de ser sometido al os controles respectivos tanto al exterior o interior del centro penitenciario o de reclusión, debiéndose precisar que esta figura dista de la tentativa, por cuanto, en este escenario no existe delito tentado, por tratarse de un delito de peligro".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 199.

D 0234 "Respecto al verbo "ingresar", este delito se consuma, en la medida que el autor haya introducido en el centro de detención o reclusión, los instrumentos del delito, equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes, etc., esto implica, que el agente delictual supero o burlo los controles antecedentes o circundantes al establecimiento penitenciario (...)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 199.

D 0235 "Con relación al verbo rector "permitir"; el delito se consuma en la medida que el agente delictual, en este caso, el sujeto cualificado, esto es, personal policial, administrador del INPE, etc., que, teniendo la capacidad o autoridad de control, autoriza el ingreso de los elementos del delito antes señalados, esto implica, que los instrumentos del delito, aun no ingresaron al establecimiento penitenciario, centro de detención o reclusión".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 199.

D 0236 "Este delito se reprime con la misma pena el ingreso y la tentativa de ingreso o introducción de equipos, sistemas de comunicación, fotografía y/o filmación o de sus componentes a centros de detención o de reclusión.

Habrá tentativa cuando el agente despliega todos los actos necesarios para consumar el delito, pero no logra introducir los equipos de comunicación al ser descubierto por la autoridad de control. Desde nuestro punto de vista y para efectos de concordar el castigo de este delito con el principio de proporcionalidad, es necesario que el agente haya pasado, como mínimo, los primeros controles del establecimiento penitenciarios y sea descubierto antes de que los aparatos sean entregados a su destinatario. (...)".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 283.

VI

INGRESO INDEBIDO DE MATERIALES O COMPONENTES CON FINES DE ELABORACIÓN DE EQUIPOS DE COMUNICACIÓN EN CENTROS DE DETENCIÓN O RECLUSIÓN

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 368-B **Ingreso indebido de materiales o componentes con fines de elaboración de equipos de comunicación en centros de detención o reclusión**

El que indebidamente ingresa, intenta ingresar o permite el ingreso a un centro de detención o reclusión, materiales o componentes que puedan utilizarse en la elaboración de antenas, receptores u otros equipos que posibiliten o faciliten la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Si el agente se vale de un menor de edad o de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público para cometer o permitir que se cometa el hecho punible descrito, la pena privativa será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del presente Código[11].

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico penal

D 0237 "Conforme fue advertido inicialmente y en términos semejantes respecto al delito previsto en el art. 368-A, la impropiedad de la redacción típica y su ubicación, causa confusión, empero, siguiendo el criterio de *lege data*, esto es, que el bien jurídico puede identificarse en merito a la ubicación del *nomen iuris*, entonces, por cuanto, el delito aparece ubicado en los delitos contra la Administración Pública, se puede afirmar que, en primer momento y por imperio del principio de legalidad, el bien jurídico, resulta ser la correcta Administración Pública, a pesar que se advierte manifiestamente, que el objeto de protección, resulta ser la paz o tranquilidad pública".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 207.

2.2. Sujeto activo

D 0238 "El delito de ingreso indebido de materiales o componentes con fines de elaboración de equipos de comunicación en centros de detención o reclusión, respecto a los verbos

11 Artículo incorporado al Código Penal por el artículo único de la Ley N° 29867, publicada el 22 de mayo de 2012 en el diario oficial *El Peruano*, y entró en vigencia a los 60 días calendario de su publicación en el mencionado diario oficial.

rectores "ingresar" e intentar", es un delito común, por cuanto su redacción típica no advierte cualificación especial respecto al sujeto activo, por lo tanto, sujeto activo puede ser cualquier persona con capacidad de reprochabilidad.

En sentido contrario, respecto al verbo "permitir", el delito asume una categoría especial, por cuanto, el único sujeto autorizado para cometer dicho supuesto tiene que ser un sujeto cualificado que opera en razón del cargo especial que le otorga poder o capacidad, para permitir o autorizar dichos equipos técnicos, ejemplo, personal policial del INPE, director, administrador, etc.

Aunado a lo expuesto, en la parte final podemos advertir dos situaciones: por un lado la de utilización de un menor de edad, esto es, una persona cuya edad oscila por debajo de los dieciocho años y por otro lado, la existencia cualificada del agente delictivo, esto es, autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público; empero, dichas cualificaciones operan como circunstancias agravantes específicas, las mismas que intensifican la pena, más no así dotan de cualidad especial del injusto penal, como si lo hace respecto al verbo "permitir"".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 204.

2.3. Sujeto pasivo

D 0239 "El Estado resulta ser el sujeto pasivo, por cuanto es el titular exclusivo del interés o bien jurídico protegido, esto es, la correcta Administración Pública, por cuanto la ubicación del tipo penal pertenece a dicho *nomen iuris*, además, por cuanto el Estado resulta ser el titular de los diversos bienes jurídicos e naturaleza colectiva y pública".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 204.

2.4. Conducta típica

D 0240 "Llevado el examen jurídico-penal al artículo 368-B, se advierte una construcción típica muy similar a la contendida en el artículo 368-A, advirtiéndose los mismos verbos nucleares (ingresa, intenta ingresar o permite el ingreso a un centro de detención o reclusión...); cuya diferencia estriba en el objeto material del delito, al referirse el presente enunciado penal a: "materiales o componentes que puedan utilizarse en la elaboración de antenas, receptores u otros equipos que posibiliten o faciliten la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 177.

D 0241 "La acción típica consiste en ingresar, intentar ingresar o permitir el ingreso a un centro de detención o reclusión, materiales o componentes que puedan utilizarse en la elaboración de antenas, receptores o componentes que puedan utilizarse en la elaboración de antenas, receptores u otros equipos que posibiliten o faciliten la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet, u otro análogo del interno".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 286.

D 0242 "Ingresar es introducir objetos en un lugar determinado o permitir el ingreso a un centro de detención o reclusión, materiales o componentes que puedan utilizarse en la elaboración de antenas, receptores u otros equipos que posibiliten o faciliten la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otro análogo del interno".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 286.

D 0243 "Intentar ingresar es equivalente a procurar introducir los objetos prohibidos sin que el agente logre su propósito debido a la intervención de la autoridad o a razones de fuerza mayor".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 286.

D 0244 "Permitir ingresar es facilitar el ingreso a pesar de tener la obligación o el deber e evitar la introducción de los materiales o componentes utilizados en la elaboración de antenas, receptores u otros equipos necesarios para las comunicaciones telefónicas, radiales o vía internet. Solo puede permitir algo aquella persona que tiene el deber o la facultad de prohibir o evitar un acto o resultado. En este caso, solo pueden permitir el ingreso de los funcionarios penitenciarios del INPE o de la Policía Nacional que se encuentran a cargo del control de los penales".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 286.

D 0245 "El delito se consuma cuando el agente logra vencer todos los anillos o filtros de control del establecimiento de detención o reclusión. Una vez que ha transpuesto todos los obstáculos administrativos y de seguridad se entiende que ha logrado ingresar con éxito tales artefactos".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 287.

D 0246 "El objeto material del delito lo conforman aquellos materiales o componentes que pueden utilizarse en la elaboración de antenas, receptores u otros equipos que posibiliten o faciliten la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otro análogo del interno".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 287.

D 0247 "El delito analizado demanda la existencia de un centro de detención o reclusión (...). Siendo así, entendemos por centro de detención o reclusión a todo lugar en el cual

existe una edificación condicionada bajo las reglas del sistema penitenciario, con la finalidad de albergar a los reos o sujetos procesados y afectados con una medida de coerción personal".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 205.

D 0248 "El verbo "ingresar", según la RAE, significa: "meter algunas cosas (...)", en ese contexto, el tipo penal exige que el agente delictual ingrese materiales o componentes, esto es, cualquier accesorio o instrumentos técnico-mecánico susceptible de ser utilizado en la elaboración de antes, receptores u otros equipos que posibiliten o faciliten la comunicación telefónica celular o fija, radia, vía internet u otra análoga del interno. El legislador utiliza una técnica legislativa abierta, aplicable a cualquier caso concreto".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 205.

D 0249 "El presente supuesto pone de manifiesto la intensión del legislador de adelantar la barrera de punibilidad y punir el intento de ingresar materiales o componentes que puedan utilizarse en elaboración de antenas, receptores u otros equipos que posibiliten o faciliten l comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno. Bajo ese contexto, el delito analizado resulta ser un delito de peligro abstracto, por cuanto no se exige que el agente delictual ingrese los dispositivos técnicos aludidos, sino que el solo intento o posibilidad perfecciona el injusto penal".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 206.

D 0250 "Según la RAE, el verbo "permitir", significa: "Dicho de quien tiene autoridad competente: Dar su consentimiento para que otros hagan o dejen de hacer algo". En ese contexto, el tipo penal se remite a la existencia de una persona cualificada, es decir, una persona que tiene la autoridad o el poder de decisión suficiente para autorizar el ingreso de los diversos equipos, fotografía y/o filmación o sus componentes; en este extremo, tal cual que en el delito previsto en el art. 368-A del CP, nos encontramos ante un delito especial de infracción de deber, por cuanto únicamente será autor aquel sujeto cualificado que opera en razón del cargo, por ejemplo, el director, administrador, personal policial designado y ubicado en la organización del INPE o autorizado en razón del cargo, quien tendría un deber de salvamento o deber de fidelidad frente a una institución, esto es, la Administración Pública".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Cuestiones sustanciales y procesales. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 206.

D 0251 "Respecto a los verbos rectores "ingresar" e "Intentar", el tipo penal analizado resulta ser un delito de acción, por la misma propiedad de los verbos, es decir, se trata de los verbos activos propios de un hacer, no siendo posible la omisión propia o impropia, por cuanto, respecto a la omisión propia no existe clausula expresa, y respecto a la omisión impropia no se advierte posición de garante que justifique un deber de salvamento".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Cuestiones sustanciales y procesales. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 206.

D 0252 "Respecto al verbo rector "permitir", es posible evidenciar su existencia tanto por acción como por omisión impropia, es decir, existirá acción, en la medida que el sujeto cualificado autorice mediante un hacer, por ejemplo, una orden dictada, el ingreso de los accesorios o instrumentos propios del delito, también dicho delio puede ejecutarse por omisión impropia, por cuanto, el autor, es un sujeto cualificado embestido y titular de deberes funcionales, siendo así, en el supuesto caso que el sujeto cualificado conociendo del ingreso ilegal de los accesorios o instrumentos aludidos, no dispone la evitación de la lesión al bien jurídico, sino por el contrario, no realiza gestión alguna en razón de sus deberes, permitiendo el ingreso de accesorios, entonces se evidencia el supuesto de autoría directo por omisión impropia".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 207.

D 0253 "El primer supuesto se materializa cuando el agente indebidamente, esto es, fuera de los márgenes de la ley, ingresa a un centro de detención o reclusión, materiales o componentes que puedan utilizarse en la elaboración de antenas, receptores u otros equipos que posibiliten o faciliten la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 198.

D 0254 "El segundo supuesto se configura cuando el sujeto activo indebidamente intenta ingresar a un centro de detención o reclusión, materiales o componentes que puedan utilizarse en la elaboración de antenas, receptores u otros equipos que posibiliten o faciliten la comunicación, telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 198.

D 0255 "Y el tercer supuesto se configura cuando el agente indebidamente permite el ingreso a un centro de detención o reclusión, materiales o componentes que puedan utilizarse en la elaboración de antenas, receptores u otros equipos que posibiliten o faciliten la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 198.

D 0256 "Aparece como circunstancia agravante si el agente para ingresar o intentar ingresar, permite el ingreso de material prohibido a los centros de reclusión y se vale de un menor de edad o de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público. En estos supuestos, la pena privativa será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del presente Código".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 200.

3. Tipicidad subjetiva

D 0257 "El delito analizado, sin lugar a dudas, en términos semejantes respecto al delito previsto en el art. 368-A del CP, es un delito de comisión dolosa, es decir, exige que el agente actúe con pleno conocimiento y voluntad para ingresar, intentar ingresar o permitir el ingreso de materiales o componentes que puedan utilizarse en la elaboración de antenas, receptores u otros equipos que posibiliten o faciliten la comunicación telefónica celular o fija, radia, vía internet u otra análoga del interno. No es posible la figura culposa, por cuanto por técnica de tipificación, la culpa es expresa, situación que no opera en el delito analizado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 208.

4. Autoría y participación

D 0258 "Respecto a la autoría directa, es posible ser admitida, en todas sus vertientes, esto es, respecto a los verbos "ingresar", "permitir", e "intentar", por cuanto, la técnica legislativa de la parte especial, fue creada, en puridad, para el autor directo. Con relación a la autoría mediata, respecto al verbo "ingresar", es perfectamente posible, en la medida que el autor mediato instrumentalice a un tercero, bajo los efectos de error o coacción (...)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 210.

D 0259 "Por el contrario, la autoría mediata, respecto al verbo "permitir", no resulta ser posible, por cuanto, en este extremo, conforme fue señalado líneas arriba, se trata de un delito especial y de infracción de deber, en ese sentido se advierte un deber personalísimo, situación que hace imposible justificar una autoría mediata, toda vez que el autor mediato a pesar de instrumentalizar a un tercero, por coacción o error, deberá responder por la intransferible del deber especial".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 210.

D 0260 "En términos similares, la autoría mediata, respecto al verbo "intentar", no es posible aceptarla, por cuanto, en los delitos de peligro abstracto, tal y cual que en los delitos de comisión instantánea o de mera actividad, no es posible la figura aludida, por lo personal e instantáneo de la acción consumativa. Por otro lado, respecto a la coautoría, con relación al verbo "ingresar", resulta posible, en la medida que se cumpla con los requisitos de la misma, esto es, acuerdo precio, repartición de roles y codominio funcional, así tenemos que tres sujetos, ingresan al establecimiento penitenciario, diversas piezas mecánicas (alambres, condensadores, transistores, resistencia, bobinas, etc.) las cuales fueron repartidas por los autores para su respectivo ingreso al centro penitenciario. Respecto al verbo "permitir", por tratarse de un delito especial e infracción de deber, no es posible la coautoría delictual por lo personalísimo del deber, debiéndose optar por la figura de autorías paralelas, en razón que cada sujeto especial infringe su propio deber especial. Finalmente, respecto al verbo "intentar", tampoco sería posible admitir la coautoría, por la

misma naturaleza del delito, esto es, delito de peligro abstracto, por lo tanto, se deberá optar, por la figura de autorías paralelas o directas, situación aún respecto a la clase de delitos señalados".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 210 y 211.

D 0261 "En ese sentido, respecto a los verbos rectores "ingresar" e "intentar", es posible que los cómplices, realicen actos de contribución a favor del plan concreto del autor, esto es, por ejemplo, agenciara a favor del autor de determinados accesorios (alambres, condensadores, transistores, resistencias, bobinas etc.). De la misma forma, es posible admitir la complicidad respecto al verbo "Permitir", por cuanto, si bien es un delito especial e infracción de deber, empero, conforme señala la parte final del art. 25 del CP (...)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 211.

5. Tentativa y consumación

D 0262 "El delio se consuma, respecto al verbo rector "intentar", por cuanto, en este extremo, se trata de un delito de peligro abstracto, en la medida que el agente delictual, sin haber ingresado los instrumentos del delito al interior del establecimiento penitenciario, centro de detención o reclusión, es descubierto con los mismos, con anterioridad de ser sometido a los controles respectivos tanto al exterior o interior del centro penitenciario o de reclusión, debiéndose precisar que esta figura dista de la tentativa por cuanto, en este escenario no existe el delito tentado, por tratarse un delito de peligro (...)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 209.

D 0263 "Respecto al verbo "ingresar", este delito se consuma, en la medida que el autor haya introducido en el centro de detención o reclusión, los instrumentos del delito (alambres, condensadores, transistores, resistencias, bobinas, etc.) implica que el agente delictual supero o burlo los controles antecedentes o circundantes al establecimiento penitenciario (...)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 209.

D 0264 "Con relación al verbo rector "permitir", el delito se consuma en la medida que el agente delictual, en este caso, el sujeto cualificado, esto es, personal policial, administrador del INPE, etc., teniendo la capacidad o autoridad de control, autoriza el ingreso de los elementos del delito antes señalados, esto implica, que los instrumentos el delito, aun no ingresaron al establecimiento penitenciario, centro de detención o reclusión".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 209.

D 0265 "Al igual que en el delito descrito en el artículo 368-B, se entiende que hay tentativa cuando el agente no ha logrado vencer todos los controles de ingreso de objetos de un establecimiento penitenciario. Ahora bien, para que haya tentativa el sujeto activo debe haber procurado ingresar los objetos prohibidos sin lograr su propósito debido a la intervención de la autoridad o a razones de fuerza mayor".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 287.

D 0266 "La figura tentada resulta posible respecto a los verbos rectores "ingresar" y "permitir"; por cuanto, en este extremo, conforme mencionamos líneas arriba, la figura delictiva analizado, resulta ser un delito de resultado, toda vez que, la conducta delictual contiene el baremo "espacio-tiempo", subsecuentemente, se deberá ubicar, según cada caso, el último acto delictivo más cercano a lesionar el bien jurídico, según el plano concreto del autor".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 208.

D 0267 "Con relación al verbo "intentar", no es posible la tentativa, toda vez que nos encontramos ante una figura delictual de peligro abstracto, situación que no advierte tentativa, por la misma impropiedad de su admisión, en razón que dichas figuras tienen similar configuración que los delitos de mera actividad, esto es, la sola conducta consuma el tipo penal".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 208 y 209.

VII

SABOTAJE DE LOS EQUIPOS DE SEGURIDAD Y DE COMUNICACIÓN EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 368-C **Sabotaje de los equipos de seguridad y de comunicación en establecimientos penitenciarios**

El que dentro de un centro de detención o reclusión vulnera, impide, dificulta, inhabilita o de cualquier otra forma imposibilite el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o de comunicación en los establecimientos penitenciarios, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años. Si el agente se vale de un menor de edad o de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público para cometer o permitir que se cometa el hecho punible descrito, la pena privativa será no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del presente Código[12].

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico penal

D 0268 "Conforme fue advertido inicialmente y en términos semejantes respecto a los delitos previstos en los arts. 68-A y 368-B, la impropiedad de la redacción típica y su ubicación, causa confusión, empero, siguiendo el criterio de *lege lata*, esto es, que el bien jurídico puede identificarse en mérito a la ubicación del *nomen iuris*, entonces, por cuanto, el delito aparece ubicado en los delitos contra la Administración Pública, se puede afirmar que, en primero momento y por imperio del principio de legalidad, el bien jurídico, resulta ser la correcta Administración Pública, a pesar que se advierte manifiestamente que el objeto de protección resulta ser la paz o tranquilidad pública".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Cuestiones sustanciales y procesales. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 217.

2.2. Sujeto activo

D 0269 "El sujeto activo se vale de su condición de abogado defensor para cometer el delito. No cabe duda que los letrados tienen más facilidad de acceso a los penales debido a que tienen derecho a visitar a sus clientes casi todos los días de la semana".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 294.

12 Artículo incorporado al Código Penal por el artículo único de la Ley N° 29867, publicada el 22 de mayo de 2012 en el diario oficial *El Peruano*, y entró en vigencia a los 60 días calendario de su publicación en el mencionado diario oficial.

D 0270 "Tratándose de los *intraneus* que pueden cometer el delito, el codificador hace mención a las autoridades, servidor o funcionarios públicos. En este caso es necesario hacer la distinción entre los funcionarios o servidores que forman parte del personal del personal dedicado l control o seguridad del penal y los que no tienen ninguna relación o competencia con la administración penitenciaria. Los primeros cometen el delito en su modalidad agravada desde el momento en que "permiten que se cometa el hecho punible descrito", siendo en este caso un delito especial. Ya hemos indicado que solo pueden permitir el quebrantamiento de una norma penal y administrativa aquellos funcionarios que tienen la obligación jurídica e institucional de evitar su infracción.

Tratándose de los segundos, en realidad estamos frente a una modalidad delictiva más cercana al Abuso de autoridad: el agente se vale de su condición de funcionario para cometer el delito. Es decir, ya no "permite" que otro realice los actos de sabotaje de los equipos de seguridad o comunicación, sino que directamente los vulnera, impide, dificulta, inhabilita o de cualquier otra forma imposibilita su funcionamiento".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares.* 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, pp. 294 y 295.

2.3. Sujeto pasivo

D 0271 "El Estado resulta ser el sujeto pasivo, por cuanto es titular exclusivo del interés o bien jurídico protegido, esto es, la correcta Administración Pública, por cuanto la ubicación del tipo penal pertenece a dicho *nomen iuris*, además, por cuanto el Estado resulta ser el titular de los diversos bienes jurídicos de naturaleza colectiva y pública. En términos similares, la doctrina jurisprudencial fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del Cons. N° 23 de la Casación N° 103-2017-Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada". Por otro lado, precisamos que dicha ubicación es descontextualizada, toda vez que la finalidad de la redacción es mantener o proteger la tranquilidad o paz pública, conforme se advierte con nítida claridad del mismo tipo penal".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 214.

2.4. Conducta típica

D 0272 "Prosiguiendo con el análisis de las figuras delictivas, anclamos en el artículo 368-C, denominado: "Sabotaje de los equipos de seguridad y de comunicación en establecimientos penitenciarios"; en esta modalidad del injusto típico, la conducta adquiere otra configuración, no importa el ingreso de equipo de comunicación, sino de vulnerar, impedir, dificultar, inhabilitar o cualquier otra forma que imposibilite el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o comunicación en los establecimientos penitenciario. Bajo dicha composición normativa, ha de entenderse que el agente ha de ejecutar toda acción, encaminada a alterar, neutralizar y/o obstaculizar el funcionamiento de los medios de comunicación que funcionan dentro del presidio; (...)".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 179.

D 0273 "Importan actos de interferencia, de alteración de los sistemas de seguridad del reclusorio, cuya materialidad típica requiere verificar que el equipo de comunicación sea inutilizado, malogrado o con un desperfecto impida su normal funcionamiento; por tales motivos, puede advertirse un delito tentado, cuando el agente emprende la acción típica sin éxito".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 179.

D 0274 "La acción típica consiste en vulnerar, impedir, dificultar, inhabilitar o de cualquier otra forma imposibilitar el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o de comunicación en los establecimientos penitenciarios".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares.* 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 290.

D 0275 "Vulnerar es dañar, perjudicar. El agente debe producir daños en los equipos de seguridad y/o de comunicación (roturas o deteriores de cámaras de seguridad, antenas de comunicación radial, scaners para controlar el ingreso de objetos prohibidos en el establecimiento penitenciario, etc.)".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares.* 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 291.

D 0276 "Impedir es estorbar, imposibilitar la ejecución de una cosa. En esta hipótesis el sujeto activo estorba el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o comunicación. Por ejemplo, sin llegar a dañar o romper los equipos, imposibilita su funcionamiento colocando telas en los lentes de las cámaras de seguridad o colocando distorsionadores de señal en las antenas de comunicación telefónica o radial".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares.* 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 291.

D 0277 "Dificultar es hacer difícil una cosa, en este caso el agente torna dificultoso el funcionamiento de los equipos. Por ejemplo, puede quemar objetos frente a las cámaras de seguridad para que no capten en forma nítida las imágenes que pretende ocultar. Asimismo, tratándose de los equipos de comunicación, l sujeto activo puede utilizar aparatos ocultos y capaces de emitir señales de radiofrecuencia que distorsionan las comunicaciones radiales o las hacen incompatibles".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares.* 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 291.

D 0278 "El tipo penal no exige como resultado que los equipos de seguridad o de comunicación del centro penitenciario san destruidos. Es suficiente que el accionar del agente vulnere, impida o dificulte el funcionamiento de los equipos. Es cierto que una de las modalidades delictivas del sabotaje es destruir o inhabilitar estos objetos, debido a que se trata de una

hipótesis que requiere un resultado material, pero esta no es la única forma en que se pone en peligro el bien jurídico. Para el legislador también se entiende consumado el delito cuando se produce el deterioro parcial o se dificulta el funcionamiento de los sistemas de seguridad o de comunicación penitenciarios".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 293.

D 0279 "Según la RAE, el verbo "vulnerar", significa: "Transgredir, quebrantar, violar una ley o precepto, dañar, perjudicar (...)". En ese sentido, el agente delictivo, quien se encuentra el interior (sic) del establecimiento penitenciario, sea como reo o visitante, tiene como finalidad dañar los equipos de seguridad y/o comunicación, con la finalidad de evitar su funcionamiento. En ese sentido, el daño aludido, implica una afectación determinante, imposibilitando su uso, necesitando, de ser el caso, la reparación respectiva, arribamos a esa conclusión, por la naturaleza y contenido del verbo citado. (...)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Cuestiones sustanciales y procesales. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 215.

D 0280 "Según la RAE, el verbo "impedir", significa: "Estorbar o imposibilitar la ejecución de algo". Siendo así, en el supuesto analizado, se advierte que el agente delictual, reo o visitante, estorba la operatividad de los equipos de seguridad y/o comunicación, en ese sentido, a diferencia del supuesto anterior, el autor, no busca dañar los equipos de seguridad y/o comunicación, sino por el contrario, tiene como finalidad mermar o estorbar el funcionamiento de los citados equipos, por ejemplo, desactiva el sistema de alarma del centro penitenciario".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Cuestiones sustanciales y procesales. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 215.

D 0281 "De conformidad con la RAE, el verbo "dificultar", significa: "Poner dificultades a las pretensiones de alguien, exponiendo los estorbos que a su logro se oponen", en ese sentido, el agente delictual, reo o visitante, obstaculiza el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o comunicación, con la finalidad de entorpecer el servicio del establecimiento penitenciario, por ejemplo, esconde el sistema de alarma, con la finalidad de no ser instalado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Cuestiones sustanciales y procesales. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 215.

D 0282 "La RAE señala que el verbo "inhabilitar" significa, respecto al contexto del supuesto analizado: "imposibilitar para algo", por lo tanto, el agente delictual, reo o visitante, busca con su accionar delictual, que los equipos de seguridad y/o comunicación, se encuentren imposibilitados para su funcionamiento, esto implica, afectación temporal en su sistema técnico, a diferencia del verbo rector, en el cual se advierte una afectación permanente, por ejemplo, el agente delictual altera la codificación del software del equipo de seguridad, imposibilitando su funcionamiento".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Cuestiones sustanciales y procesales. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 215 y 216.

D 0283 "La técnica legislativa en este supuesto, es abierta, es decir, estamos ante una cláusula números *apertus*, en la cual, el agente del derecho, puede adecuar cualquier supuesto delictual en la medida que dicho acciona, imposibilite el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o comunicación en los establecimientos penitenciarios".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Cuestiones sustanciales y procesales. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 216.

D 0284 "El delito de sabotaje de equipos de seguridad y de comunicación en establecimiento penitenciarios, resulta ser un delito de resultado, por cuanto los verbos rectores que integran su configuración, por la misma redacción y ubicación típica, aparecen determinados para el Derecho Penal, por el baremo "espacio-tiempo"".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Cuestiones sustanciales y procesales. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 216.

D 0285 "El delito se configura cuando el agente dolosamente al interior de un centro de detención o reclusión vulnera, lesiona o daña el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o de comunicación en los establecimientos penitenciarios, con la evidente finalidad de que estos no cumplan su finalidad de vigilancia y control de los internos.

También se configura cuando el sujeto activo impide o no deja que los equipos de seguridad o de comunicación en los establecimientos penitenciarios funcionen normalmente y, por lo tanto, impide dolosamente que aquellos no cumplan su finalidad natural cual es tener vigilados y controlados a los internos".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 202.

D 0286 "Asimismo, aparece cuando el agente dificulta, estorba o pone obstáculos al funcionamiento de los equipos de seguridad o de comunicación en los establecimientos penitenciarios, con la evidente finalidad de que estos no cumplan su objetivo de vigilar y controlar la vida de os internos dentro de los penales".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 202.

D 0287 "De igual modo se verifica la conducta delictiva cuando el agente inhabilita o hace que los equipos de seguridad o de comunicación en los establecimientos penitenciarios no funcionen normalmente. Sin duda, tal acción delictiva hace que los equipos no cumplan su finalidad de vigilancia o control de los internos".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 202 y 203.

D 0288 "Finalmente se produce el delito cuando el sujeto activo de cualquier otra forma imposibilita el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o de comunicación en los establecimientos penitenciarios".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 203.

D 0289 "El segundo párrafo prevé circunstancias agravantes de las citadas conductas criminales. En efecto, allí se establece que constituye agravante cuando el agente se vale de un menor de edad. También se verifica la agravante cuando el autor de alguna de las conductas antes citadas se vale de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público para cometer o permitir que se materialice el hecho punible. La agravante se verifica en dos modalidades. En efecto, se verifica cuando el agente público, por ejemplo, realiza por sí mismo la conducta punible. De igual forma se verifica cuando el agente público por omisión participa en la comisión del delito. Es decir, dolosamente omite cumplir con su función y permite o deja que un interno por ejemplo realice la conducta dañosa a los equipos de seguridad o comunicación".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 203.

3. Tipicidad subjetiva

D 0290 "El delito analizado, sin lugar a dudas, es un delito de comisión dolosa, es decir, exige que el agente actúe con pleno conocimiento y voluntad para vulnerar", "impedir", "dificultar" e "inhabilitar" el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o comunicación en os establecimientos penitenciarios. No es posible la figura culposa, por cuanto, por técnica de tipificación, la culpa es expresa, situación que no opera en el delito analizado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 217.

4. Autoría y participación

D 0291 "Respecto a la autoría directa, es posible ser admitida, en todas sus vertientes, esto es, respecto a los verbos "vulnerar", "impedir", "dificultar" e "inhabilitar"; por cuanto, la técnica legislativa de la parte especial, fue creada, en puridad, para el autor directo, situación que no excluye a las demás de formas de intervención delictual, debiéndose recurrir en este extremo a las reglas de la parte general, por cláusula de remisión".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 219.

D 0292 "Con relación a la autoría mediata, también es perfectamente posible, en la medida que el autor mediato instrumentalice a un tercero, bajo los efectos de error o coacción, empero esta forma de intervención delictual, no resulta posible en el extremo del verbo "permitir", el cual aparece ligada a la circunstancia agravante, por cuanto, en este extremo, se exige una situación cualificada en el autor, esto es, el deber especial, por lo personalísimo, a pesar que existe instrumentalización de un tercero por parte del autor mediato, dicha situación también conlleva a una infracción del deber especial".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 219.

D 0293 "Por otro lado, respecto a la coautoría, también es posible, en la medida que existan pluralidad de agentes delictuales, quienes mantengan acuerdo previo, repartición de roles y codominio funcional, dichos presupuestos, deberán estar adecuados, según cada caso concreto, con los verbos "vulnerar", "impedir"; "dificultar" e "inhabilitar". Respecto al verbo "permitir", por tratarse de un delito especial e infracción de deber, no es posible la coautoría delictual por lo personalísimo del deber, debiéndose optar por la figura de autorías paralelas, en razón de que cada sujeto especial infringe su propio deber especial".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 219.

D 0294 "La participación delictual, es decir, complicidad primaria y secundaria, así como instigación son posibles de ser admitidas e el delito materia de comentario, por cuanto, los cómplices serán aquellos que contribuyen antes o en el momento de la conducta desplegada por el autor, debiéndose realizar el trato diferenciado, entre cómplice primario y secundario, esto es, cualitativa y cuantitativamente, según el principio de accesoriedad limitada, todo ello, según el caso concreto".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 219.

D 0295 "El autor del delito se vale de un menor de edad para vulnerar, impedir, dificultar, inhabilitar o de cualquier otra forma imposibilitar el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o de comunicación en los establecimientos penitenciarios. No nos encontramos ante un caso de autoría mediata, en vista de la incapacidad para cometer delito el menor utilizado. Sin embargo, si el menor actúa con pleno conocimiento y voluntad, sin ser coaccionado o violentado físicamente, podre ser pasible de una medida socio-educativa como resultado de la infracción que ha cometido".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 294.

D 0296 "El fundamento del castigo severo radica en el hecho de que el sujeto activo demuestra un mayor grado de responsabilidad penal, al valerse de un menor de edad que está en situación de desventaja para comprender a plenitud el accionar ilícito o para resistir la violencia o intimidación que se emplea en su contra. Asimismo, es necesario subrayar que el agente no solo infringe la norma penal, sino que vulnera los reglamentos internos del centro penitenciario y el régimen de visitas (se entiende que los menos solo pueden ingresar al penal en días y horas determinados). De allí que la circunstancia agravante no solo se base en un mayor grado de responsabilidad, sino que el legislador ha considerado el mayor contenido de ilicitud del delito".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 294.

5. Tentativa y consumación

D 0297 "El delito se consuma, en la medida que el supuesto de hecho se encuentre inmerso en los verbos rectores "vulnerar", "Impedir", "dificultar" e "inhabilitar", todo ello, con la finalidad de impedir el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o comunicación en los establecimiento penitenciarios, debiéndose precisar que dichos verbos rectores, tienen que estar contextualizados según la finalidad del legislador, es decir, la conducta delictiva tiene que realizarse dentro del establecimiento penitenciario, lo que advierte, que el autor tiene que ser un reo, un visitante o sujeto cualificado respecto al verbo "permitir" según la forma agravada".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 218.

D 0298 "Se configura la tentativa cuando el sujeto activo despliega sin éxito todos los medios disponibles a su alcance para vulnerar, impedir, dificultar, inhabilitar o de cualquier otra forma imposibilita el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o comunicación de un centro penitenciario. El sujeto activo no logra su propósito criminal debido a la intervención de las autoridades encargadas del control del penal o por razones de fuerza mayor".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 293.

VIII

POSESIÓN INDEBIDA DE TELÉFONOS CELULARES O ARMAS, MUNICIONES O MATERIALES EXPLOSIVOS, INFLAMABLES, ASFIXIANTES O TÓXICOS EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 368-D **Posesión indebida de teléfonos celulares o, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios**

La persona privada de libertad en un centro de detención o reclusión, que posea o porte un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos, será reprimida con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

Si el agente posee, porta, usa o trafica con un teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios que no esté expresamente autorizado, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años.

Si se demuestra que del uso de estos aparatos se cometió o intentó cometer un ilícito penal, la pena será no menor de diez ni mayor de quince años[13].

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico penal

D 0299 "Conforme fue advertido inicialmente y en términos semejantes respecto a los delitos previstos en los arts. 368-A, 368-B y 368-C, la impropiedad de la redacción típica y su ubicación, causa confusión, empero, siguiendo el criterio de lege data, esto es, que el bien jurídico puede identificarse en merito a la ubicación del *nomen iuris*, entonces, por cuanto, el delito aparece ubicado en los delitos contra la Administración Pública, se puede afirmar que, en primer momento y por imperio del principio de legalidad, el bien jurídico resulta ser, la correcta Administración Pública, a pesar que se advierte manifiestamente que el objeto de protección, resulta ser la paz o tranquilidad pública".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 227.

13 Artículo incorporado al Código Penal por el artículo único de la Ley N° 29867, publicada el 22 de mayo de 2012 en el diario oficial *El Peruano*, y entró en vigencia a los 60 días calendario de su publicación en el mencionado diario oficial.

2.2. Sujeto activo

D 0300 "Nos hallamos ante un delito especial. Solo puede ser sujeto activo una persona privada de su libertad. El codificador se refiere a "la persona privada de su libertad". Ahora bien, esta persona puede ser alguien que se encuentra detenido o alguien que se encuentra purgando pena privativa de la libertad (recluso)".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 298.

D 0301 "El tipo penal analizado resulta ser un delito especial propio y no así un delito de infracción de deber, por cuanto, si bien se reduce el radio de acción de los posibles autores, por cuanto, únicamente, será autor aquella persona que tenga el estatus de persona privada de su libertad, esto es, reo condenado o reo afectado con una medida de coerción personal (prisión preventiva), sin embargo, también es cierto que, no se advierte una institución positiva que imponga un deber especial sobre el autor".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 222.

2.3. Sujeto pasivo

D 0302 "Es el Estado como único titular del bien jurídico. Administración Pública. En lo que respecta al primer párrafo del artículo 368-D, directamente agraviados por el accionar delictivo del agente pueden ser los internos cuya vida, integridad física y salud se pone en riesgo con la posesión de objetos explosivos, tóxicos o armas".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 298.

2.4. Conducta típica

D 0303 "La acción típica se desarrolla en un centro de detención o reclusión comprende las siguientes modalidades:

Poseer, que es tener uno en su poder una cosa. El interno que posee tiene la cosa u objeto prohibido con el ánimo de conservarla para sí o para otro interno. En este caso el agente tiene la posesión de armas de fuego o armas blancas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos. Todos estos objetos o materiales los conserva en su poder, ya sea en calidad de propietario o depositario temporal.

Portar, que es llevar o traer un objeto de un lugar a otro. En esta hipótesis el portador es una persona privada de libertad en un centro de detención o reclusión, de allí que se trata de un interno que conduce los objetos prohibidos de un lugar a otro, pero siempre dentro del centro de reclusión. Asimismo, no es necesario que el interno que porta estos objetos o materiales sea su dueño. El accionar típico consiste o se configura con el mero traslado de un arma de fuego, arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos, de un lugar a otro centro penitenciario".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 298.

D 0304 "Usar es hacer servir una cosa para algo. En este caso, el interno se sirve de un teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios que no esté expresamente autorizado. No es necesario que al usar intente cometer o cometa un delito (por ejemplo, coordinando el plan de ejecución o extorsionando a personas que se encuentra fuera del penal), sino que el accionar típico se configura con el mero uso sin autorización de la autoridad penitenciaria".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 299.

D 0305 "Traficar consiste en comerciar, negociar con los objetos prohibidos, ya sea tocándolos, comprándolo o vendiéndolos. En esta hipótesis típica el objeto del tráfico o comercio es un teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios que no esté expresamente autorizado. El alquiler de los celulares o de los teléfonos fijos encaja en esta modalidad típica pues implica un acto de comercialización, de obtención de utilidad a cambio del uso temporal de un artefacto prohibido dentro del Penal".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 299.

D 0306 "El primer objeto material del delito mencionado por el legislador es el arma de fuego. Después de este hace mención de las armas blancas. Esto nos conduce a afirmar que las armas inidóneas están fuera del alcance del tipo penal en comentario (por ejemplo, las armas e fogueo o juguete)".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 300.

D 0307 "Por arma de fuego debemos entender los instrumentos de diversas menciones y formas que se emplean para herir o matar lanzando proyectiles en forma violenta e impulsando por la explosión de pólvora. Ahora bien, los proyectiles pueden ser impulsados por cualquier otro tipo de gases desprendidos de sustancias explosivas inflamadas. Dentro de la variada clasificación de las armas de fuego tenemos: a) por su destino (armas de guerra, armas de caza, armas de defensa personal y armas de deporte); b) por su calibre (de grueso, mediano y pequeño calibre); c) por su sistema de carga (de avancarga y retrocarga); d) por su funcionamiento (automático, semi-automático y de repetición)".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, pp. 300 y 301.

D 0308 "En cuanto a las armas blancas, se les denomina así porque cuando se atacaba (o defendía) con ellas en un combate, las hojas brillaban dando la sensación de blancura al blandirse (blandir: mover el arma con movimientos vibratorios o que se parecen al temblor). Las armas blancas pueden ser cortantes (lamina de metal con filo o no, pero que corta, pedazos de vidrio, cuchillos, navajas, espada, sable, machete, hoz, hacha, etc.); punzantes (floretes, lanza,

espada, daga, lima, compas, aguja, alfiler, bayoneta, alabarda, puñal, etc.), punzo-penetrantes (cuchillo, estilete, puñal, navaja, chaveta, espadín, etc.); corto-contundentes (el hacha)".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 301.

D 0309 "Municiones son las cargas que se ponen en las armas de fuego. Por ejemplo, las balas de diferente calibre, los cohetes impulsados por fusiles de guerra o asalto, las granadas que se pueden lanzar con morteros, etc. el interno del penal debe poseer estos materiales prohibidos o portarlos (trasladar de un lugar a otro del centro penitenciario)".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 300.

D 0310 "Los materiales explosivos son aquellas sustancias o mezclas de substancias, solida o liquida, susceptible de desarrollar de manera rapidísima una fuerza expansiva considerable, acompañada de desprendimiento de gases y gran elevación de temperatura y que tiene grandes efectos destructores o de proyección".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 302.

D 0311 "Materiales inflamables son aquellos que tienen la propiedad de encender una cosa levantando llamas. Por ejemplo, la gasolina es un material inflamable, lo mismo la bencina, el kerosene, el petróleo, el alcohol, los aceites y el ron industrial".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 302.

D 0312 "Materiales asfixiantes son aquellos que producen la suspensión de la respiración. Generalmente se trata de gases no respirables que pueden provocar un estado de muerte aparente o inminente para quien los inhala. Por ejemplo, material asfixiante es el gas lacrimógeno".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 302.

D 0313 "Materiales tóxicos son los que provocan el envenenamiento del organismo, ya sea por su uso voluntario o a través de aplicaciones subrepticias u ocultas (envenenamiento). Los materiales tóxicos son, en este caso, aquellos que se utilizan para envenenar a las personas contra su voluntad o que generan la posibilidad de envenenamiento por su uso negligente. No encajan en esta modalidad delictiva las sustancias toxicas tales como las drogas naturales o sintéticas, el alcohol, el tabaco, etc. el legislador hace referencia a otro tipo de materiales. Específicamente a aquellos que son utilizados para elaborar drogas o explosivos. Por ejemplo, puede tratarse de mercurio, azufre, plomo, ácidos como el arsénico o el nítrico".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, pp. 302 y 303.

D 0314 "El objeto material del delito descrito en el segundo párrafo del artículo 368-D es un teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios que no esté expresamente autorizado".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 303.

D 0315 "Los accesorios no autorizados en forma expresa son aquellos que corresponden a la telefonía celular o fija. Por ejemplo, pueden ser las baterías de celular, los cargadores, chips, hand free, los auriculares o fonos de teléfonos fijos, los alambres de telefonía, etc.".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 303.

D 0316 "En el caso de la posesión o porte de armas o materiales peligrosos en un centro de detención o reclusión, el delito se consuma con la mera posesión o porte. No se exige un resultado".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 304.

D 0317 "Tratándose de la posesión o porte de teléfonos celulares y teléfonos fijos, el delito se consuma con la técnica y el traslado –al igual de lo que acontece con las armas y materiales peligrosos–".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 304.

D 0318 "Para la consumación del uso y el tráfico de celulares, teléfonos fijos o sus accesorios, se requiere que el agente haya utilizado estos aparatos. Es decir, que haya efectuado llamadas al exterior o al interior de otros pabellones del penal. Si el objetivo del agente es traficar con estos objetos, entonces se requiere que, como mínimo, haya empezado a comercializarlos. Por ejemplo, los oferta a precios módicos dentro del penal o los alquila por horas".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 304.

D 0319 "En ese sentido, respecto a una persona, el verbo "poseer", según la RAE, implica: "Tener en su poder algo", lo que implica que el agente delictivo, interno, tiene en su esfera de dominio (directa o indirecta) arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos, (...)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Cuestiones sustanciales y procesales. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 223.

D 0320 "Respecto al verbo "portar", según la Real Academia Española, implica: "Tener algo consigo o sobre si", en ese sentido, el agente delictivo, tiene en una esfera de dominio,

de manera directa e inmediata arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos, la misma que será evidenciada mediante un registro personal".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Cuestiones sustanciales y procesales. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 223.

D 0321 "(...) Respecto al verbo "usar", según la RAE, significa: "Hacer servir una cosa para algo"; en ese sentido, el agente delictivo, se sirve del equipo de teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios que no esté expresamente autorizados por personal del INPE, usándolo para fines ilegales, situación que mantiene reproche penal, inmediato, por cuanto, por la misma propiedad del verbo, se trata de un delito de mera actividad".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Cuestiones sustanciales y procesales. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 225.

D 0322 "Respecto al verbo "traficar", según la RAE, significa: "Comerciar, negociar con el dinero y las mercancías". Por lo tanto, el agente delictivo, comercializa con un teléfono celular o fijo cualquiera de sus accesorios que no esté expresamente autorizado, por ejemplo, alquila el uso de dichos equipos, obteniendo a cambio sumas dinerarias u otras especies".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Cuestiones sustanciales y procesales. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 225.

D 0323 "En este extremo, se tiene que, producto del uso del teléfono celular o fijo o cualquier de sus accesorios, se "intento" cometer un ilícito penal, ante ello, la técnica legislativa es incorrecta, por cuanto resulta innecesario pretender punir expresamente el intento de cometer un ilícito penal, toda vez que, por clausula remisiva es perfectamente posible recurrir a la tentativa prevista en el art. 16 del CP, es decir, nos encontramos en un supuesto de tentativa acabada, la misma que resulta punible. Asimismo, a pesar de lo extravagante de la técnica, en la medida que opere este supuesto, operaria un concurso real de delitos, concursando, en grado de consumación, el delito de posesión indebida de teléfonos celulares o armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios (art. 368-D) y el delito respectivo, el mismo que operaria en grado de tentativa".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Cuestiones sustanciales y procesales. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 226.

D 0324 "El supuesto factico aludido, implica que producto del uso del teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios, se "cometió" un delito distinto al tipo penal previsto en el artículo 368-D del CP, por lo tanto, nos encontramos ante un concurso real de delitos, concursando el presente tipo penal con el delito cometido en el cual se utilizó un teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios, siendo los más comunes y posibles de concursar, los delitos de extorsión, secuestro, homicidio entre otros afines".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Cuestiones sustanciales y procesales. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 226.

D 0325 "El delito analizado, respecto a los verbos rectores "poseer" y "portar", vinculado a los primeros supuestos de hecho, en estos extremos, resulta ser un delito de mera actividad, es decir, en la medida que el agente delictivo incurra en los verbos rectores señalados, consuma el tipo penal y subsecuentemente lesiona el bien jurídico tutelado.

Respecto a los supuestos de hecho vinculados a los verbos rectores "usar" y "traficar", el delito analizado, resulta ser u delito de resultado, por cuanto, entre la conducta desplegada por el autor y la lesión al bien jurídico, existe un baremo "espacio-tiempo"".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Cuestiones sustanciales y procesales. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 226.

D 0326 "Por otro lado, se trata de supuestos delictivos de peligro abstracto. Solo el último párrafo del artículo en comentario prevé dos supuestos de peligro concreto. Se trata de delitos de peligro toda vez que no es necesario que se ocasione realmente un resultado dañoso para consumarse. Son delitos de mera actividad. Basta que el agente materialice los verbos rectores de poseer o portar para que el delito esté consumado".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 206.

D 0327 "El primer párrafo prevé diversas conductas criminales que se verifican cuando el agente o sujeto activo especial, es decir, la persona privada de libertad en un centro de detención o reclusión posee o porta un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 206.

D 0328 "El segundo párrafo, en cambio, regula diversos supuestos delictivos cuyo objeto es el teléfono celular o sus accesorios. Prevé diversas conductas criminales que se verifican cuando el agente o sujeto activo especial, es decir, la persona privada de libertad en un centro de detención o reclusión posee, porta, usa o trafica con un teléfono celular, fijo o cualquiera de sus accesorios que no estén expresamente autorizados. El tipo penal al mencionar los accesorios de teléfono, está haciendo referencia a chips, baterías, cargadores, memorias externas, antenas, entre otros".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 207.

3. Tipicidad subjetiva

D 0329 "El delito analizado, sin lugar a dudas, es un delito de comisión, es decir, exige que el agente actúe con pleno conocimiento y voluntad para "poseer", "portar", "usar" y "traficar", según cada supuesto de hecho fijado por el legislador. No es posible la figura culposa, por cuanto, por técnica de tipificación, la culpa es expresa, situación que no opera en el delito analizado".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 303.

4. Autoría y participación

D 0330 "Respecto a la autoría directa, es posible ser admitida, en todas sus vertientes, esto es, respecto a los verbos "poseer", "portar", "usar" y "traficar", por cuanto, la técnica legislativa de la parte especial, fue creada, en puridad, para el auto directo, situación que no excluye las demás formas de intervención delictual, debiéndose recurrir en este extremo a las reglas de la parte general, por cláusula de remisión".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 229.

D 0331 "Con relación a la autoría mediata, respecto a los verbos rectores "usar" y "traficar, resulta ser admisible, por tratarse de un delito de resultado, en el cual admite la intervención delictual diversa, por la misma estructura típica, esto es, son verbos rectores no personalísimos, pudiendo el agente delictivo traficar por intermedio de un tercero, quien deberá estar influido mediante error o coacción. Sin embargo, la situación es diferente respecto a los verbos rectores "poseer" y "portar", por cuanto, se tratan de delitos de mera actividad y a la misma vez delitos de propia mano por la exigencia personalísima del verbo, es decir, el agente delictual, personalmente, posee y porta, resultando impropia la admisión de la autoría mediata en este extremo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 229.

D 0332 "Por otro lado, respecto a la coautoría, es posible de ser invocada, respecto a los verbos rectores "usar" y "traficar", en la medida que existan pluralidad de agentes delictuales, quienes mantengan acuerdo previo, repartición de roles y codominio funcional, dichos presupuestos deberán estar adecuados, según cada caso concreto; empero respecto al supuesto de hecho ligado a los verbos rectores "poseer" y "portar", no resulta posible por lo personalísima de la situación y la naturaleza del verbo, por lo tanto, deberá optarse por el sistema de autorías paralelas, en el caso de existir pluralidad de autores".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 229.

5. Tentativa y consumación

D 0333 "El delito se consuma, según la naturaleza del delito, el cual aparece determinado por los verbos rectores, así tenemos, que respecto a los verbos "poseer" y "portar", el delito se consuma con la sola conducta desplegada por el autor, por cuanto, en este extremo, el tipo penal analizado, resulta ser un delito de mera actividad, es decir, el delito alcanza su nivel consumativo, en la medida que el agente delictual, posee o porte un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos, así como, en la medida que posee o porte un teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios que no esté expresamente autorizado, ambas figuras deberán ser manifiestas en el interior del establecimiento penitenciario o centro de reclusión. Aunado a lo expuesto, por tratarse de un delito

de resultado, la consumación aparece evidenciada con la lesión al bien jurídico tutelado, en este caso, correcta Administración Pública, situación que no opera en las figuras de peligro".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 228.

D 0334 "Respecto a los verbos rectores "usar" y "traficar", por cuanto se trata de un delito de resultado, el delito analizado alcanza su perfeccionamiento, en la medida que el agente delictual despliegue la conducta mediante un hacer, generando una modificación en el mundo real, esto es, en la medida que use o trafique con un teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios que no esté expresamente autorizado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 228.

D 0335 "La posesión o porte de armas de fuego, explosivos, materiales asfixiantes, inflamables o tóxicos son delitos de acción que no admiten la tentativa. Se consuman desde el momento en que los agentes tienen en su poder o porta el objeto material del delito. Lo mismo acontece con la posesión o porte de teléfonos celulares, teléfonos fijos y sus accesorios. No ocurre lo mismo con el uso o tráfico de teléfono celular o fijo o de accesorios no autorizados. El uso y el tráfico si admiten la tentativa porque requieren de un resultado: en el caso del uso, la utilización de los equipos de telefonía. Tratándose del tráfico, la comercialización o intercambio comercial del objeto material del delito.

Es decir, cuando el agente empieza a ejecutar los actos que le permitirán utilizar los celulares o traficar con ellos, se configurara la tentativa. También cuando el sujeto activo es intervenido cuando iba a vender chips o cargadores a otro pabellón del penal en donde se encuentra recluido".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 304.

IX

INGRESO INDEBIDO DE ARMAS, MUNICIONES O MATERIALES EXPLOSIVOS, INFLAMABLES, ASFIXIANTES O TÓXICOS EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 368-E **Ingreso indebido de armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios**

El que indebidamente ingresa, intenta ingresar o permite el ingreso a un centro de detención o reclusión, un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso del interno, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

Si el agente se vale de un menor de edad o de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público para cometer o permitir que se cometa el hecho punible descrito, la pena privativa será no menor de diez ni mayor de veinte años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del presente Código[14].

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico penal

D 0336 "De manera genérica se tutela el bien jurídico Administración Pública y, específicamente, en lo que atañe a la legalidad y eficacia de las disposiciones administrativas dirigidas a establecer los mecanismos de control carcelario. No cabe duda de que el agente que ingresa dolosamente objetos prohibidos a un centro penitenciario desobedece su reglamentación y la Ley penal".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 320.

2.2. Sujeto activo

D 0337 "El delito puede ser cometido por un particular o por un *intraneus* con deberes de control del ingreso de objetos al penal. Así se interpreta del mismo texto de la norma cuando indica que el sujeto activo puede ingresar, intentar ingresar o "permitir" el ingreso de armas, municiones o materiales peligrosos en un recinto carcelario.

14 Artículo incorporado al Código Penal por el artículo único de la Ley N° 29867, publicada el 22 de mayo de 2012 en el diario oficial *El Peruano*, y entró en vigencia a los 60 días calendario de su publicación en el mencionado diario oficial.

El delito se agrava cuando el agente tiene la condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público. En el caso de los funcionarios, autoridades y servidores públicos, consideramos que la intención del legislador es reprimir con mayor severidad los actos que implican abuso del cargo o abuso de autoridad. El agente se vale del cargo para cometer el hecho punible o permitir que se cometa".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 320.

2.3. Sujeto pasivo

D 0338 "Resulta ser el Estado, por cuanto es titular exclusivo del interés o bien jurídico protegido, esto es, la correcta Administración Pública, dicha afirmación responde a la ubicación del tipo penal, es decir, el Estado resulta ser el titular de los diversos bienes jurídicos de naturaleza colectiva y pública. En términos similares, la doctrina jurisprudencial fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del Cons. N° 23 de la Casación N° 103-2017-Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica, tendrá tal condición el Estado, como sociedad políticamente organizada".

De la misma forma, conforme se mencionó líneas arriba dicha ubicación descontextualizada, por cuanto, la finalidad de la redacción del mismo tipo penal, es mantener o proteger la tranquilidad o paz pública".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 232.

2.4. Conducta típica

D 0339 "La acción típica consiste en ingresar indebidamente, en un centro de reclusión o detención, arma de fuego, arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso de uno o varios internos.

El ingreso debe ser indebido sin autorización y quebrantándose los reglamentos internos del penal o lugar de detención".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, pp. 320 y 321.

D 0340 "Otra modalidad típica es intentar ingresar materiales prohibidos los materiales prohibidos al centro de detención o reclusión, pero para el uso de los internos (o de un interno). En este caso, lo que se debiera considerar como tentativa se reprime con la misma severidad que el ingreso efectivo de las armas, municiones o materiales explosivos o tóxicos".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 321.

D 0341 "Finalmente, la tercera modalidad típica contenida en el artículo 368-E del CP es permitir el ingreso. Permitir es dar su consentimiento, el que tiene autoridad competente, para que otros hagan o dejen de hacer una cosa. Se trata del permiso que da el personal de vigilancia

o el Jefe del establecimiento de reclusión o detención para que ingresen las armas, municiones o material explosivo o toxico. Se entiende que el permiso tiene por finalidad que estos objetos lleguen a las manos de los reclusos o detenidos".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 321.

D 0342 "El verbo "ingresar", según la RAE, significa: "meter algunas cosas (...)", en ese contexto, el tipo penal, exige que el agente delictual ingrese al establecimiento penitenciario arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso del interno".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Cuestiones sustanciales y procesales. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 233.

D 0343 "En este supuesto, el legislador adelanta la barrera de punibilidad, y pune el intento de ingresar un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso del interno. En este extremo, el delito analizado, resulta ser un delito de peligro abstracto, por cuanto, no se exige que el agente delictual ingrese el arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso del interno, sino que el solo intento o posibilidad, perfecciona el injusto penal".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 235.

D 0344 "Según la RAE, el verbo "permitir", significa "dicho de quien tiene autoridad competente: Dar su consentimiento para que otros hagan o depende de hacer algo", en ese contexto, el tipo penal, remite a la existencia de una persona cualificada, es decir, una persona que tiene la autoridad o el poder de decisión suficiente para autorizar el ingreso de arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para el uso del interno.

Por lo tanto, en este extremo (...) nos encontramos ante un delito especial de infracción de deber por cuanto, únicamente será autor aquel sujeto cualificado que opera en razón del cargo (...)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 235.

D 0345 "Respecto a los verbos rectores "ingresar" y "permitir", resulta ser un delito de resultado, por cuanto, el supuesto de hecho, exige que el agente delictivo, supere o penetre los controles de los establecimientos penitenciarios, por lo tanto, se advierte el baremo "espacio-tiempo", propio de los delitos de resultado. Respecto al verbo "intentar", resulta ser un delito de peligro abstracto, por cuanto el legislador, por criterio de política criminal, adelanto la barrera de punibilidad, no requiriéndose que el sujeto lesione el bien jurídico, ingresando o permitiendo los artefactos o equipos antes expuestos, sino que, por el contrario, el solo intento, consuma el tipo penal".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Cuestiones sustanciales y procesales. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 235.

D 0346 "El primer supuesto se materializa cuando el agente indebidamente, esto es, fuera de los márgenes de la ley, ingresa a un centro de detención o reclusión, un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso del interno".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 210.

D 0347 "El segundo supuesto se configura cuando el sujeto activo indebidamente intenta ingresar a un centro de detención o reclusión, un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso del interno".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 210.

D 0348 "Y el tercer supuesto se configura cuando el agente fuera de los márgenes de la ley y reglamentos permite el ingreso a un centro de detención o reclusión, un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso del interno".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 210.

D 0349 "Aparece como circunstancia agravante si el agente para ingresar, intentar ingresar o permite el ingreso de material del tipo indicado en la fórmula legislativa a los centros de detención o reclusión, se vale de un menor de edad, esto es, menor de 18 años de edad o de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público. En esto supuestos, la pena privativa será no menor de diez ni mayor de veinte años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del presente Código".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 211.

3. Tipicidad subjetiva

D 0350 "Todas las modalidades típicas son dolosas. La intención del agente es hacer llegar los objetos prohibidos a un interno o a varios de ellos. Si lo que se ha intentado es hacer ingresar armas para los miembros del INPE o de la Policía Nacional, el delito no se configura.

Lo mismo sucede si los materiales tóxicos (ácido muriático, legía, detergentes) se han ingresado con la finalidad de proveer el almacén de mantenimiento del penal, pero no a un interno".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 322.

4. Autoría y participación

D 0351 "Respecto a la autoría directa, es posible ser admitida, en todas sus vertientes, esto es, respecto a los verbos "ingresar", "permitir", e "intentar", por cuanto, la técnica

legislativa de la parte especial, fue creada, en puridad, para el autor directo. Con relación a la autoría mediata, respecto al verbo "ingresar", es perfectamente posible, en la medida que el autor mediato instrumentalice a un tercero, bajo los efectos de error o coacción (...). En el mismo sentido, en la medida que el agente delictual utilice a un menor de edad, tanto en el verbo "ingresar" y "Permitir", opera de manera nítida la figura de autoría mediata, por cuanto, el autor mediato, instrumentaliza a un inimputable, dicha figura concurre en la circunstancia agravante del tipo penal analizado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 239.

D 0352 "En sentido contrario, la autoría mediata, respecto al verbo "permitir", no resulta ser posible, por cuanto, en este extremo, conforme fue señalado líneas arriba, se trata de un delito especial y de infracción de deber, en ese sentido, se advierte un deber personalísimo, situación que hace imposible justificar una autoría mediata, toda vez que el autor mediato a pesar de instrumentalizar a un tercero, por coacción o error, deberá responder por lo intransferible del deber especial".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 239.

D 0353 "(...) En términos similares, la autoría mediata, respecto al verbo "intentar", no es posible aceptarla, por cuanto, en los delitos de peligro abstracto, tal y cual que en los delitos de comisión instantánea o de mera actividad, no es posible la figura aludida, por lo personal e instantáneo de la acción consumativa".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 239.

D 0354 "(...) Por otro lado, respecto a la coautoría, con relación al verbo "Ingresar", resulta posible, en la medida que se cumpla con los requisitos de la misma, esto es, acuerdo previo, repartición de roles y codominio funcional, así tenemos que tres sujetos, ingresan al establecimiento penitenciario, una pistola, la misma que ha sido desarticulada n diversos accesorios por ejemplo primer ingresa el tambor, el segundo la cacerina y el tercero las municiones".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 239.

D 0355 "Respecto al verbo "Permitir", por tratarse de un delito especial de infracción de deber, no es posible la coautoría delictual, por lo personalísimo del deber, debiéndose optar por la figura de autorías paralelas, en razón que cada sujeto especial infringe su propio deber especial. Finalmente, respecto al verbo "Intentar", tampoco sería posible admitir la coautoría, por la misma naturaleza del delito, esto es, delito de peligro abstracto, por lo tanto, se deberá otra, por la figura de autorías paralelas o directas, situación afín respecto a la clase de delitos señalados".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 239 y 240.

5. Tentativa y consumación

D 0356 "El delito se consuma desde el momento en que se intenta ingresar los materiales prohibidos o desde que el funcionario encargado de la vigilancia del centro de detención o reclusión permite su ingreso en el establecimiento. Es suficiente que haya traspuesto los primeros sistemas o anillos de seguridad o admisión el penal, desde ese momento se entiende que se ha intentado el ingreso. No es necesario que el agente logre su propósito de hacer llegar al interno las armas, municiones o material toxico o explosivo".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 322.

D 0357 "El delito se consuma, respecto al verbo rector "intentar", por cuanto, en este extremo, se trata de un delito de peligro abstracto, en la medida que el agente delictual, sin haber ingresado a los instrumentos de del delito al interior del establecimiento penitenciario, centro de detención o reclusión, es descubierto con los mismos, con anterioridad de ser sometido a los controles respectivos tanto al exterior o al interior, debiéndose precisar que esta figura dista de la tentativa, por cuanto, en este escenario no existe el delito tentado, por tratarse de un delito de peligro".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 238.

D 0358 "Respecto al verbo "ingresar", este delito se consuma, en la medida que el autor haya introducido en el centro de detención o reclusión, los instrumentos del delito (arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales Explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso del interno), esto implica que el agente delictual supero o burlo los controles antecedentes o circundantes al establecimiento penitenciario, por ejemplo, el agente delictual, no fue detectado en algunas de las garitas o puestos de vigilancia, ante ello, ingreso al establecimiento penitenciario un chip, siendo descubierto en el interior del citado establecimiento aludido".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 238.

D 0359 "Con relación al verbo rector "permitir", el delito se consuma en la medida que el agente delictual, en este caso, el sujeto cualificado, esto es, personal policial, administrador del INPE, etc., que, teniendo la capacidad o autoridad de control, autoriza el ingreso de los elementos del delito antes señalados, esto implica, que los instrumentos del delito, aun no ingresaron al establecimiento penitenciario, centro de detención o reclusión".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 238.

D 0360 "Nos hallamos ante un delito de mera actividad. No es admisible la tentativa. El legislador castiga con la misma pena el intento de ingreso y el ingreso efectivo de los materiales prohibidos".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 322.

X

VIOLENCIA CONTRA AUTORIDADES ELEGIDAS

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 369 **Violencia contra autoridades elegidas**

El que, mediante violencia o amenaza, impide a una autoridad elegida en un proceso electoral general, parlamentario, regional o municipal juramentar, asumir o ejercer sus funciones será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Si el agente es funcionario o servidor público sufrirá, además, inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 8[15].

TEXTO ORIGINAL

Artículo 369.- Violencia contra autoridades elegidas

El que impide a los Senadores o Diputados o a los miembros de las Asambleas Regionales o a los Alcaldes o Regidores el ejercicio de las funciones propias de sus cargos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. Si el agente es funcionario o servidor público sufrirá, además, inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2.

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico penal

D 0361 "Se protege el normal funcionamiento de la Administración Pública. Específicamente, el inicio de la asunción del cargo y el ejercicio de la labor funcional para la que han sido elegidos los miembros de la asamblea legislativa, regional o municipal".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 325.

D 0362 "Conforme aparece registrado líneas arriba, el bien jurídico genérico resulta ser el correcto funcionamiento de la Administración Pública, cuyo titular resulta ser el Estado, el cual es entendido como un ente político y socialmente organizado; sin embargo, se advierte la presencia de un bien jurídico específico, el mismo que aparece vinculado a la determinación o libertad de funcionario o servidor público, elegido mediante el respectivo proceso electoral, por cuanto, dichas personas específicamente ejercen la representación de los intereses del Estado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 247.

15 Texto conforme a la modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 29519, publicada el 16 de abril del 2010 en el diario oficial *El Peruano*.

D 0363 "El bien jurídico genérico es la Administración Pública, que garantiza su normal desarrollo en sus niveles democráticos de decisión. En forma específica, se busca proteger la libertad de acción y decisión de los funcionarios elegidos por el voto popular, así como el prestigio y respeto debido a los mismo".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 216.

2.2. Sujeto activo

D 0364 "Si el agente es funcionario o servidor público sufrirá, además, inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36, inciso 1, 2 y 8".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 327.

D 0365 "En cuanto a los sujetos de la relación delictiva, se advierte que la tipificación *–in comento–*, no exige una cualidad especial para ser considerado autor, implicando una esfera libre de auto-organización personal; si es que el agente es funcionario o servidor público, aparte de la pena, será pasible además de la inhabilitación en el ejercicio del cargo".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 182.

D 0366 "Puede serlo cualquiera. Sin embargo, el legislador ha previsto como circunstancia agravante del delito que el agente tenga la calidad de funcionario o servidor público, pues, en este caso, además de la pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años se le impondrá inhabilitación de uno a tres años conforme el art. 36 incs. 1 y 2".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 325.

D 0367 "El delito de violencia contra autoridades elegidas resulta ser un delito común, esto es, cualquier persona con capacidad de reprochabilidad puede ser autor del delito mencionado, por cuanto, la estructura típica no exige una cualidad especial en el autor, tampoco se advierte institución especial que vincule al autor.

Asimismo, en la parte final del artículo, se advierte la calidad de funcionario o servidor público, en ese sentido, se advierte una circunstancia agravante, conllevando la pena de inhabilitación funcional respectiva".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 242.

D 0368 "Agente, autor o sujeto activo puede ser cualquier persona. No se exige alguna calidad o cualidad especial. Por el contrario, si el agente tiene la calidad de funcionario o servidor público, la conducta se agrava".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 216.

2.3. Sujeto pasivo

D 0369 "Por ser titular exclusivo del bien jurídico, sujeto pasivo del delito es el Estado. Los agraviados inmediatos son los parlamentarios, los miembros de las asambleas regionales y los alcaldes o regidores que han sido elegidos en un proceso electoral general y a los que no se les permite juramentar, asumir o ejercer sus funciones".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, pp. 325 y 326.

D 0370 "Resulta ser el Estado, por cuanto es el "titular del bien jurídico", toda vez que, por técnica de representación de intereses, la titularidad de la Administración Pública pertenece al Estado, ello en razón del modelo constitucional vigente, en el cual, el Estado, resulta ser titular de los diversos bienes jurídicos de naturaleza colectiva y pública. (...) Por otro lado, el "sujeto sobre el cual recae la acción típica" resulta ser la autoridad elegida en un proceso electoral general, parlamentario, regional o municipal, por cuanto, sobre dichas personas recae el accionar lesivo desplegado por el agente delictual".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 242.

D 0371 "El sujeto pasivo siempre será el Estado. Pero en forma específica solo serán los altos funcionarios elegidos por el voto popular como los congresistas de la República, los presidentes regionales, los consejeros regionales, los alcaldes y los regidores municipales. Nadie más puede ser sujeto pasivo específico del delito en hermenéutica. Por ejemplo, de modo alguno puede ser sujeto pasivo de este delito el presidente del Consejo de Ministros o el presidente de la Corte Suprema, etc.".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 216.

D 0372 "Sujeto pasivo ha de serlo el Estado, como titular del servicio público que se presta a través de los diversos estamentos que componen la Administración Pública; por otro lado, está el sujeto pasivo de la acción típica: Congresistas, Alcaldes, Regidores, Presidentes de Gobierno Regional, etc.".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 183.

2.4. Conducta típica

D 0373 "El delito de Violencia contra las autoridades elegidas en proceso eleccionario, importa un injusto que atenta contra la "Administración Pública", que es cometido por los particulares (*extraneus*), tal como se desprende del Capítulo I del Título XVIII del CP. Figura delictiva que vendría a complementar la conducta prohibida manifestada en la tipificación contenida en el 365 de la codificación penal, en cuanto a la "Violencia y Resistencia contra la Autoridad"".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 182.

D 0374 "La acción típica consiste en impedir, mediante violencia o amenaza, que las autoridades elegidas juramenten, asuman o ejerzan sus funciones parlamentarias, de gobierno regional o municipal".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares.* 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 326.

D 0375 "Quedarán fuera del tipo aquellos impedimentos que obstaculizan actividades ajenas al juramento, asunción o desarrollo de las funciones del os congresistas, de los miembros de las asambleas regionales o de los alcaldes y regidores.

El legislador penal ha precisado los medios que pueden ser utilizados para impedir la labor de los funcionarios. Por esta razón, el tipo admite cualquier medio violento –vis absoluta o vis compulsiva– e idóneo que sea utilizado con el designio delictivo de impedir el inicio o desarrollo de las labores funcionales".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares.* 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 326.

D 0376 "El tipo penal exige que el agente delictivo ejerza violencia contra la autoridad elegida en un proceso electoral general, parlamentario, regional o municipal, de esta manera, respecto al análisis del art. 365 del CP existen diversas clases de violencia. Así tenemos, en termino de Molina Arrubla: i) violencia personal, cuando recae directamente sobre las personas; ii) violencia real, cuando se ejerce sobre las cosas; y iii) violencia impropia, en la cual no obra fuerza física sino la utilización de otros medios a través del os cuales finalmente se logra doblegar la voluntad del individuo, por ejemplo, cuando se le administra algún narcótico con lo cual se priva de sus sentidos a la víctima".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 242 y 243.

D 0377 "Por lo tanto el tipo penal aparece perfeccionado en la medida que opere cualquier clase de violencia impuesta por el agente delictivo contra la autoridad elegida en un proceso electoral general, parlamentario, regional o municipal, por cuanto, la técnica legislativa no hace discriminación alguna. Por otro lado, es necesario precisar, que no todo tipo de violencia deviene en pertinente para consumar el supuesto de hecho analizado, por lo tanto, la violencia tiene que ser idónea, es decir, a nivel de vis absoluta, generando en la autoridad elegida

en un proceso electoral general, parlamentario, regional o municipal, la imposibilidad de juramentar, asumir o ejercer sus funciones".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 243.

D 0378 "Según la RAE, "impedir" significa: "estorbar o imposibilitar la ejecución de algo", esto nos lleva a postular que el sujeto activo tiene como finalidad impedir que la autoridad elegida en un proceso electoral general, parlamentario, regional o municipal juramente, asuma el cargo o ejerza sus funciones. Siendo así, el delito presenta un verbo activo y no omisivo, es decir, el agente delictivo tiene que desplegar una conducta obstruccionista. De la misma forma, el verbo "impedir" genera una comisión instantánea, es decir, el delito aludido en este extremo, resulta ser de comisión inmediata, siendo suficiente para la fase consumativa que el sujeto sobre quien recae la acción, no juramente o no asuma el cargo o no ejerza sus funciones".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 244.

D 0379 "El supuesto aludido responde a una técnica legislativa abierta: *numerus apertus*; por lo tanto, se deberá recurrir a las leyes especiales a efecto de dotar de finalidad y contenido al tipo penal. Siendo así, la Ley N° 26859: Ley Orgánica de Elecciones delimita en gran manera los diversos supuestos invocados por el tipo penal analizado. En ese sentido, conforme indica el art. 1 de la Ley N° 26859: "El Sistema Electoral está conformado por el Jurado Nacional de Elecciones, la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, los que actúan con autonomía y mantienen entre si relación de coordinación, de acuerdo con sus atribuciones"".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 244.

D 0380 "De la misma forma, la ley aludida indica que el Sistema Electoral Nacional regula determinados tipos de procesos electorales, los cuales son: a) elecciones presidenciales, b) elecciones parlamentarias, c) elecciones de jueces según la Constitución, d) referéndum y revocatoria de autoridades.

Según el panorama expuesto, se puede afirmar que el agente delictual despliega la conducta lesiva mediante violencia o amenaza, con la finalidad de impedir que la autoridad elegida, producto del desarrollo de cualquiera de los procesos electorales antes mencionados, no pueda juramentar, tampoco asuma el cargo ganado o no ejerza sus funciones propias del cargo público".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 244 y 245.

D 0381 "La redacción típica evidencia que el delito de violencia contra autoridades elegidas resulta ser un delito de acción, es decir, demanda que el agente delictivo despliegue un accionar, por lo tanto, no es posible la forma omisiva propia, por cuanto es imposible, toda vez que dicha figura tiene que ser expresa, situación que no opera en el delito materia de comentario. Por otro lado, se advierte la posibilidad de admitir la figura delictual mediante omisión

impropia, toda vez que, en la parte final del tipo penal aludido, se advierte una condición especial sobre el agente delictivo, es decir, tiene un deber de salvamento frente al bien jurídico".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 246.

D 0382 "La conducta típica se configura cuando el sujeto activo o agente dolosamente, y sin el uso de la violencia o amenaza contra las personas, impide a los Congresistas de la República, los presidentes regionales, consejeros regionales, alcaldes y regidores municipales que desarrollen en forma normal las funciones propias de su cargo. Si en el hecho se verifica que el sujeto activo utilizo la violencia o la amenaza contra los sujetos pasivos especiales, este delito se descarta y la conducta se subsumirá en otro tipo penal".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 214.

D 0383 "Esta modalidad consiste en hacer no realizable el ejercicio de las funciones propias del funcionario de alto nivel. Esta modalidad de coacción al sujeto pasivo especial es de naturaleza activa y de resultado. No basta que se produzca el intento o que el sujeto activo desarrolle una simple actividad tendiente a impedir. Se exige realmente el sujeto activo con el desarrollo de su conducta, busque impedir, obstaculizar o imposibilitar que el funcionario realice las funciones propias de su cargo. Ello supone hacer imposible el inicio de las actividades regulares de los altos funcionarios, definidas por la ley y sus reglamentos, o hacer no viable la continuidad de dicho ejercicio colectivo de funciones a través de actos de boicot o entorpecimiento que ocasione impedimento".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 214 y 215.

D 0384 "Es lugar común en la doctrina peruana que los actos de impedir, obstaculizar o imposibilitar que realiza el agente deben ser en el momento mismo en que la autoridad está realizando o ejecutando actos propios del ejercicio de sus funciones. No antes ni después".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 215.

D 0385 "La modalidad típica ha de ser entendida en semejanza, con aquella contenida en los artículos 365 y 366 del CP, en la medida que el agente a de desplegar una conducta destinada a entorpecer, neutralizar o dígase obstaculizar el normal desarrollo de la actuación funcionarial. Es de verse, sin embargo, que, en la presente tipificación penal, el legislador ha prescindido de los medios comisivos que emplea el autor, para perpetrar el injusto: la violencia y/o intimidación, lo cual no resulta ajustado a un marco de interpretación sistemática que debe regir a esta familia de delitos. Máxime, cuando la concurrencia de estos elementos, son los que visan a estas figuras delictivas de sustantividad material".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 183.

3. Tipicidad subjetiva

D 0386 "Es un delito doloso. El agente actúa con la intención y voluntad de impedir que las autoridades elegidas realicen la juramentación, asunción o ejercicio del cargo del congresista, miembro del gobierno regional o de gobiernos municipales".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 327.

D 0387 "El delito mencionado es de naturaleza dolosa, esto en base a la misma redacción típica, es decir, el dolo es inferido y expreso. En ese sentido, la figura delictual solo puede darse por dolo directo, esto es, el agente delictual, en términos naturalísticos, deberá actuar con conocimiento y voluntad".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 247.

D 0388 "Es un delito netamente doloso, no cabe la comisión por culpa. El agente actúa con conocimiento y voluntad de impedir el normal funcionamiento desarrollo de sus funciones de los altos uncionarios elegidos por el voto popular".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 217.

D 0389 "El tipo penal solo resulta recriminable a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el agente dirige su acción a impedir el juramento, asunción o ejercicio del cargo funcionarial del Congresista, Alcalde o Regidor.

El aspecto cognitivo del dolo ha de abarcar todos los elementos constitutivos de la tipicidad penal, de manera que el autor ha de saber que está impidiendo la labor propia de un Congresista, si aquel piensa erróneamente que se trata de un servidor cualquiera, podrá admitirse el Error de Tipo, en tal caso, la tipificación procedería conforme el artículo 365 del CP".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 184.

4. Autoría y participación

D 0390 "Respecto a la autoría directa, es perfectamente posible, por cuanto el delito analizado es un tipo penal de acción, el mismo que demanda la presencia fáctica del agente delictual en el escenario delictivo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 248.

D 0391 "Con relación a la autoría mediata, considero que no es posible aceptarla, por la misma naturaleza del delito, esto es, no es admisible la autoría mediata en los delitos de comisión instantánea o de mera actividad por lo personalísimo del escenario delictivo, tanto en su forma simple o agravado. En el supuesto caso que se advierta la presencia de un instrumento

operando bajo escenario de error o coacción –presupuesto de la autoría mediata–, el problema se deberá solucionar a través de la figura de error de tipo y ausencia de dolo respectivamente. Respecto a la coautoría, tampoco deviene en admisible, por la misma naturaleza del delito, esto es, delito de mera actividad, siendo así, se deberá optar –en el caso de pluralidad de intervinientes–, por autorías paralelas o directas".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 249.

D 0392 "El escenario expuesto no registra problema alguno para admitir las diversas formas de participación delictual en el delito analizado, es decir, es perfectamente posible admitir complicidad primaria y secundaria en el delito mencionado, debiéndose recurrir al principio de accesoriedad limitada y considerando los criterios cualitativos y cuantitativos. De la misma forma, es posible admitir la figura de instigación, por cuanto, un tercer puede determinar al autor con la finalidad que cumpla cualquiera de los verbos rectores del tipo penal analizado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 249.

D 0393 "Dicho esto, resulta admisible una autoría mediata, cuando dos o más sujetos comparten el co-dominio funcional del hecho, donde la conducta prohibida puede ser atribuida como un todo a cada uno de los co-autores".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 182.

5. Tentativa y consumación

"El delito se consuma cuando el agente –mediante o amenaza o violencia física– logra impedir o imposibilita el acto de juramentación, la asunción del cargo o el ejercicio funcional de las autoridades elegidas".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 327.

D 0394 "La consumación aparece con la identificación del verbo rector (impedir). Conforme aparece asumido por el autor líneas arriba, se trataría de un delito de consumación instantánea, por lo tanto, la consumación deviene en inmediata por la propiedad semántica del verbo rector activo, remitiéndome a la explicación registrado anteriormente".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 248.

D 0395 "El agotamiento del delito comentado aparece evidenciado según los actos posteriores del verbo rector "impedir", es decir, en la medida que el autor después de haber logrado su cometido eficazmente, genera un retraso o zozobra en el proceso electoral o perjuicio en

la Administración Pública, por cuanto no se operativiza la actividad pública en el tiempo y momento oportuno, generando retraso en las actividades públicas".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 248.

D 0396 "Al ser un delito de resultado, la conducta de impedir se consuma cuando el agente logra su finalidad al haber impedido al funcionario de alto nivel ejercer sus funciones previstas en la ley y sus reglamentos".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 217.

D 0397 "El delito analizado tampoco admite la tentativa, toda vez que, conforme aparece señalado líneas arriba, el verbo rector "impedir", tiene una connotación instantánea y activa, por lo tanto, no es posible la tentativa por la ausencia del baremo "espacio-tiempo"".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 247.

D 0398 "Al ser un delito de resultado, es perfectamente posible que la conducta se quede en grado de tentativa. Por ejemplo, estaremos en este supuesto cuando el agente dolosamente y con la firme intención que se frustre el debate de un tema determinado, corta la luz eléctrica donde se realiza el Pleno del Congreso; sin embargo, no logra su finalidad, debido a que el Pleno continua con el desarrollo de su debate al repararse de forma inmediata del corte".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 217 y 218.

6. Modalidad agravada

D 0399 "La agravante se configura cuando el supuesto delictivo, previsto en el artículo 369 del Código Penal, es cometido por una persona que reúne alguna calidad que prevé el artículo 425 del mismo Código. La agravante se fundamenta en el hecho que los funcionarios o servidores públicos tienen el deber de lealtad para con el Estado y sus representantes elegidos por voto popular".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 215.

D 0400 "La modalidad agravada se verifica con el solo hecho de tener el agente la calidad o cualidad especial de funcionario o servidor público, sin mayores precisiones, no interesa el nivel, la jerarquía, competencia o jurisdicción que tenga el agente, en ejercicio efectivo o latente (licencias, vacaciones, suspensión temporal, etc.), por cuanto lo que cuenta es el quebrantamiento de los deberes genéricos funcionales o de servicio al Estado".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 215 y 216.

XI

DESTRUCCIÓN DE ENVOLTURAS O SELLOS PUESTOS POR LA AUTORIDAD

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 370 **Destrucción de envolturas o sellos puestos por la autoridad**

El que destruye o arranca envolturas, sellos o marcas puestos por la autoridad para conservar o identificar un objeto, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas.

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico penal

D 0401 "El bien jurídico tutelado en forma genérica es la Administración Pública, cuyo normal ejercicio precisa también de seguridad para los objetos o documentos entregados a la custodia del Estado. En esta figura típica, el interés de la administración se concreta en resguardar la inviolabilidad de los objetos, cuya conservación o preservación de identidad es necesario asegurar a través de su poder de certificación oficial".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 329.

D 0402 "El bien jurídico protegido por el artículo 254 es, justamente, la inviolabilidad de la cosa o documento cuya observación o preservación de identidad, asegura la Administración Pública con sellos identificadores, de contralor o de seguridad".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 222.

D 0403 "Sin duda, el bien jurídico genérico es la Administración Pública en tanto que el objeto específico de tutela lo constituye el garantizar la eficacia de uno de los actos funcionales de la Administración Pública: el poder de certificación oficial de objetos, a la vez que afirma el respeto debido a la colocación de distintivos oficiales sobre objetos cuya conservación o identificación se considera de necesidad pública".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 222.

D 0404 "El objeto específico de tutela penal consiste en garantizar la eficacia de uno de los actos funcionales de la Administración Pública: el poder certificación oficial de objetos, a la vez que afirma el respeto debido a la colocación de distintivos oficiales".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 185.

2.2. Sujeto activo

D 0405 "El tipo no exige especial cualificación en el agente, por tanto, puede ser sujeto activo un particular o un funcionario público".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 329.

D 0406 "Autor de este delito, en su forma dolosa, puede ser un particular o un funcionario público".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 225.

D 0407 "El delito mencionado resulta ser un delito común, por cuanto la redacción, respecto al agente delictual, aparece determinada por el pronombre impersonal "el que" y, además, no se advierte fuente generadora del deber o institución especial que cualifique el sujeto, por lo tanto, cualquier persona con capacidad de reprochabilidad, puede ser sujeto activo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 251 y 252.

D 0408 "El sujeto activo del delito puede ser cualquier persona. El tipo penal no exige alguna calidad o cualidad especial. En consecuencia, es un delito común. Incluso puede ser un funcionario o servidor público. También, puede ser el mismo involucrado con la medida o investigación que da origen a la colocación de los distintivos oficiales o los sellos, también un tercero ajeno a la medida o investigación".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 222.

D 0409 "Según la redacción típica en cuestión, autor de este delito puede ser cualquier persona, no se exige una cualidad especial, incidiendo en la configuración de un delito común.

La condición de funcionario y/o servidor público, no es fundamento de agravación, lo cual s un vacío legal injustificable, en la medida que aquel por detentar una relación directa con estos bienes, está en inmejorable situación para perpetrar el injusto penal, en base al prevalimento y/o abuso del cargo".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 186 y 187.

2.3. Sujeto pasivo

D 0410 "Por ser el titular del bien jurídico afectado, sujeto pasivo del delito puede serlo únicamente el Estado".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 329.

D 0411 "Es el Estado, como regente de toda la actividad oficial que toma lugar en el seno de la Administración Pública".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 187.

D 0412 "El sujeto pasivo en el delito analizado, resulta ser el Estado, por cuanto es el "titular del bien jurídico", ello en razón del modelo constitucional vigente, en el cual el Estado resulta ser el titular de los diversos bienes jurídicos de naturaleza colectiva y pública. (...)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Cuestiones sustanciales y procesales. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 252.

D 0413 "El sujeto pasivo siempre será el Estado. En forma específica, se constituye en sujeto pasivo la entidad pública agraviada con la conducta del agente".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 222.

2.4. Conducta típica

D 0414 "La acción típica consiste en destruir o arrancar envolturas, sellos o marcas puestas por la autoridad para conservar o identificar un objeto".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 329.

D 0415 "Cuando el agente destruye o arranca las envolturas de los sellos o las marcas no hace más que vulnerar la voluntad del Estado de asegurar la conservación o la identidad de un objeto. Es cierto, que las envolturas, los sellos o las marcas no son idóneas para ejercer una defensa material del objeto, pero el tipo en comentario busca tutelar su simbolismo. En otras palabras, cuando se destruyen o arrancan estos se está menoscabando implícitamente el respeto a la Administración Pública y a su poder de certificación oficial".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 330.

D 0416 "El sello es la impresión practicada con un instrumento estampador sobre la cosa misma cuya conservación o identidad se trata de preservar, o sobre el objeto que la contiene (por ejemplo, envolturas, bolsas, cajas, etc.)".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 330.

D 0417 "La RAE, indica que el verbo "destruir", significa: "Reducir a pedazos o a cenizas algo material, u ocasionarle un grave daño". En ese sentido, el agente delictual impregna una fuerza física destructora sobre envolturas, sellos o marcas puestos por la autoridad para conservar o identificar un objeto de interés funcionarial, mermando, destrozando o inhabilitando su contenido o esencia".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Cuestiones sustanciales y procesales. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 252.

D 0418 "De conformidad con la RAE, el verbo "arrancar" significa: "Sacar de raíz. Sacar con violencia algo del lugar a que esta adherido o sujeto, o de que forma parte". Por lo tanto, el agente delictivo retira de cualquier modo el distintivo oficial, es decir, los sellos o marcas puesto por la autoridad para conservar o identificar un objeto de interés funcionarial".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 252.

D 0419 "Los distintivos registrados en el tipo penal resultan ser de diversa forma, esto es: envolturas, sellos o marcas. Por lo tanto, "envoltura" significa: "Capa exterior que cubre natural o artificialmente una cosa". Respecto al término "sello", se entiende como tal al "trozo pequeño de papel, con timbre oficial de figuras o signos grabados, que se pega a ciertos documentos para darles valor y eficacia". Con relación al término "marca", significa "señal que se hace o se pone en alguien o algo, para distinguirlos, o para denotar calidad o pertenencia"".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 253.

D 0420 "Los instrumentos señalados, esto es: "envoltura"; "sello" y "marca"; aparecen revestidos pro la función pública, es decir, tienen que haber sido emitidos o registrados por funcionarios o servidor público, quien opera en razón del cargo público. por lo tanto, dichos distintivos están dotados de la función pública, caso contrario, por ejemplo, si se deteriora un sello, marca o envoltura de naturaleza privada entonces no existe delito, pues nos encontramos ante un supuesto de atipicidad absoluta".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 253.

D 0421 "La acción prevista en el primero y segundo párrafos del artículo 254 consiste en violar sellos puestos por la autoridad para asegurar la conservación o la identidad de una cosa.

En concreto, la acción de violar comprende todos los actos materiales por los que el sello deja de cumplir, definitiva o transitoriamente, la función para la cual fue puesto en la cosa, siendo indiferente que el autor lo rompa o lo quite sin romper. Ello, toda vez que lo que se tutela no es la integridad del sello, sino la seguridad que con él se persigue".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 223.

D 0422 "Carece de significación que los sellos quedaran intactos, ya que la destrucción o rotura materiales de aquellos es una de las formas de consumar la violación, pero no la única, pues lo que realmente importa es que fuese superara dolosamente la protección especial que representan talles sellos como signos e custodia de la autoridad pública para la conservación de las cosas que se quiere proteger o someter a interdicción, situación que se encuentra legalmente acreditada en autos".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 223.

D 0423 "Este delito presupone un acto oficial de sellar con los fines específicos de identificación o conservación de una cosa. En consecuencia, debe tratarse de un sello oficialmente puesto por algún funcionario o por su orden en cumplimiento de algún deber o alguna facultad correspondiente al cargo".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 224.

D 0424 "No es preciso que el acto de sellar este específicamente prescripto, como en muchos casos de las leyes procesales; basta que se trate de sellos puestos por orden de autoridad competente para impartir esa orden".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 224.

D 0425 "Ahora bien, si el acto de sellar constituye en sí un abuso de autoridad, la violación del ello no es delito porque esta infracción tiene por objeto tutelar los actos regulares de la administración. Sin embargo, se entiende que cuando la irregularidad de la imposición del sello no procede de la actuación incompetente del funcionario sino de defectos sustanciales o formales del acto que dispuso la impresión, su violación continúa siendo típica, mientras dicho acto no sea revocado".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 225.

D 0426 Destruir es tornar inservible el distintivo, inhabilitarlo, de modo total para el fin que cumplía. Es arruinar, destrozar sellos, marcas, sin extraerlos del todo del objeto con notoria inutilización. Ensuciar, colocar un sello distinto encima o borrar la marca se asimilan a la

noción del verbo activo "destruir", si con ello se anula como distintivo el colocado por la autoridad para conservar o identificar el objeto de que se trate".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 220.

D 0427 "Arrancar es sacar, quitar el distintivo del objeto, de modo tal que este pierda su característica de identificación o conservación oficial. La acción de arrancar concuerda con la naturaleza de las envolturas o distintivos adheridos al objeto por la autoridad para conservarlo o identificarlo".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 220.

D 0428 "Son distintivos oficiales las envolturas, sellos o marcas que han sido colocados sobre el objeto que se quiere conservar o identificar por una autoridad estatal en pleno ejercicio de sus funciones".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 221.

D 0429 "Solo se exige que estas envolturas, sellos o marcas hayan sido colocados por una autoridad en pleno ejercicio de sus funciones sobre un objeto con la única finalidad de conservarlo o, en su caso, para identificarlo. (...)

Si llega a determinarse que el distintivo fue colocado por una autoridad que no estaba en ejercicio de sus funciones por estar de vacaciones o licencia, por ejemplo, el delito no se configura".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 221.

D 0430 "Antes de pasar revista a la conducta típica, debemos definir los objetos materiales del delito; se habla de "envolturas, sellos y marcas"; la envoltura ha de ser considerada como el medio material por el cual se cubre el objeto, el envase, el frasco, paquete que tiende a proteger la integridad del bien. El "sello" es estampado, una impresión fijada por la autoridad sobre el objeto que se quiere preservar o sobre el que lo contiene; la marca es por su parte, aquel distintivo que permite identificar el objeto, mediando la consignación de una descripción grafica; en ciertas oportunidades la Administración coloca avisos, como: prohibido pasar o prohibida su manipulación".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 187.

D 0431 "Primer punto a saber, es lo concerniente a los verbos nucleares, habiéndose reglado los términos de "destruir y arrancar"; a través del primer comportamiento el agente altera la estructura integral de la envoltura, sello o marca, provocando su inutilidad para sus fines funcionales. Es arruinar, destrozar sellos, marcas, sin extraerlos del todo del objeto con notoria inutilización; (...), lo que se tutela no es la integridad del sello, sino la seguridad que

con él se persigue. Se puede llegar a dicho resultado, cuando se le prende fuego al bien o simplemente golpeándolo con una fuerza intensa o derribando la puerta con una patada".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 188.

D 0432 "Por su parte, arrancar importa el acto por el cual el autor desprende (extrae), la envoltura, sello o marca del objeto, impidiendo su debida identificación y optima conservación".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 188.

D 0433 "Presupuesto indispensable de configuración típica, es que las envolturas, sellos o marcas, hayan sido puestos por la autoridad, para conservar o identificar el objeto, si la finalidad fue otra, no se dará el tipo penal –in examine–; lo que ha dado lugar a denominar dicho elemento como "vinculo funcionarial"".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 188.

D 0434 "Basta para que la conducta esté cobijada en los alcances normativos del tipo penal, que el agente destruya o arranque lo signos distintivos, sin necesidad de que haya de acreditarse la manipulación o utilización del objeto".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 189.

3. Tipicidad subjetiva

D 0435 "Es un delito doloso. El agente actúa con la intención y voluntad de destruir o arrancar las envolturas, sellos o marcas puestos por autoridad para conservar o identificar un objeto. No se admiten dentro del tipo el actuar negligente de aquel que no sabía o podía prever que los sellos destruidos o arrancados eran oficiales".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares.* 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 330.

D 0436 "El delito analizado en un delito de comisión dolosa, por cuanto, por técnica de tipificación, la culpa es expresa y el dolo es inferido, siendo así que en el tipo penal no se advierte la modalidad culposa expresa. De esta manera, el agente delictual actúa con pleno conocimiento y voluntad para destruir o arrancar los distintivos oficiales, mermando la conservación o identificación del objeto materia de protección por autoridad funcionarial".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 254.

D 0437 "El dolo exigido por la primera y segunda partes del artículo 254 requiere que el autor conozco el valor simbólico del sello y su procedencia oficial, y posea voluntad de violarlo".

DONNA, Edgardo Alberto. Delitos contra la Administración Pública. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 226.

D 0438 "Los supuestos típicos que engloba el tipo penal en hermenéutica jurídica son de comisión dolosa, no cabe la comisión por culpa. El dolo supone lesionar la voluntad estatal del distintivo y el conocimiento del simbolismo oficial. La misma redacción del tipo penal lleva a concluir que las hipótesis delictivas solo son posibles por comisión (dolo directo)".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 222 y 223.

D 0439 "La represión de ambas modalidades del injusto, están sujetas al dolo del autor, conciencia y voluntad de realización típica; el agente dirige su conducta a destruir o arrancar los signos distintivos colocados por la Administración, sabiendo que aquellos están destinados a su identificación y/o conservación de determinados objetos.

El aspecto cognitivo del dolo, ha de abarcar todos los elementos constituíos del tipo penal, esto es, de que sean sellos, marcas o envolturas puestas por la autoridad, para la conservación o identificación de un objeto, si es que se presenta un equívoco sobre algunos de dichos aspectos, puede admitirse un error de tipo".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 190.

4. Autoría y participación

D 0440 "Con relación a la autoría directa, es perfectamente posible, por cuanto el delito analizado es un tipo penal de acción, el mismo que demanda la presencia fáctica del agente delictual en el escenario delictivo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 255.

D 0441 "Con relación a la autoría mediata, considero que es posible aceptarla, en la medida que el instrumento opera bajo el escenario de error o coacción impuesto por el autor mediato. Por ejemplo, el autor mediato, a través de la figura de error, indica al tercero que el envoltorio que contienen el objeto de protección y los respectivos sellos impresos por la autoridad fiscal y policial interviniente, no tiene validez, por lo tanto, le sugiere romperlo y echarlo a la basura, situación que opera tal cual".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 256.

D 0442 "Respecto a la coautoría, también es admisible, en la medida que los intervinientes cumplan con los presupuestos de la misma, esto es, acuerdo previo, repartición de roles y codominio funcional del hecho, según cada caso concreto".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 256.

D 0443 "El delito no registra problema alguno para admitir las diversas formas de participación delictual, es decir, es posible admitir la complicidad primaria y secundaria, debiéndose recurrir al principio de accesoriedad limitada y considerando los criterios cualitativos y cuantitativos. De la misma forma, es posible admitir la figura e instigación, por cuanto, un tercero puede determinar al autor con la finalidad que cumpla cualquiera de los veros rectores del tipo penal analizado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 256.

5. Tentativa y consumación

D 0444 "El delito se consuma con la violación del sello en el sentido expresado, es decir, con el quebrantamiento de la seguridad que el sello representa; no es necesario un resultado posterior, ni siquiera que se vea resentida, efectivamente, la conservación o la identidad de la cosa o a la eficacia probatoria de ella, o la violación repercuta sobre la solución de la causa o gestión con cuyo motivo se aseguró la cosa, y menos aún que se produzca algún perjuicio particular para el propietario de la cosa o para la administración. En este sentido, estamos ante un delito de peligro más que de resultado".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 226.

D 0445 "La tentativa e posible con el autor comienza a realizar actos tendientes a la violación del sello, sin lograrlo. Ello ocurre, por ejemplo, cuando se comienza a borrar el sello, sin lograrlo".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 227.

D 0446 "El delito se consuma con la destrucción o arrancamiento de las envolturas, sellos o marcas puestos por la autoridad para conservar o identificar un objeto. No es necesario que se menoscabe el objeto que se busca conservar oficialmente. De producirse la destrucción de este último estaremos, también, ante la figura de daños contra el patrimonio".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 331.

D 0447 "En vista de que la consumación del delito requiere de resultados materiales concretos (destrucción o arranque d distintivos oficiales de un objeto que la autoridad quiere

conservar o identificar), es posible la tentativa. Se puede producir el desistimiento del agente, la frustración del delito por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo (oportuna intervención policial) o falta de consecución del objetivo trazado por la persona que quería destruir o arrancar los distintivos (pese a que se quería borrar el distintivo, este aún se mantiene en la superficie del objeto)".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 331.

D 0448 "El delito materia de análisis resulta ser un delito de resultado, por cuanto, por la misma naturaleza de los verbos rectores y los elementos descriptivos que regulan el supuesto de hecho, aparecen determinados por el baremo "espacio-tiempo", por lo tanto, es posible la admisión del delito tentado. El delito citado alcanza su perfeccionamiento en la medida que el agente delictual destruye o arranca las envolturas, sellos o marcas puestos por la autoridad, todo ello, en la medida que se busca o se tenga como finalidad evitar o enervar la conserva o identificación de un objeto propio de la función pública".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 253.

D 0449 "El delito analizado aparece perfeccionado en la medida que el agente delictual logra destruir o arrancar las envolturas, sellos o marcas, impresos por la autoridad, para conservar o identificar el objeto materia de custodio. Por ejemplo, el autor que lora romper la envoltura que contiene los sellos impresos por los funcionarios, con los cuales se encuentra debidamente lacrado y protegido el objeto incautado por personal fiscal".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 255.

D 0450 "La forma agotada del delito aparece cuando el agente delictivo, después de haber logrado su cometido –esto es, destruir o arrancarlas envolturas, sellos o marcas, impresos por la autoridad para conservar o identificar el objeto materia de custodia–, cuestiona la mismisidad del objeto incautado, pretendiendo excluirlo de la investigación fiscal resultando beneficiado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 255.

D 0451 "Es perfectamente posible la admisión de la tentativa, por cuanto, el delito analizado, según la conducta, resulta ser un delito de resultado. Por ejemplo, el agente delictual tiene en su poder la envoltura que contiene el objeto materia de protección y con la finalidad de destruir los sellos impresos, arroja una sustancia liquida (agua sobre los citados sellos con el efecto de desvanecer los datos consignados; empero, la envoltura es recuperada por terceras personas, quienes ponen a buen recaudo la envoltura, subsistiendo los datos de los sellos impresos".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 255.

D 0452 "Por la misma naturaleza del delito, es posible separar muy bien la tentativa de la consumación. En efecto, se trata de un delito de lesión y, por lo tanto, de resultado concreto, esto es, estaremos ante una conducta consumada cuando el agente logra destruir o arrancar el distintivo oficial del objeto que se quiere conservar o identificar".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 223.

D 0453 "En tanto que estaremos frente a una tentativa cuando el agente con la intención de destruir o arrancar el distintivo oficial colocado en el objeto para conservarlo o identificarlo, se dispone a lograr tal finalidad, sin embargo, por desistimiento o intervención de circunstancias ajenas a su voluntad no logra su objetivo. Por ejemplo, cuando el agente está a punto de arrancar el distintivo oficial, pero no logra su objetivo debido a la oportuna intervención del policía encargado de la custodia del objeto".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 223.

D 0454 "La perfección delictiva de esta modalidad del injusto, ha de verse cuando el autor logra destruir o arrancar la envoltura, sello o marca oficial –que distingue o conserva el objeto–, sin tener que verificar su manipulación u utilización; importa una modificación del mundo exterior (fenoménico), en tanto se corresponden a acciones que manifiestan una alteración a la esencia de los signos distintivos contemplados en la redacción normativa".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 189 y 190.

D 0455 "Al tratarse de un delito de lesión, se admiten por tanto el delito tentado, siempre que la acción revele una suficiente peligrosidad objetiva, idónea y apta para producir el resultado contemplado en el articulado en cuestión; por ejemplo, cuando el autor es descubierto en el pleno *iter* delictivo, sin poder culminar su intención criminal".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 190.

XII

NEGATIVA A COLABORAR CON LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA - INCOMPARECENCIA

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 371 **Negativa a colaborar con la administración de justicia - Incomparecencia**

El testigo, perito, traductor o intérprete que, siendo legalmente requerido, se abstiene de comparecer o prestar la declaración, informe o servicio respectivo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas.

El perito, traductor o intérprete será sancionado, además, con inhabilitación de seis meses a dos años conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico penal

D 0456 "El bien jurídico protegido es el normal desarrollo de la Administración Pública que se ve obstaculizado o retardado cuando el sujeto activo del delito se niega –a pesar de haber sido legalmente requerido– a colaborar con la sustanciación de un proceso, ya sea en calidad de testigo, perito, traductor o interprete".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 333.

D 0457 "Desde el punto de vista genérico, es la correcta Administración Pública; de manera específica, concordamos con Salinas Siccha, al considerar: "el normal desarrollo de los procesos al interior de la Administración Pública", por cuanto, el sujeto cualificado al mostrar su negativa de cumplir su debes de comparecer ante la autoridad requirente, lesiona el normal funcionamiento y continuidad de los procesos convocados por la Administración Pública o de justicia".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 261.

D 0458 "Vale entonces, decir que el objeto de tutela es un específico es el correcto desenvolvimiento de la actividad probatoria en el decurso de un proceso jurisdiccional y/o administrativo, que aquella no se vea perturbada, cuando los peritos, testigos e intérpretes no acuden al llamado de la autoridad competente".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 191.

D 0459 "El bien jurídico tutelado es por ello la administración de justicia, y se protege el normal desarrollo del proceso, más en concreto, la celeridad en la administración de justicia".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 140.

D 0460 "El bien jurídico genérico que se pretende proteger es el recto y normal desenvolvimiento de la Administración Pública. Sin embargo, el objeto específico de protección penal lo constituye el normal desarrollo de los procesos (todo tipo de procedimientos) en la Administración Pública. Aquellos procesos se verían seriamente afectados si los auxiliares de la justicia dolosamente se negaran a colaborar con la administración".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 227.

2.2. Sujeto activo

D 0461 "Solo pueden serlo aquellas personas que reúnen la calidad de testigo, perito, traductor o interprete. El agente, a pesar de haber sido legalmente requerido, se niega a comparecer, prestar la declaración, informe o servicio respectivo".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 333.

D 0462 "Esta figura delictiva resulta ser un delito cualificado, es decir, especial propio, por cuanto el radio de autores –por mandato del legislador– se encuentra restringido a determinados autores, esto es: testigo, perito, traductor o intérprete".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 258.

D 0463 "Son sujetos activos, el testigo, el perito y el intérprete, por ende, es un delito de propia mano, debido a que el tipo delictivo esta reglada de tal modo que solo pueden ser autores quienes estén en condiciones de llevar a cabo por si, e inmediatamente, la acción prohibida".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 149.

D 0464 "A diferencia del resto de tipificaciones penales, –comprendidas en la capitulación–, a la calidad de autor solo puede asumirla aquel que cuenta con la cualidad funcional de "testigo, intérprete y perito"; se ha restringido entonces el circulo de sujetos activos a quienes ostentan el deber jurídico-procesal de comparecer ante la autoridad competente (jurisdiccional o administrativo), con motivos probatorios".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 193.

D 0465 "Es un delito especial, toda vez que autor o sujeto activo del delito solo pueden ser aquellas personas que tienen las cualidades siguientes: testigo, perito, traductor o interprete. Nadie más puede ser sujeto activo de este delito".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 227.

2.3. Sujeto pasivo

D 0466 "Es el Estado, como titular del bien jurídico penalmente tutelado".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 334.

D 0467 "El sujeto pasivo en el delito de negativa a colaborar con la administración de justicia, resulta ser el Estado, por cuanto es el "titular del bien jurídico", ello en razón del modelo constitucional vigente, en el cual el Estado resulta ser el titular de los diversos bienes jurídicos de naturaleza colectiva y pública".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 258.

D 0468 "El sujeto pasivo siempre será el Estado por ser el único titular del bien jurídico protegido, como es la correcta Administración Pública".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 228.

D 0469 "Ha de serlo el Estado, como ente titular de las actuaciones probatorias que toman lugar en el decurso de un proceso judicial y/o administrativo".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 194.

2.4. Conducta típica

D 0470 "En tal entendido, debe aclararse que la conducta de disvalor se refiere a la no comparecencia de los sujetos mencionados en la normativa penal, implica su negativa a declarar, pero no de dar un testimonio reñido al principio de veracidad, esta última conducta se encuentra recogida en el artículo 409 del CP, cuando el testigo, perito o interprete declara, depone su testificación o su examen pericial en franca contradicción a la veracidad de las cosas. Según el disvalor de dicho comportamiento el objeto de tutela penal es de forma concreta la Administración de Justicia".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 191 y 192.

D 0471 "El delito –que también se ha denominado impropiamente "violación de deberes procesales" o "desobediencia a citación judicial" –retarda u obstaculiza la actividad de la función pública que debe utilizar el testimonio, el peritaje o servirse de la interpretación".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 192.

D 0472 "Se abstiene de comparecer el que no se presenta en el lugar, día y hora fijadas en la convocatoria. Se abstiene de prestar declaración o exposición al acto de la declaración o a declarar una vez iniciado el acto, y el intérprete o perito que se niegan a realizar la interpretación o a producir el examen; (...) omisión que requiere previamente un requerimiento, cuya notificación debe producirse de forma valida, es decir, en el domicilio procesal del requerido, que aquel se encuentre en posibilidad de comparecer y, su vez, en dicho requerimiento debe hacerse alusión a que la negativa a comparecer puede ser pasible de ser denunciada por el delito –*in comento*–. Usualmente, no bastara con el primer requerimiento, sino de dos o más, donde su afiance la naturaleza colectiva del llamado a comparecer".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 195.

D 0473 "La segunda modalidad del injusto, comporta una negativa del traductor, del perito o del testigo, de prestar sus respectivas declaraciones, habiendo comparecido ante la instancia competente (jurisdiccional o administrativa). El momento de la negativa se puede dar al comienzo del acto procesal y ser invocado a cumplir con el contenido del requerimiento o antes de iniciado este (al negarse admitir las formalidades del caso)".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 198.

D 0474 "Al constituir un comportamiento en puridad "omisivo", la perfección delictiva ha de tomar lugar cuando el autor se abstiene de efectuar la conducta exigida por la legalidad, de comparecer o prestar su declaración ante la autoridad competente".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 198.

D 0475 "Nos hallamos ante dos acciones típicas consistentes en abstenerse de comparecer o compareciendo, negarse a prestar una declaración, informe o servicio respectivo, habiendo sido legalmente requerido para ello.

Es un delito de pura omisión, en el que la obligación de hacer esta impuesta por una norma jurídica".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares.* 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 334.

D 0476 "Se produce cuando el que es legalmente requerido no se presenta en el lugar, día y hora fijados en la citación. Como dice Fidel Rojas, el testigo, perito, traductor o interprete desobedece la intimación (notificación de cumplimiento obligatoria) hecha legalmente de comparecer, es decir, de presentarse ante el funcionario que le ha requerido en lugar, día y hora señalada".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 335.

D 0477 "Seguirá siendo típica la conducta del agente que no obstante comparecer ante el requerimiento legal se niega prestar la declaración, informe o servicio que se le pide. En este caso el autor siempre deberá hallarse legalmente obligado a realizar lo que se exige. Por ejemplo, cuando el testigo se niega a declarar o cando el interpreto o perito se niegan a producir la traducción o dictamen. Para que se consigue el tipo, la negativa del agente –para declarar, informar o brindar servicio– puede ser total o parcial".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 335.

D 0478 "La abstención de comparecer o prestar la declaración, informe o servicio respectivo deberá estar referida a un previo requerimiento legal. El sujeto activo debe haber sido legalmente citado y la citación debe haberse formulado en uso de la competencia funcional de la autoridad que la dispuso y según las formalidades establecidas por las leyes y reglamentos".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 335.

D 0479 "El supuesto analizado resulta ser el elemento típico central del delito de negativa a colaborar con la administración de justicia, es decir, el testigo o perito encontrándose debidamente emplazado por la autoridad competente –juez o fiscal– para que cumpla su deber impuesto por la ley, a pesar de encontrarse física y laboralmente habilitado, muestra su negativa de comparecer o prestar declaración, informe o servicio propio de su condición de testigo, perito, interprete y traductor. Es necesario precisar que el sujeto cualificado (testigo, perito, intérprete o traductor) tiene que estas debidamente notificado o emplazado para que cumpla su deber, caso contrario, no se puede advertir el supuesto invocado. Subsecuentemente, el tipo penal alcanza su perfeccionamiento en la medida que el agente delictual, a pesar de tener posibilidad de cumplir su deber, muestra su negativa, desafiando al mandato impuesto por la autoridad competente".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 261.

D 0480 "El delito requiere algunas condiciones: en primer lugar, el sujeto debe haber sido citado legalmente, lo cual remite directamente a las normas procesales en vigor.

En segundo lugar, la no comparecencia en el lugar, el día y la hora fijados en la citación, pero siempre en un proceso judicial. Frente a esta hipótesis, el incumplimiento del deber procesal

representa un meto entorpecimiento, un evidente escollo, que en última instancia no malogra el acto en si, por cuanto el juez ordenara la conducción de modo compulsivo haciendo uso de la fuerza pública".

DONNA, Edgardo Alberto. Delitos contra la Administración Pública. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, pp. 140 y 141.

D 0481 "Por otro, también se castiga al que comparece y se niega a prestar declaración o hacer la exposición para cuyo desarrollo fue convocado. Se entiende que es negativa es delictuosa cuando el testigo, perito o interprete conocen el asunto y se niegan a colaborar con la acción de la justicia, desobedeciendo sus mandatos. Esta contención de declarar como testigo o de exponer como intérprete o perito puede ser total o parcial, según que el agente se niegue a hacerlo en absoluto o que tal negación se circunscriba a uno o varios puntos del cuestionario o interpretación".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 141.

D 0482 "En lo que atañe al testigo, la omisión de declaración no debe ser identificada con la falsedad testimonial, ya que no supone que este mienta calando la verdad, sino que de manera directa se niega a declarar; (...) no se trata de falsedad por reticencia, sino de incumplimiento del deber de declarar".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 141.

D 0483 "En síntesis, tenemos que el tipo penal del artículo 243 del Código Penal contempla dos omisiones distintas. Por un lado, esta aquel que, legalmente citado, no comparece, y por el otro esta aquel que comparece, pero se niega a declarar".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 142.

D 0484 "Así tenemos que la primera conducta delictiva se configura cuando el agente especial que tiene la calidad de testigo, perito, traductor o intérprete se resiste o se abstiene de concurrir al requerimiento de la autoridad competente para colaborar o prestar apoyo en un proceso judicial o administrativo".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 225 y 226.

D 0485 "En tanto que la segunda conducta se configura cuando el agente especial que tiene la calidad de testigo, perito, traductor o intérprete, pese a que ha concurrido ante la autoridad que le requirió, se abstiene o niega a prestar declaración, informe o servicio de apoyo requerido en un proceso judicial o administrativo. El momento de la negativa se puede dar al comenzar el acto procesal y ser invocado a cumplir con el contenido del requerimiento o antes de iniciado este (al negarse a admitir las formalidades del caso). La negativa no requiere ser

total, pues el agente pude cumplir en parte y negarse en el resto de su declaración, informe o servicio".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 226.

D 0486 "Sin duda, para configurarse el delito es necesario que preexista un requerimiento oficial dictado por autoridad en pleno ejercicio de sus funciones y dentro de las formalidades que exige el procedimiento".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 226.

3. Tipicidad subjetiva

D 0487 "La incriminación de ambas modalidades del injusto, está condicionada al dolo del agente, conciencia y voluntad de realización típica; el autor no comparece a la instancia o se niega a declarar, pese a saber que se encuentra legalmente obligado a ello. Debe sumarse la posibilidad de incriminación a título de dolo eventual".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 193.

D 0488 "El aspecto cognitivo del dolo ha de abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal, de modo que puede presentar un equívoco sobre la naturaleza coercitiva de la citación o de forma más rayana, cuando el sujeto obligado no conoce el requerimiento en su contra. Ambas hipótesis pueden ser valoradas como un error de tipo".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 198.

D 0489 "Es un delito doloso. En vista de que el tipo penal exige, en la primera hipótesis, intencionalidad o malicia en el agente –que llega al extremo de negarse a concurrir pese al requerimiento con apercibimiento de denuncia penal– no es admisible el dolo eventual.

En la negativa a prestar declaración, informe o servicio de apoyo requerido en un proceso judicial o administrativo, tampoco se admite el dolo eventual".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 336.

D 0490 "Estamos en presencia de un delito doloso. Por ende, el sujeto debe saber de la citación y voluntariamente decidir que no va a asistir o que no va a declarar, salvo los casos de juta causa.

Por ese motivo, el sujeto debe saber de la citación y la calidad en virtud de la cual se lo cita a declarar".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 149.

D 0491 "De la lectura del tipo penal, se concluye que se trata de conductas delictivas de comisión dolosa, no cabe la comisión por culpa. Solo es aceptable un dolo directo, no es posible la comisión por dolo eventual. Aquí el agente actúa con conocimiento del requerimiento que le hace la autoridad y la voluntad de abstenerse de concurrir o cumplir el deber encomendado por la autoridad dentro del proceso oficial".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 228.

4. Autoría y participación

D 0492 "Según lo anotado, se trataría de un delito especial propio, incidiendo en la posibilidad de no admitir otras formas de autoría; en el caso de una co-autoría, podría darse en el caso de que sean dos peritos que de forma conjunta tengan que deponer su examen técnico, al haberlo confeccionado conjuntamente. En cuanto a los testigos, su deber de comparecer en el proceso, es siempre de orden personal, por lo que no podría hablarse de un co-dominio funcional del hecho".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 193.

D 0493 "La autoría mediata no encuentra asidero legal en este delito, por dos razones: primero, al ser reputado como un tipo especial propio, solo aquel que cuenta con dicha cualidad puede ser autor y, no un sujeto no cualificado y, el deber de atestiguar como testigo reposa en un deber legal –estrictamente personal–, indelegable e irrenunciable; solo aquel que ha tenido la posibilidad de haber percibido un acto, de haber tomado contacto con cierta información a través de los sentidos, puede ser calificado como testigo, por tales motivos, su actuación procesal es personalísima.

Siguiendo el hilo conductor, no puede proceder una autoría mediata, pues se requiere para ello, que el autor mediato (el instrumento) actúe sin dolo o que este sea un inimputable, lo que no puede darse en una prueba testimonial donde solo el testigo puede atestiguar. Igual es de verse en el caso de los peritos, como personas versadas sobre determinadas materias del conocimiento, solo los que participaron en la realización del examen especial, deben comparecer ante la autoridad competente y así explicar la metodología empleada y las razones de como arribaron a sus conclusiones".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 193.

D 0494 "Respecto a la autoría directa, es perfectamente posible, en la medida que el agente delictivo se abstenga de comparecer o prestar la declaración, informe o servicio propio de su condición de testigo, perito, interprete o traductor; por lo tanto, la autoría directa estará determinada por un dejar de hacer. Con relación a la autoría mediata, resulta imposible, por lo personalísimo de la conducta o norma prohibitiva impuesta en el sujeto cualificado: testigo, perito, intérprete y traductor, aun mas cuando se trata de un delito de omisión propia".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 263.

D 0495 "Respecto a la coautoría, considero que no es posible, por la misma naturaleza del delito, esto es, por tratarse de un delito omisivo propio. Por lo tanto, en el supuesto caso que intervengan varias personas, se deberá optar por autorías directas paralelas, por ejemplo, en el caso que existan dos peritos responsables de explicar y oralizar un dictamen pericial contable, siendo que dichos peritos muestran su negativa de explicar el respectivo dictamen, en este caso, por lo personalísimo de la conducta omisiva, se deberá optar por autorías directas o paralelas".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 263.

D 0496 "El delito de negativa a colaborar con la administración de justicia no registra problema alguno para admitir complicidad primaria y secundaria, debiéndose recurrir al principio de accesoriedad limitada, considerando los criterios cualitativos y cuantitativos. Por ejemplo, la persona que teniendo conocimiento que el testigo debe declarar en juzgamiento, obsequia un pasaje al extranjero, con la finalidad que dicho testigo no concurra a juzgamiento.

De la misma forma, es posible, admitir la figura de instigación, por cuanto, un tercero, puede determinar al autor con la finalidad que cumpla cualquiera de los verbos rectores del tipo penal analizado. Por ejemplo, el tercero que instiga de manera determinada para que el perito de oficio se abstenga de explicar el dictamen pericial".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 263.

5. Tentativa y consumación

D 0497 "El delito se consuma, en el primer supuesto, con la no concurrencia del testigo, perito, traductor o interprete pese a que tuvo previo conocimiento –formal y oportuno– del requerimiento oficial.

En la segunda hipótesis o modalidad típica, el delito se perfecciona cuando el testigo, perito, traductor o intérprete se abstiene de prestar declaración, informe o servicio requerido.

Ambos delitos son de omisión propia y no requieren para su consumación, ningún resultado. Por la naturaleza de ambas hipótesis típicas, no es posible la tentativa".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 336.

D 0498 "El delito analizado, respecto a la conducta, resulta ser un delito de mera actividad, por cuanto, con la sola abstención por parte del sujeto cualificado, de comparecer o prestar la declaración, informe o servicio respectivo, consuma el tipo penal. Por lo tanto, el tipo penal no requiere resultado ulterior para lograr el perfeccionamiento típico".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 261.

D 0499 "El delito analizado alcanza su perfeccionamiento en la medida que el agente delictivo muestra su negativa de comparecer o prestar declaración, informe o servicio propio de su condición de testigo, perito, interpreto o traductor. Dicha negativa o abstención, es instantánea, propia de los delitos de mera actividad".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 262.

D 0500 "La figura agotada aparece identificada en la medida que, producto de la negativa del agente delictual, se frustra el funcionamiento del sistema de Administración Pública. Por ejemplo, la absolución el acusado por insuficiencia probatoria, por cuanto el órgano de prueba –perito– mostro su negativa para explicar el dictamen grafotécnico".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 262.

D 0501 "El delito tentado solo es posible en los delitos de resultado, por la misma naturaleza de la estructura delictual, marcada por el baremo "espacio-tiempo". Dicha sistemática no opera en el delito analizado, por cuanto, conforme fue manifestado líneas arriba, se trata de un delito de mera actividad, no siendo posible el delito tentado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 262.

D 0502 "El delito se consuma con la abstención de comparecer o de declarar o exponer en cualquiera de las formas y modos indicados.

Por supuesto que, una vez consumado el delito, este no desaparece por la actividad del propio agente que decide cumplir con su debe (ej.: el perito que se arrepiente de su actitud y posteriormente concurre a producir el dictamen), y menos aún por la actividad de terceros que fuerzan la observancia de la conducta obligada (p. ej., el testigo, que, no habiendo comparecido, es conducido por la fuerza pública)".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 150.

D 0503 "La tentativa no parece posible dada las características del delito, en ninguna de sus dos formas".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 151.

D 0504 "Al tratarse de un delito de desobediencia específica por omisión propia, el delito se consuma, en el primer supuesto, con la no concurrencia del testigo, perito, traductor o interprete pese al conocimiento del requerimiento oficial. En el caso de concurrir al requerimiento de la autoridad, en el segundo supuesto, se consuma cuando el testigo, perito, traductor o

intérprete se abstiene de prestar declaración, informe o servicio requerido. No se exige, a efectos de la consumación, algún resultado".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 228.

D 0505 "Por la misma naturaleza del delito, consideramos que no es posible que la conducta se quede en grado de tentativa".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 228.

D 0506 "Siendo un delito de perpetración omisiva no pueden advertirse actos anteriores de suficiente peligrosidad objetiva, como para penalizar un supuesto delito tentado".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 198.

XIII

SUSTRACCIÓN, OCULTAMIENTO, CAMBIO O DESTRUCCIÓN DE PRUEBA

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 372 **Sustracción, ocultamiento, cambio o destrucción de prueba**

El que sustrae, oculta, cambia, destruye o inutiliza objetos, registros o documentos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente que sustancia un proceso, confiados a la custodia de un funcionario o de otra persona, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si la destrucción o inutilización es por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de un año o prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas.

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico penal

D 0507 "El bien jurídico penalmente tutelado es el normal desenvolvimiento de la Administración Pública. Aquí existe una doble protección específica, por un lado, se trata de salvaguardar aquellos objetos que pueden servir de prueba ante la autoridad competente que sustancia un proceso –y, con ello, posibilitar el ejercicio de su función de investigación o juzgamiento– y, por otro, se protege la custodia oficial de los mismos. En este último caso los objetos en resguardo pueden estar bajo el cuidado de un funcionario o de un particular, pero siempre por disposición emanada de la autoridad competente".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 337.

D 0508 "La figura legal tiende a la conservación o preservación de aquellos objetos que estén destinados a servir de prueba, y cuya custodia hubiere sido confiada a un funcionario u otra persona en el interés del servicio público".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 228.

D 0509 "El bien jurídico protegido genérico lo constituye la recta o correcta Administración Pública. El objeto específico de tutela viene a ser la protección de la naturaleza pública oficial de la custodia de bienes muebles, registros o documentos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente encargada de tramitar un proceso judicial o administrativo".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 236.

2.2. Sujeto activo

D 0510 "Puede ser cualquiera que sustrae, oculta, cambia, destruye o inutiliza objetos, registros o documentos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente que sustancia un proceso. Los objetos materiales del delito han de estar confiados a la custodia de un funcionario o de otra persona".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 337.

D 0511 "Según la construcción normativa, agente de este delito puede ser cualquier persona, no se ha previsto cualidad alguna para ser considerado autor; el hecho de que el sujeto activo sea funcionario y/o servidor público, no ha sido un elemento a saber por parte del legislador, para incidir en la regulación de una circunstancia agravante, máxime si aquel es custodio de los objetos que sirven como medio de prueba. No obstante, de aparecer dicha circunstancia, puede aplicarse la circunstancia contenida en el artículo 46-A, en el marco de la determinación judicial de la pena".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 200.

D 0512 "El delito de atentados contra medios de prueba en el proceso resulta ser u delito común, por cuanto, en su estructura típica no se advierte institución positiva especial, siendo que cualquier persona con capacidad e reprochabilidad, puede ser autor del mismo. De la misma forma, precisamos que el agente delictual también puede ser un funcionario público o servidor público.

Por otro lado, el tipo penal precisa la existencia de un "custodio", es decir, de una persona a quien –por resolución o documento afín– le fue confiado los registros o documentos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente que sustancia un proceso. En ese sentido, puede darse la posibilidad de que el mismo custodio emita una conducta desvalorado por la ley penal, es decir, ejecuta cualquiera de los verbos rectores: "sustraer", "ocultar", "cambiar", "destruir" e "inutilizar", por lo tanto, al existir una norma de mandato vinculada a un sujeto cualificado –a quien se le impone un deber específico–, el delito analizado resulta ser un delito especial propio por la cualificación del sujeto".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 266.

D 0513 "Autor del delito puede ser tanto los particulares como los funcionarios públicos".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 231.

D 0514 "Sujeto activo o autor del delito puede ser cualquier persona, el tipo penal no exige la concurrencia de alguna calidad o cualidad especial en la persona del agente. Se trata de un delito común. Incluso la fórmula legislativa prevé el caso de que el autor sea el propio

custodio de los bienes, registros o documentos destinados a ser prueba en la tramitación de un proceso".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 236.

2.3. Sujeto pasivo

D 0515 "En vista de que el titular del bien jurídico es el Estado, corresponderá a este el carácter específico del sujeto pasivo del delito".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 337.

D 0516 "Resulta ser el Estado, como "titular del bien jurídico", es decir, es el titular de los diversos bienes jurídicos de naturaleza colectiva y pública".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 266.

D 0517 "El sujeto pasivo siempre será el Estado, titular indiscutible del bien jurídico protegido con los supuestos delictivos que encierra el tipo penal en hermenéutica jurídica".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 237.

D 0518 "El ofendido es el Estado, como titular de los procedimientos judiciales, administrativos y legislativos que se encauzan en so diversos estamentos de la Administración Pública".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 200.

2.4. Conducta típica

D 0519 "La acción típica se divide en varios verbos rectores a saber: sustraer, ocultar, cambiar, destruir o inutilizar.

a) Sustraer

Es quitar la cosa de la esfera de custodia en que se halla, pero no es igual al apoderamiento propio del hurto, puesto que basta con la acción y la voluntad de desapoderar la cosa al legítimo tenedor, no siendo necesaria la voluntad de apoderarse de ella, es decir, de disponerla para sí o para un tercero.

b) Ocultar

Es hacer desaparecer el objeto, registro o documento de modo que no pueda ser habido cuando haya de utilizarse, aunque exista la posibilidad de que posteriormente puedan ser

hallados. No es necesario, en este caso, que la cosa sea sacada de la esfera de custodia en que se encuentra.

c) Cambiar

Es dar, tomar, un objeto, registro o documento por otro. En ese caso los objetos que sustituyen a lo cambiados no sirven ya de prueba ante la autoridad competente que sustancia un proceso.

d) Destruir

Significa deshacer, arruinar o inutilizar los objetos, registros o documentos destinados a servir de prueba en un proceso.

e) Inutilizar

Es volver inidónea para los fines de prueba los objetos, registros o documentos. Se inutiliza quitando al objeto las características que la hacían útil en el sentido señalado, sin que sean necesaria su destrucción".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 338.

D 0520 "Es necesario que los objetos, registros o documentos sean necesarios para la sustanciación probatoria de un proceso en curso, ya sea administrativo, parlamentario o judicial. Si la ruptura de la custodia se hace cuando el proceso no se ha iniciado o, en todo caso, ya ha finalizado, no se configura el delito".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 339.

D 0521 "La custodia de los objetos materiales del delito debe protegerse en función del interés público. Los objetos mencionados han de ser sustancialmente necesarios para el servicio público, es decir, para una actividad que el Estado o los particulares desarrollan en procura de satisfacer necesidades colectivas. En este caso, se busca posibilitar la sustanciación de un proceso confiado a la autoridad competente.

La custodia vulnerada ha de ser oficial, sobre los objetos, registros o documentos. Esto porque estamos en el rubro de los delitos contra la Administración Pública. Asimismo, la custodia debe ser instituida por un funcionario competente para disponerla o proceder de una disposición legal".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 339.

D 0522 "Como en el caso del tipo analizando anteriormente, los objetos destruidos o inutilizados por un actuar negligente –a diferencia del primer párrafo del art. 372 que solo admite la comisión dolosa– han de estar confiados a la custodia de un funcionario o de un particular para que se configure el delito.

El legislador penal ha establecido una pena atenuada disponiendo, en este caso, pena privativa de libertad no mayor de un año o prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 340.

D 0523 "Por lo tanto, el tipo penal analizado encuentra presencia en la medida que la conducta delictiva aparezca desplegada por el sujeto activo en cualquiera de los procesos antes mencionados. Dicha situación nos advierte que, en el supuesto de advertirse la inexistencia del proceso, entonces estamos ante un supuesto de atipicidad por mando del principio de legalidad".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 267.

D 0524 "El tipo penal comentado pretende proteger los registros o documentos destinados a servir de prueba en un proceso, en ese sentido, la finalidad del legislador aparece orientada a la protección del caudal probatorio ingresado legítimamente por las partes habilitadas".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 267.

D 0525 "Por lo tanto, la norma prohibitiva inmersa en el art. 372 del CP busca proteger cualquier medio de prueba ingresado válidamente al proceso, esto es, prueba documental y prueba material. Es decir, los instrumentos o efectos de delito y los objetos o vestigios incautados o recogidos en el proceso, conforme indica el art. 382 del nuevo CPP como caudal probatorio necesario para acreditar las pretensiones de las partes procesales".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 268.

D 0526 "El delito analizado advierte la existencia de un sujeto a quien le fue confiado el deber de custodiar los medios de prueba incorporados legítimamente por los sujetos procesales habilitados. De esta manera, dicho sujeto puede ser un funcionario público o una tercera persona ajena a la función pública".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 268.

D 0527 "Con relación a la tercera persona, se puede advertir que dicha persona tiene que haber sido designada en calidad de custodio de los registros o documentos destinados a servir de prueba. La designación opera mediante acto formal, es decir, mediante la resolución respectiva o documento afín, expedido por autoridad competente".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 268.

D 0528 "La RAE indica que el verbo "sustraer" proviene del latín *substrahere*, lo cual implica: "Apartar, separar, extraer", es decir, el agente delictual aparta los objetos –registros o

documentos– destinados a servir de prueba ante la autoridad competente, lo que sustancia un proceso confiado a un funcionario o de otra persona".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 268.

D 0529 "El verbo "ocultar", según la RAE, proviene del latín ocultare, idea asociada al "Esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista". Por lo tanto, el agente delictual busca esconder los objetos materia de custodia –los mismos que obran en el proceso–, estos son: expediente judicial, carpeta fiscal, etc. (...)

Deviene en irrelevante para la configuración delictual, el hecho que con posterioridad a la audiencia de control de acusación u otra, los medios de prueba escondidos u ocultados por el agente delictual, por cuanto en este extremo, el delito analizado resulta ser un delito de mera actividad, es decir, con la sola manifestación de la conducta –ocultar–, resulta consumado el hecho punible".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 268 y 269.

D 0530 "La RAE precisa una diversidad de contenidos respecto al verbo "cambiar", el cual proviene del latín cambiare, implicando: "Dejar una cosa o situación para tomar otra (...). Modificarse la apariencia, condición o comportamiento". En ese sentido, el agente delictual altera los registros o documentos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente; dicha alteración implica cambiar el objeto de protección por otro ajeno al proceso, a pesar que el nuevo medio e prueba tenga similitud con el verdadero objeto de protección".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 269.

D 0531 "De conformidad con la RAE, el verbo "inutilizar" implica: "Hacer inútil, vano o nulo algo", es decir, el agente delictual invalido en todos sus extremos los registros o documentos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 270.

D 0532 "El delito analizado resulta ser un tipo penal de acción, por la misma propiedad de los verbos rectores: "sustraer", "ocultar", "cambiar", "destruir" e "inutilizar". Por lo tanto, no es posible la forma omisiva propia, toda vez que el legislador no regulo de manera expresa la conducta omisiva, requisito necesario para su admisión. Por otro lado, es posible la omisión impropia, en la medida que el sujeto cualificado, funcionario o tercera persona, designado como custodio, omite cumplir su deber de custodio, permitiendo que una tercera persona emita la conducta delictiva en cualquiera de los verbos rectores".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 270.

D 0533 "Sustraer es quitar la cosa de la esfera de custodia en que se halla, pero no equivale al apoderamiento propio del hurto, puesto que basta con la acción y la voluntad de desapoderar de la cosa al legitimo tenedor, pero no es necesaria la voluntad de apoderarse de ella, es decir, de disponerla para sí o para un tercero; es suficiente, entonces, el desapoderamiento, aunque sea momentáneo, sin otro animo que el consumar dicho desapoderamiento".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 229.

D 0534 "Ocultar es esconder o hacer desaparecer el objeto, d modo que no pueda ser encontrado o tenido a disposición en el momento en que debe ser utilizado. Esta noción ya está indicando que el acto puede ser temporal. No es necesario sacar la cosa o el documento; basta transformarla en inaccesible para quien tiene la custodia, de manera que potencialmente se prive a la administración del uso oportuno del objeto".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 229.

D 0535 "Destruirla significa arruinarla materialmente, de modo tal que no sirva ya para el destino de prueba o de servicio público para los cuales se la conservaba".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, pp. 229 y 230.

D 0536 "Inutilizarla es volverá inidónea para esos fines, quitándole las características que la hacía útil en ese sentido, sin que sea necesario que se la arruine, aun cuando se la mejore".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 230.

D 0537 "Objeto material de la acción son los objetos custodiados con la finalidad de utilizarlos como medios de prueba, de registros o de documentos. La palabra objeto debe interpretarse en sentido amplio, comprendido las cosas o los documentos –públicos o privados– que puedan ser meritados como elementos de convicción, y para cuya seguridad se hubieran puesto en custodia".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra La Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 230.

D 0538 "Requisito común a todos los objetos enunciados es la vigencia de una custodia oficial sobre ellos. Tiene que tratarse de objetos, registros o documentos confiados a la custodia de un funcionario o de otra persona, y puesto que estamos en el campo de los delitos contra la administración, habrá de tratarse de una custodia oficial, es decir, de naturaleza pública; como detentados de ella puede actuar un particular (...), para lo cual se requiere que la custodia haya sido instituida por un funcionario competente para disponerla o proceda de una

disposición de la ley, (...). Quiere decir, por lo tanto, que la expresión típica "confiados a la custodia" hace referencia a la custodia oficial o legalmente instituida, descartando la entrega en virtud de una particular confianza en el depositario".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, pp. 230 y 231.

D 0539 "El delito se consuma con el quebrantamiento de la custodia en que el objeto se halla, por medio de alguna de las acciones típicas antes descriptas".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 231.

D 0540 "El supuesto típico de sustracción se configura cuando el agente saca, sustrae, quita o aleja el bien mueble, registro o documento del lugar donde se encuentra. El sujeto activo intencionalmente aleja la cosa de la esfera de custodia a la que está sometida".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 232.

D 0541 "La acción típica de ocultar se configura cuando el agente dolosamente esconde los bienes muebles, registros o documentos de la vigilancia u ojos del encargado de custodiarlos. Incluso, el mismo custodio puede ocultarlo para no entregarlo cuando le sea requerida su presentación por la autoridad competente".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 232.

D 0542 "El supuesto típico de cambiar se presenta en la realidad cuando el sujeto activo dolosamente sustituye o cambie el bien mueble, registro o documento destinado a ser prueba en un proceso por otro similar de menor o mayor sobre el cual o hay relación funcional de custodia".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 233.

D 0543 "En tanto la acción de destrucción se configura cuando el agente en forma dolosa aniquila o destruye el bien mueble, registro o documento destinado a ser prueba en un proceso judicial o administrativo. El agente puede ser un tercero o la misma persona encargada de custodiarlo".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 233.

D 0544 "La acción típica de inutilización se configura cuando el agente dolosamente inhabilita, incapacita, imposibilita, invalida, estropea o malogra el bien mueble, registro o documento destinado a ser prueba en un proceso, al punto que no puede al final cumplir con su objetivo".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 233.

D 0545 "De la lectura del tipo penal se deduce que el objeto sobre el cual se dirige la acción típica del agente lo constituyen los objetos, registros y documentos, cuyo destino es servir de prueba en un proceso judicial o administrativo".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 234.

D 0546 "El mismo tipo penal indica que los objetos, registros o documentos deben estar dirigidos o mejor, deben tener como destino prioritario el de servir de prueba en un proceso. No se configura el delito cuando el agente sustrae, para destruirlo, un objeto dado en custodia sin destino probatorio.

De ahí que es lugar común en la doctrina penal argumentar que para que se configuren los supuestos delictivos es *conditio sine qua non* que se acredite la preexistencia de un proceso en pleno tramite, ya sea de carácter administrativo, parlamentario o judicial".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 234 y 235.

D 0547 "Los objetos, registros o documentos sobre los cuales se dirige la conducta del agente, deben estar en custodia o vigilancia a cargo de un funcionario, servidor público o de un tercero al que se le haya delegado tal función estatal. Se entiende que el encargo de custodia o vigilancia ha sido dispuesto por autoridad competente y en pleno ejercicio de sus funciones. Esto significa que la acción del agente debe ser después de que el objeto, registró o documento, destinado a servir de prueba en un proceso, ha sido colocado en custodia o vigilancia. Si la conducta del agente se desarrolla antes de aquel acto oficial, el delito no aparece".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 235.

D 0548 "Conforme lo anotado, la tipificación penal *–in comento–*, se orienta a prohibir las conductas que de forma específica significan una grave perturbación a la actividad probatoria que de desarrollo en el seno de un procedimiento judicial y/o administrativo".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 200.

D 0549 "El "medio de prueba" es aquel objeto, instrumento u documento, que el sujeto procesal empela para la acreditación de un determinado hecho (factum), para generar convicción y certeza en la mente del juzgador o de la instancia administrativa competente; entre estos tenemos a la prueba documental (manuscritos, impresos, fotocopias, fax, películas, fotografías, disquetes, radiografías, representaciones gráficas, dibujos, soportes informáticos, la telemática en general y cualquier objeto que pueda recoger, contener o representar un hecho). Los libros contables, actas, así como otros registros donde se hace constar un determinado hecho,

también el cuerpo del delito y los instrumentos de ilícito comercio (armas, droga, maquinaria en general) que han sido incautados por las autoridades competentes, ingresan a dicha calificación probatoria. Podemos incluir también las vestimentas, en general a todo objeto que tienen a probar un hecho".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 201.

D 0550 "Todos estos objetos, para ser considerados como medios de prueba deben ser incorporados como tal al proceso, por parte de la autoridad competente, sea por el órgano administrativo o el órgano jurisdiccional, lo cual puede proceder de oficio o a solicitud de la parte legitimada (principio de proposición probatoria)".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 201 y 202.

D 0551 "Aspecto seguido a saber, es el referido a los verbos nucleares contenido en el enunciado normativo; primero se hace alusión a la "sustracción", acción que importa el apoderamiento del objeto, trasladándolo a un lugar ajeno a donde ha tomado lugar su custodia, por parte del funcionario público; ha de existir una voluntad de apropiación del bien, como sucede en el delito de Hurto Simple, si el agente solo quería saber del contenido del documento y luego lo devuelve, no será esta modalidad, a menos que el tiempo de su desaparición puede ser reputado como su ocultamiento, siempre que haya tomado lugar en un intervalo de tiempo significativo".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 202.

D 0552 "La "inutilización" supone por parte, hacer disfuncional el objeto, desprenderlo de sus elementos esenciales, haciéndolo inoperante para los fines propuestos".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 202.

D 0553 "La "destrucción", significa arruinarla materialmente, de tal modo que la convierta en inservible para su destino de prueba o de servicio público, (...)".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 202.

D 0554 "Cambiarlos implica sustituir o reemplazar el objeto, documento o registro por otro de estructura material semejante. Si se cambia un billete manchado en sangre depositado en la secretaria por otro de igual valor, no se comete malversación; pero sí el presente delito".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 203.

D 0555 "El "ocultamiento" hace alusión a la acción de colocar el objeto o el documento fuera del alcance de su custodio, comporta ubicarlo y desplazarlo fuera de la esfera de custodia del funcionario público. La diferencia con la sustracción, será que en el ocultamiento el objeto de prueba es colocado en un ambiente adscrito a la Administración, en cambio en la sustracción el documento es trasladado a una esfera de localización ajena a la Administración".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 203.

D 0556 "La custodia implica que el objeto haya sido especialmente confiado a la esfera de competencia legal de un funcionario o de otra persona y, en tal circunstancia el agente sustrae, oculta o cambia el objeto, registro o documentos, siempre que aquellos estén destinados a servir como medio de prueba en un procedimiento cognoscitivo; (...) quedando descartada la que surge de una entrega del objeto en virtud de la particular confianza que merece el depositario (p. ej., el abogado que recibe en mesa de entradas un expediente quedara comprendido en el tipo, pero no el que lo ha recibido de un colea en razón de la confianza que él le merece)".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 203.

3. Tipicidad subjetiva

D 0557 "Es un delito doloso. El autor del ilícito penal debe conocer el carácter de los objetos, de su destino y de la existencia de la custodia oficial que pesa sobre ellos. Asimismo, el agente debe actuar con la voluntad de quebrantar la custodia por medio de alguna de las acciones descritas en el tipo".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares.* 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 339.

D 0558 "Si la intención del agente, al destruir u ocultar los documentos bajo custodia de un funcionario, es lograr la impunidad, se configura el delito de Encubrimiento real (art. 405 del CP) y no el tipificado en el art. 372. Al ser el principal designio del sujeto activo dificultar la acción de la justicia, el bien jurídico que se pretende tutelar es diferente al tipo de sustracción, ocultación destrucción o inutilización de pruebas".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares.* 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 339.

D 0559 "Se trata de un delito doloso. En su aspecto cognitivo, el tipo penal requiere conocimiento de que se quebranta la custodia oficial, y en el aspecto volitivo, la finalidad de quebrar la custodia, no siendo necesario el ánimo de causar perjuicio alguno".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública.* 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 231.

D 0560 "La estructura del tipo penal evidencia que se trata tanto de un delito de comisión dolosa como culposa. No obstante, la culpa solo se admite en dos modalidades, destrucción e inutilización de los bienes, registros o documentos destinados a ser prueba en un proceso judicial o administrativo. Los demás supuestos del tipo penal solo son de comisión dolosa.

El dolo exige que el agente tenga conocimiento del vínculo oficial de custodia del bien mueble, registro o documento y de que la acción típica realizada lesiona o quebrante aquel vinculo funcional y, no obstante, en forma voluntaria actúa".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 237.

D 0561 "La figura delictiva es únicamente reprimible a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el agente dirige su conducta a destruir, sustraer, ocultar o a cambiar de un objeto, documento o registro, sabiendo que se trata de un medio de prueba".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 206.

4. Autoría y participación

D 0562 "Con relación a la autoría directa, es perfectamente posible en la medida que el agente delictivo cumpla materialmente, por si solo– con cualquiera de los verbos rectores, esto es: "sustraer"; "ocultar", "cambiar", "destruir" e "inutilizar"; dicha afirmación encuentra fundamento en la medida que el delito analizado resulta ser un delito de mera actividad. De la misma forma, es posible la autoría directa por omisión impropia, en la medida que sea el mismo custodio de los registros o documentos destinados quien omita el deber encomendado, permitiendo que un tercero ejecute la conducta delictual, bajo influencia de cualquiera de los verbos rectores".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 272.

D 0563 "Con relación a la autoría mediata, considero que es posible su admisión, en la medida que el hombre de atrás-autor mediato. Instrumentalice a un tercero, siendo este último quien, actúe bajo error o coacción. Se debe precisar que si bien e delito analizado resulta ser un delito de mera actividad –conforme se viene sosteniendo–, los verbos rectores vinculados a la norma prohibitiva no aparecen dotados de un alto nivel personalísimo propio del autor, como aparece en otros casos señalados en los capítulos anteriores. Por otro lado, asumo que no es posible la autoría mediata en el extremo del custodio de los registros o documentos destinados, por cuanto en dicho supuesto se advierte un alto nivel personalísimo propio del deber impuesto, presupuesto excluyente de las demás formas de ampliación del tipo penal".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 272 y 273.

D 0564 "Respecto a la coautoría, es posible su admisión, por tratarse de un delito de dominio. Es decir, se necesitará la existencia de un acuerdo previo, repartición de roles y un codominio funcional del hecho; sin embargo, no será posible aceptar dicha figura en el extremo del custodio de los registros o documentos destinados, por el mismo nivel personalísimo que tiene el custodio. De esta manera, en la medida que existan varios intervinientes, sean custodio o terceros no cualificados, se tendrá que recurrir a la figura de autorías paralelas".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 273.

D 0565 "El delito de atentados contra medios de prueba en el proceso no registra problema alguno para admitir las diversas forma de participación delictual, es decir, es posible admitir complicidad primaria y secundaria, debiéndose recurrir al principio de accesoriedad limitada –considerando los criterios cualitativos y cuantitativos– y en términos similares, en el extremo del custodio de los registros o documentos destinados; conforme indica la parte final del artículo 25 del CP, esto es, bajo las reglas de la unidad del título de imputación".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 273.

D 0566 "Si dos o más son los que sustraen los objetos o los documentos, al compartir el co-dominio funcional del hecho, serán reputados como Co-autores.

Si es que intervienen otros que no cuentan con el dominio del hecho, aportando una contribución importante –a efectos de realización típica–, serán reputados partícipes (cómplices) y los que convencen al autor a perpetrar el delito, responden a título de instigadores".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 200.

5. Tentativa y consumación

D 0567 "El delito se consuma con el quebrantamiento de la custodia en que la cosa se encuentra. Por esta razón, las acciones de sustraer, ocultar, cambiar, destruir o inutilizar han de ser idóneas para lograr enervar el resguardo de los objetos destinado a servir de prueba".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 340.

D 0568 "El delito admite tentativa. Pueden ser actos e tentativa comenzar la sustracción sin llegar a quitar la cosa de la esfera de custodia, disimularla para ocultarla sin haberlo logrado, alterarla para inutilizarla sin conseguir privarla de eficacia probatoria o de la que la cosa asume para el servicio público".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 232.

D 0569 "Por su parte, la hipótesis de ocultamiento adquiere perfección delictiva, cuando el autor coloca el objeto en un lugar ajena a su esfera de custodia, dándose de forma instantánea, así como el cabio del registro por otro, cuando se verifica la sustracción.

En todas las modalidades del injusto penal, no resulta necesario acreditar la causación de un perjuicio al derecho de un tercero".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 205 y 206.

D 0570 "Puede advertirse un delito tentado sobre todo en las modalidades de destrucción e inutilización cuando el agente no logra (por motivos ajenos a su voluntad) provocar la disfuncionalidad del objeto; en el caso del supuesto de ocultamiento, cuando el autor es aprehendido pretendiendo desplazar el registro a un lugar ajeno a su localización de custodia".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 206.

D 0571 "El delito analizado, respecto a la conducta, resulta ser u delito de mera actividad, por cuanto, con la sola conducta delictiva expresada en cualquiera de los verbos rectores, se estaría consumando el tipo penal mencionado, el cual no requiere resultado ulterior para lograr el perfeccionamiento típico".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 270.

D 0572 "El delito analizado alcanza su perfeccionamiento en la medida que la conducta prohibida desplegada por el agente delictivo calce en cualquiera de las modalidades típicas determinadas por los verbos rectores, esto es: "sustraer", "ocultar", "cambiar", "destruir" e "inutilizar", por cuanto, este delito resulta ser un delito de mera actividad".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 272.

D 0573 "La forma agotada aparece evidenciada en la medida de que se generen hechos con posterioridad al acontecer delictual, determinado por los cinco verbos rectores. Por ejemplo, producto de la afectación de los registros o documentos destinados a servir de prueba ante autoridad competente, se logró la absolución del acusado, por lo tanto, se deberá recurrir a cada caso concreto según el verbo rector invocado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 272.

D 0574 "Los supuestos delictivos se perfeccionan en el momento en que se materializan los verbos rectores que los representan. Por ello, se afirma que el delito es de naturaleza activa y de consumación instantánea. En efecto, en el momento en que el sujeto activo materializa la sustracción, el ocultamiento, el cambio, la destrucción o inutilización de los objetos muebles, registros o

documentos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente que sustancia un proceso, confiados a la custodia de un funcionario o de otras personas, estaremos ante la consumación del delito. Antes de que se produzcan o materialicen aquellas acciones estaremos ante la tentativa".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 237 y 238.

D 0575 "La perfección delictiva del delito *–in exammine–*, ha de verse conforme cada supuesto delictivo en particular; en lo que respecta a la destrucción, la consumación se adquiere cuando el objeto es eliminado en su integridad estructural, (...) en el momento en que el bien ya no está en condiciones de seguir proporcionando su inherente funcionalidad; el supuesto de inutilización toma la perfección de forma semejante".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 205.

D 0576 "En lo concerniente a la variante de sustracción, la consumación toma lugar cuando el agente se apropia del objeto probatorio desplazándola a una nueva esfera de custodia con el ánimo de su apropiación; si es que el autor desplaza el bien fuera de la esfera de custodia de la Administración para luego destruirlo, se dará la modalidad de destrucción".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 205.

XIV

SUSTRACCIÓN DE OBJETO REQUISADO

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 373 **Sustracción de objeto requisado**

El que sustrae objetos requisados por la autoridad, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico penal

D 0577 "Genéricamente, el bien jurídico protegido es el normal desarrollo de la Administración Pública. De manera específica, el objeto de tutela penal es el interés del Estado en garantizar la existencia bajo custodia de determinados objetos que son o serán en el futuro de interés para la Administración Pública".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 341.

D 0578 "El bien jurídico genérico es la recta o correcta Administración Pública. En cambio, el objeto específico de protección penal es el interés del Estado de garantizar la existencia bajo custodia de determinados objetos que son o serán el futuro de interés para la Administración Pública".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 241.

2.2. Sujeto activo

D 0579 "En lo que respecta a los sujetos de la relación delictiva, autor de este injusto penal puede ser cualquier persona, sin embargo, si aquel es el funcionario y/o servidor público, encargado de la custodia del bien requisado no podrá darse este delito, sino que al implicar una grave ofensa a los deberes funcionariales de conservación y protección del bien, configura el delito de Peculado, según los términos normativos del artículo 387 del CP".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 208.

D 0580 "El tratarse de un delito común, sujeto activo puede serlo cualquiera. El tipo no exige especial cualificación en el agente".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 341.

D 0581 "El delito aludido se trata de un delito común, por lo tanto, el sujeto activo puede ser cualquier persona con capacidad de reprochabilidad. Dicha afirmación encuentra fundamento en cuanto a que la descripción típica inicia con el pronombre impersonal "el que", además de ello, el supuesto de hecho no exige institución positiva que fundamente un deber especial".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 275 y 276.

D 0582 "Autor puede ser cualquier persona al tratarse de un delito común. El tipo penal no exige alguna cualidad o calidad especial en la persona del agente. Puede ser tanto un funcionario o servidor público como un particular".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 242.

2.3. Sujeto pasivo

D 0583 "Es el Estado como titular del bien jurídico vulnerado".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 341.

D 0584 "El Estado aparece como sujeto pasivo, por cuanto es el "titular del bien jurídico", es decir, es el titular de los diversos bienes jurídicos de naturaleza colectiva y pública".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 276.

D 0585 "El sujeto pasivo siempre será el Estado al constituirse en el único titular del bien jurídico protegido, como es la correcta Administración Pública".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 242.

D 0586 "Sujeto pasivo del delito es el Estado, como titular de todas las actuaciones funcionariales que toman lugar en el seno de la Administración Pública".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 208.

2.4. Conducta típica

D 0587 "El artículo 373 del CP, viene a recoger aquellas conductas –cuyo disvalor–, se manifiesta en un atentado contra el principio de Autoridad y contra la integridad de los objetos que son requisados por la Administración, pues cuando aquellos ingresan a la esfera de custodia del funcionario público no pueden ser poseídos por los particulares (administrados)".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 207.

D 0588 "Ahora bien, la redacción normativa hace alusión al verbo típico: sustracción, connotando la misma naturaleza que el verbo empleado en el artículo 372 del CP, en cuanto el autor ha de ejercer primer un acto de apoderamiento, sustrae el objeto de la custodia de la autoridad competente, trasladando al bien a otro lugar, a efectos de ejercer una nueva posesión de dominio, como acontece en el delito de hurto simple".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 209.

D 0589 "Los medios por los cuales se vale el agente para apoderarse ilícitamente del objeto, han de ser todo tipo de destreza conductiva que no importe violencia y/o amenaza; de presentarse en el trayecto de la realización típica, dichos medios comisivos, habríamos (sic) que negar la tipicidad del presente delito y trasladar la tipificación al delito de Robo (agravado), al producirse el desplazamiento mediante un acto típico de violencia".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 209.

D 0590 "Por otro lado, como se dice en la doctrina nacional, la figura penal presupone que existan objetos que hayan sido requisados por la autoridad. Esto define un estado previo material de existencia de objetos para que pueda ser típica la acción de sustraer. Ello importa que el objeto haya ingresado a la esfera de custodia de la autoridad competente, en merito a dicho título, sea como requisa u objeto incautado".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 209.

D 0591 "La acción típica consiste en sustraer objetos requisados por la autoridad.

Sustraer es quitar, arrancar o alejar el objeto requisado de la esfera de custodia en que se encuentra. No equivale al apoderamiento propio del hurto. Basta, en este caso, desapoderar de la cosa –aunque sea momentáneamente– al legítimo tenedor.

No se precisa que el agente quiera disponer, para sí o para un tercero, de los objetos requisados".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares.* 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 341.

D 0592 "El objeto requisado es aquel que se obtiene luego de una incautación efectuada por la autoridad competente, en virtud de la sospecha o presunción de procedencia ilícita o de su futuro empleo para la consumación de un delito. La requisa es, propiamente, un procedimiento técnico y formal de carácter policial, administrativo, fiscal o judicial".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares.* 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 342.

D 0593 "Por otro lado, el agente debe sustraer los objetos requisados por la autoridad competente. De lo contrario, si el funcionario o servidor público intenta requisar los bienes abusando de su cargo, bien puede el agredido no solo recuperarlos de manera inmediata (en legítima defensa de su patrimonio), sino sustraerlos lícitamente del lugar donde se encuentran".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 342.

D 0594 "Según la RAE, el verbo "sustraer" proviene del latín *substrahere*, es decir, "apartar, separar, extraer". Por lo tanto, el agente delictual traslada de la esfera de custodia o dominio de la autoridad –pública–, los objetos materia de requisa, ingresando dichos objetos a la esfera de dominio del autor delictivo o de un tercero. Dicha sustracción puede ser de cualquier forma, por cuanto, la técnica legislativa no advierte de forma específica, de modo tal que puede darse mediante medio violento, amenazante, ausencia, ardid, etc.".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 276.

D 0595 "El delito mencionado hace mención a objetos requisados por autoridad competente, es decir, se trata de cualquier objeto incautado por autoridad competente en el ejercicio de las funciones".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 276.

D 0596 "De la misma forma, se deberá tener presente que, la autoridad interviniente además de operar en razón del cargo, tiene que tener la facultad para realizar la requisa o incautación, por cuanto no todas las autoridades están dotadas de dicha prerrogativa, por ejemplo, un alcalde, un especialista judicial o un asistente en función fiscal, no tiene la autoridad para incautar los objetos provenientes de un delito, siendo que lo debe ordenar el juez o fiscal penal".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 277.

D 0597 "Este es un delito de acción, por la misma naturaleza del verbo rector "sustraer", no siendo posible la figura omisiva (propia e impropia), en razón de que no existe expresamente el verbo "omitir". Respecto a la figura de omisión propia, tampoco se advierte una norma de mandato o deber específico que genere el deber de salvamento respecto al autor con el bien jurídico, criterio propio de la omisión impropia".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 277.

D 0598 "La conducta típica en forma objetiva se configura cuando el agente o sujeto activo realiza el acto de sustraer objetos requisados por la autoridad de la esfera de vigilancia donde se encuentran".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 239.

D 0599 "Se entiende por sustracción todo acto que realiza el agente para arrancar o alejar el bien requisado de la esfera de vigilancia del encargado de custodiarlo. Se configura con los actos que realiza el agente con la finalidad de romper la esfera de vigilancia del encargado de la custodia y tomarlo para luego desplazarlo a su esfera de dominio.

(...) No es relevante para perfeccionar el delito determinar la finalidad que le dará el agente al objeto sustraído; si lo destruye, regala, deja tirado, lo vende, esconde, etc.

Objetivamente debe haber actos de desplazamiento por parte del agente del bien objeto del delito, caso contrario el delito no aparece".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 239 y 240.

D 0600 "El otro elemento que debe acreditarse es que el objeto de la sustracción realizado por el agente debe constituir un objeto requisado por la autoridad competente en el normal ejercicio de sus funciones.

La requisa es un procedimiento técnico común de carácter policial, administrativo, fiscal o judicial por el cual se incautan objetos que la autoridad presume proviene o tienen procedencia delictiva o, en el mejor de los casos, que serán utilizados en el futuro para cometer hechos punibles".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 240.

D 0601 "Luego que la autoridad competente requisa o incauta un bien siempre lo coloca en custodia o vigilancia de una persona que muy bien puede ser un funcionario, servidor público o un tercero".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 241.

3. Tipicidad subjetiva

D 0602 "Es un delito doloso. El agente sabe que los objetos que sustrae han sido requisados por la autoridad, sin embargo, actúa con la voluntad de quitarlos de la esfera de custodia en que se hallan".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 342.

D 0603 "El delito mencionado es un delito de comisión dolosa, es decir, necesita que el agente delictual actúe con pleno conocimiento y manifiesta voluntad de sustraer los objetos requisados, advirtiéndose un dolo directo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 278.

D 0604 "De la lectura del tipo penal, inmediatamente se cae en la cuenta que se trata de un delito de comisión dolosa, no cabe la comisión por culpa del agente.

El sujeto activo procede con conocimiento de que el bien ha sido requisado por la autoridad competente; sin embargo, voluntariamente lo sustrae del lugar donde se encuentra. Se saca de la esfera de vigilancia del que lo tiene en su poder".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 242.

4. Autoría y participación

D 0605 "Puede presentarse una autoría mediata, cuando el hombre de atrás se aprovecha la ignorancia del hombre de adelante, para sustraer los objetos, al haberle señalado que se trata de bienes de libre disposición. Una Co-autoría es perfectamente admisible, cuando dos se reparten las tareas y así emprenden la realización típica, uno hace de campana mientras el otro se apodera del objeto".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 208.

5. Tentativa y consumación

D 0606 "El delito se consuma cuando el agente sustrae el objeto de la esfera de resguardo de la autoridad.

Es un delito de mera actividad, pues se perfecciona con el simple sustraer el bien no requiriéndose acreditar un real daño o perjuicio al Estado".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 342.

D 0607 "El delito analizado –respecto a la conducta– resulta ser un delito de mera actividad, por cuanto, con la sola conducta delictiva expresada se estaría consumando el tipo penal mencionado, no admitiéndose la tentativa".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 277.

D 0608 "El delito analizado alcanza su perfeccionamiento en la medida que la conducta prohibida, desplegada por el agente delictivo, encuentre subsunción en el verbo rector "sustraer", resultando ser un delito de mera actividad".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 278.

D 0609 "La forma agotada aparece evidenciada en la medida de que se generen hechos con posterioridad al acontecer delictual, determinado por los cinco verbos rectores. Por ejemplo, producto de la afectación de los registros o documentos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente se logró la absolución del acusado. De esta manera, se deberá recurrir a cada caso concreto según el verbo rector invocado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 278.

D 0610 "El delito se perfecciona o alcanza el nivel de consumación cuando el agente logra efectivamente sustraer el (los) objeto (s) requisados por la autoridad competente. Se requiere que el autor o sujeto activo haya separado el bien de la esfera de custodia de la administración.

Es un delito de mera actividad, pues se perfecciona con el simple sustraer del bien. No se requiere acreditar un real daño o perjuicio al Estado. Es un delito de comisión instantánea, es decir, se perfecciona en el instante en que el agente logra la sustracción del objeto requisado".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 243.

D 0611 "La acción de sustracción, sin duda, puede quedarse en el grado de tentativa. Ello se configura cuando el agente, en instantes en que se dispone a sustraer el objeto requisado por autoridad competente, es descubierto".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 243.

CAPÍTULO IV

Desacato

I

DESACATO

1. Descripción legal

TEXTO ORIGINAL

Artículo 374 **Desacato**

El que amenaza, injuria o de cualquier otra manera ofende la dignidad o el decoro de un funcionario público a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de ejercerlas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

Si el ofendido es Presidente de uno de los Poderes del Estado, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años[16].

16 Artículo derogado por el artículo único de la Ley N° 27975, publicada el 29 de mayo de 2003 en el diario oficial *El Peruano*.

II

PERTURBACIÓN DEL ORDEN EN EL LUGAR DONDE LA AUTORIDAD EJERCE SU FUNCIÓN

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 375 **Perturbación del orden en el lugar donde la autoridad ejerce su función**

El que causa desorden en la sala de sesiones del Congreso o de las Cámaras Legislativas, de las Asambleas Regionales, de los Consejos Municipales o de los Tribunales de Justicia u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones o el que entra armado en dichos lugares, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas.

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico penal

D 0612 "El objeto de protección vendría ser el normal funcionamiento de las sesiones que se producen en el Parlamento como en las Asambleas Regionales, de los Consejos Municipales o de los Tribunales de Justicia, así como de la seguridad de todos aquellos que participan en dichas actividades políticas, legislativas y jurisdiccionales, ante los actos de perturbación que perpetra el agente del delito".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 213.

D 0613 "El bien jurídico penalmente tutelado, en forma genérica, es el normal desarrollo de la Administración Pública. Para que los funcionarios o miembros de los órganos públicos ejerzan debidamente sus funciones precisan de un ambiente en el cual no se perturben u obstaculicen sus actividades. Por otro lado, es necesario garantizar el respeto debido a los cuerpos legislativos, a los representantes municipales y a los órganos jurisdiccionales colegiados que ejercen funciones públicas (lo que no impide que también se proteja el orden en los lugares en donde otras autoridades ejercen su función)".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares.* 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 343.

D 0614 "Desde una perspectiva genérica, el objeto de tutela resulta ser la correcta Administración Pública; de manera específica, se pretende proteger la funcionalidad de las instituciones públicas, manifestada en los actos desplegados por sus funcionarios o servidores públicos".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Cuestiones sustanciales y procesales. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 285.

D 0615 "Lo que protege el inciso 1, de este artículo, es el normal ejercicio de la función pública, en tanto el hecho típico implica un ataque contra la forma extrínseca del acto, afectando la dignidad o el decoro de su realización. En otras palabras, es un atentado en contra de la compostura externa del acto. De tal manera, corresponde concluir que el bien cuya tutela se procura es el regular y eficaz desenvolvimiento practica de las actividades públicas".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 127.

D 0616 "Sin duda, aquí también se pretende proteger de manera genérica el correcto desarrollo o desenvolvimiento de la Administración Pública, no obstante, el bien jurídico específico lo constituye el normal funcionamiento de las instituciones públicas importantes para el país. Concretamente se protege la libertad del ejercicio funcional en cuanto al desarrollo ordenado y normal de las actividades de las instituciones públicas como son el Congreso, las asambleas regionales, los concejos municipales o los tribunales de justicia".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 248.

2.2. Sujeto activo

D 0617 "Puede serlo cualquiera. El tipo no exige una especial calidad personal en el agente".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 343)

D 0618 "El delito analizado resulta ser un delito común, es decir, la estructura típica no exige una cualidad especial en el agente delictivo, no advirtiéndose la presencia de una institución positiva que advierta la existencia de deberes especiales. Por lo tanto, el sujeto activo puede ser cualquier persona con capacidad de reprochabilidad, dicha afirmación incluye a los funcionarios o servidores públicos".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Cuestiones sustanciales y procesales. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 282.

D 0619 "Sujeto activo del delito es cualquiera, incluso puede serlo quien integra alguno de los cuerpos mencionados por tipo".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 127.

D 0620 "El sujeto activo o autor del delito en hermenéutica jurídica puede ser cualquier persona, tenga interés o no en el asunto que se trate en la sala de sesiones. El tipo penal no exige alguna cualidad especial en el agente. Se trata de un delito común. Puede ser tanto un particular como un funcionario o servidor público que pertenezca a la institución pública especificada en el tipo penal".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 248.

D 0621 "En cuanto a los sujetos de la relación delictiva, sujeto activo puede ser cualquier persona, no se ha fijado una cualidad especial para ser considerado autor, el hecho de ser funcionario y/o servidor público no ha supuesto la construcción de una circunstancia de agravación".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 214.

2.3. Sujeto pasivo

D 0622 "Es el Estado, por ser el titular del bien jurídico afectado".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 343.

D 0623 "Por la misma naturaleza del delito y su ubicación en el catálogo delictual, el Estado resulta ser el sujeto pasivo –por cuanto es el "titular del bien jurídico"–, toda vez que, por técnica de representación de intereses, la titularidad de la Administración Pública pertenece al Estado; de acuerdo al modelo constitucional vigente, el Estado aparece como titular de los diversos bienes jurídicos de naturaleza colectiva y pública".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Cuestiones sustanciales y procesales. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 282.

D 0624 "Sujeto pasivo, que es quien detenta la titularidad del bien jurídico, es el cuerpo, tribunal o autoridad actuante".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 127.

D 0625 "Sujeto pasivo del delito es el Estado, como titular de las actividades legislativas, regionales y municipales; así también es de verse, que pueden identificarse sujetos pasivos de la acción, los congresistas los jueces y miembros del Consejo Municipal".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 215.

2.4. Conducta típica

D 0626 "Consiste en causar desorden en los lugares donde los cuerpos colegiados, las llamadas corporaciones públicas (Congreso, Asambleas Regionales, Asamblea de los Consejos Municipales de los Tribunales de Justicia) o cualquier otra autoridad ejercen sus funciones".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 344)

D 0627 "El legislador penal también ha establecido como acción típica el entrar armado en la Sala de Sesiones del Congreso, Municipio, Poder Judicial o en cualquier otro lugar en donde las autoridades están ejerciendo la función. Se debe entender que el arma con la que se ingresa es aquella que se califica como propia o impropia y que el sujeto activo debe tenerla en un lugar visible o esgrimirla en forma amenazante en contra de las funciones o cualquiera de los asistentes al acto funcional. De otra manera, no vemos como se produciría perturbación del orden en el lugar en donde la autoridad ejerce la función, como se impediría el ejercicio normal del acto funcional, ni cómo se pondría en riesgo el bien jurídico penalmente tutelado".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, pp. 344 y 345.

D 0628 "Para diferenciar esta modalidad del Desacato, que introduce en forma implícita la amenaza contra la autoridad, del delito de Violencia y resistencia (arts. 365 y 366 del CP) quizá fuere preferible considerar como intimidación y, por ende, violencia y resistencia, el amenazar al funcionario mediante actos o palabras que supongan una coacción directa de hacer o no hacer un acto propio del cargo, mientras que encajaría en el tipo descrito en el art. 375 del CP las amenazas abstractas de carácter imprecatorio. Por ejemplo, el agente exhibe el arma en una audiencia judicial y dice que, así como los vocales condenan a inocentes, serán eternamente apuñalados en el infierno".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 345.

D 0629 "Causar desorden es perturbar, alterar el orden del curso normal de una actividad. En el tipo bajo análisis el agente altera o perturba el orden en las sesiones de las Corporaciones Públicas señaladas u ocasiona o promueve el caos en el lugar donde otras autoridades ejercen la función pública. No interesa la forma como el sujeto activo lugar alterar el orden".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 345.

D 0630 "Se debe precisar que las sesiones que el sujeto activo perturba deben ser aquellas en las que las Autoridades Públicas están ejerciendo su función. No se configura el delito, por ejemplo, cuando el agente altera el orden en una ceremonia de condecoración a un Congresista, Alcalde o Vocal de la Corte Suprema. Esto a pesar de que la perturbación sea realizada en el recinto parlamentario, municipal o en la Sala de Audiencias del Tribunal de justicia.

Lo que resulta relevante en el ámbito penal es que se perturbe el orden y, con ello, se impida el normal desarrollo de la actividad funcional (no abarcando esta actividad las ceremonias de protocolo u homenajes institucionales)".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 346.

D 0631 "La acción desplegada por el agente no se circunscribe –para que se configure el tipo– a la Sala de Sesiones del Congreso, de las Asambleas Regionales, de los Consejos Municipales de los Tribunales de Justicia, sino que puede ser llevada a cabo en cualquier otro lugar donde las Autoridades Públicas desarrollan sus actividades. Así se debe interpretar la fórmula genérica o amplia utilizada por el legislador: "(...) u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones"".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 346.

D 0632 "Según la RAE, el verbo "desordenar" significa "confusión y alteración del orden", por lo tanto, el agente delictual que causa inestabilidad o caos durante sesiones del Congreso o de las Cámaras legislativas, de las Asambleas Regionales, de los Consejos Municipales o de los Tribunales de Justicia u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones, consuma automáticamente el tipo penal, siendo irrelevante los actos ulteriores, por ejemplo, el truncamiento de la sesión o perdida de alguna moción o pretensión en disputa".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 282.

D 0633 "Es necesario precisar que, el desorden aludido tiene que manifestarse en el interior del hemiciclo congresal, caso contrario, la figura no calzaría en el tipo penal invocado. Por ejemplo, si Juan Pérez arremete con arengas sociales y diversas silbatinas en las afueras del Congreso de la República, exigiendo la derogación de leyes que afectan sus beneficios sociales, no configura el delito".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 283.

D 0634 "De conformidad con el art. 3 de la Ley N° 27683, se precisa quienes son los miembros de los Gobiernos Regionales, así tenemos: el presidente, vicepresidente y los miembros del consejo regional. Por lo tanto, dichas personas son los responsables de habilitar las sesiones de las diversas asambleas convocadas en os diferentes gobiernos regionales a nivel nacional; en ese sentido, el tipo penal alcanza perfeccionamiento en la medida que el agente delictual –que puede ser os mismos consejeros regionales– realiza desorden o alboroto en plena sesión".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 283.

D 0635 "El art. 1 de la Ley N° 26864 señala quienes son los miembros de los consejos municipales, esto es, alcaldes y regidores. En ese sentido, dichas personas son los sujetos habilitados para sesionar en las audiencias de los consejos municipales, entendiendo que el tipo penal alcanzara su perfeccionamiento en la medida que el agente delictual realice actos de desorden o desbandes durante el desarrollo de las citadas sesiones".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 283.

D 0636 "En este supuesto, nos remitimos a cualquier tipo de juzgados a nivel nacional, es decir, desde los juzgados de paz, juzgados especializados (unipersonales y colegiados), hasta las salas superiores y supremas de las diversas especializadas (civil, penal, laboral, constitucional, etc.). por lo tanto, el tipo penal alcanza perfeccionamiento en la medida que el agente delictual emita una conducta dotada de desorden. Dicho accionar prohibido tendrá que ser manifiesto una vez instalada en la audiencia, conforme se puede advertir de la misma redacción típica".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 283.

D 0637 "El tipo penal no hace distinción de la clase de armas, sino que utiliza una fórmula indeterminada, resultando admisible comprender entre estas: las armas propias (de disparo, revólveres, pistolas, fusiles, ametralladoras, escopetas, etc.), considerándose las armas blancas (instrumentos punzo cortantes y contuso: cuchillos, puñales, machetes, hachas, etc.); armas impropias (martillos, fierros, palos, piedras, vidrios, desarmadores, etc.); y armas aparentes (armas de fuego descargadas, deterioradas, imitaciones de armas); pero que posean evidente efecto intimidatorio y le confieran a quien los usa mayor poder ofensivo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 284.

D 0638 Por lo tanto, el agente delictual será el que ingresa armado a las sesiones del Congreso o de la Cámaras legislativa, de las asambleas regionales, de los consejos municipales o de los tribunales de justicia u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones y mantenga de manera visible el arma. Caso contrario, al encontrarse escondida dicha arma de fuego, no tendría contenido penal dicha conducta, por la misma redacción típica. En ese sentido, el tipo penal no exige que el agente delictual use el arma, basta la sola posesión y su visualización ante los miembros participantes de las sesiones respectivas".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 284.

D 0639 "El hecho descripto como típico importa un atentado a la compostura externa del acto funcional y menoscaba el orden necesario para el normal ejercicio de las funciones públicas. Vulnera por ese motivo el correcto desenvolvimiento de la administración como tal, pero en este caso el sujeto pasivo es el cuerpo, el tribunal o autoridad actuante".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 126.

D 0640 "La acción típica es la de perturbar el orden en las sesiones de los cuerpos legislativos nacionales o provinciales, en las audiencias los tribunales de justicia o dondequiera que una autoridad este ejerciendo sus funciones".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 127.

D 0641 "Consiste la acción, en síntesis, en producir, mediante actos, violentos o no, dirigidos a la autoridad o a los concurrentes, inquietud, molestias, disturbios en el local, o el lugar, en donde se encuentre en funciones el cuerpo legislativo, el tribunal u otra autoridad pública, nacional, provincial o municipal".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 127.

D 0642 "Al ser un delito contra la autoridad, deben hallarse estas ejerciendo sus funciones: faltara, por tanto, tipicidad, cuando la perturbación se produzca fuera de esas circunstancias (por ej.: alterar el orden de una sala de audiencias cuando aún no ha dado comienzo el acto)".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 127.

D 0643 "La primera modalidad se configura cuando el agente causa desorden en la sala de sesiones o audiencias de las instituciones públicas que especifica el tipo penal. La conducta se concreta cuando las instituciones públicas están en plena sesión o en su caso, en plena audiencia. Si no hay sesión o audiencia, el delito no se verifica así el agente ingrese a los citados recintos y cause desorden en los bienes que allí se encuentren".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 246.

D 0644 "El recinto o lugar público donde se concreta la conducta delictiva será l habitual sala de sesiones del Congreso, de las asambleas regionales, de os consejos municipales o la habitual sala de audiencias de los tribunales de justicia u otro lugar donde estas autoridades públicas ejerzan sus funciones. Esta última frase debe interpretarse en el sentido que igual se verifica el delito si el lugar a donde ingresa el agente a causar desorden no es la habitual sala de sesiones o audiencias, sino otro lugar donde el Congreso, la asamblea regional o el concejo municipal ha decidido sesionar. O en su caso, otro lugar donde el Tribunal de Justicia ha decidido realizar la audiencia".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 246.

D 0645 "La segunda modalidad se verifica con el solo ingreso del agente armado en los recintos antes citados en circunstancias en que se encuentran en plena sesión o audiencia los funcionarios o servidores públicos del Congreso, la asamblea regional, el concejo municipal o un tribunal de justicia".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 247.

D 0646 "Entrar armado es el acto de ingresar a los citados recintos premunido o portando un arma, es decir, un instrumento como puede ser un revolver, metralleta, arcos, ballestas, puñales, hachas, verduguillos, cuchillo, picos, martillos, vidrios, etc.".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 247.

D 0647 "(...) En efecto, el primer supuesto es de resultado instantáneo, la conducta del agente se perfecciona cuando el agente logra causar desorden en la sala de sesiones del Congreso Nacional, de la asamblea regional, del concejo municipal, o en la sala de audiencias de un tribunal de justicia".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 250.

D 0648 "En cambio, en la segunda hipótesis delictiva se perfecciona con el solo ingreso del agente a la sala de sesiones del congreso nacional, de la asamblea regional, del concejo municipal, o en la sala de audiencias de un tribunal de justicia. Este último supuesto se trata de una conducta de mera actividad. No se necesita acreditar que el agente haya logrado algún objetivo. Basta que se verifique que ingresó portando algún arma".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 250.

D 0649 "Ahora bien, vemos que el artículo 375, se orienta a criminalizar aquellos desordenes que toman lugar en la "sala de sesiones del Congreso o de las Cámaras Legislativas, de las Asambleas Regionales, de los Consejos Municipales o de los Tribunales de Justicia u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones", como primera modalidad típica y como segunda modalidad del injusto: "cuando alguien entra armado en dichos lugares".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 213.

D 0650 "Según la redacción normativa, el lugar donde ha de acontecer la conducta prohibida puede extenderse a otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones, es decir todo aquel recinto donde se desarrolla una actividad dirigida por una autoridad pública susceptible de ser perturbada".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 214.

D 0651 "En lo concerniente a las modalidades típicas, del legislador ha glosado dos variantes del injusto; la primera de ellas, supone "provocar desorden en la sala de sesiones del Congreso o de las Cámaras Legislativas, de las Asambleas Regionales, etc."; debe manifestar una grave perturbación al normal funcionamiento de dichas entidades del Estado, no cualquiera, que por nimia que sea o insignificante implique una molestia para un congresista, por ejemplo".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 215.

D 0652 "La tipicidad penal de la conducta ha de ser delimitado conforme a un criterio de lesividad material, que los actos que ejecute el agente tengan la suficiente idoneidad para generar un caos, un desorden, que afecte las sesiones del Congreso de la República, incidiendo en su frustración, en la cancelación de la reunión del Consejo Municipal. Las arengas, bullicios, así como manifestaciones de descontento no pueden ser asimiladas a la conducción típica, a menos que vengan aparejadas con actos idóneos para generan un verdadero desorden en el interior del fuero institucional".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 215.

D 0653 "El núcleo rector expresa un resultado de desorden, esto es, de confusión, desasosiego, ocasionado con el comportamiento del sujeto activo del delito, y que indispone al desarrollo de las prácticas habituales de la función pública".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 215.

D 0654 "Segunda modalidad del injusto de Turbación de los actos funcionales, cuando el "agente entra armado al hemiciclo legislativo, a las sesiones del Consejo Municipal o a una audiencia jurisdiccional". La perturbación de dichas actividades públicas ha de verse en la alarma que genera en sus miembros el hecho de que una persona ingrese armada, suscitando un desorden en su normal desenvolvimiento".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 216.

D 0655 "El arma que porta el agente debe ser verdadera, es decir, susceptible de poder crear un riesgo concreto para la integridad de los participantes de la sesión, de manera que están excluidas aquellas armas de juguete u otras, que de forma visible no están en capacidad de poder perturbar la actividad funcionarial. Sin embargo, un arma de fuego, puede develar una manifestación distinta, en el sentido que según la percepción de los funcionarios y del público, puede pasar como verdaderas, dando lugar a la tipicidad penal del artículo 375 del

CP. Pueden ser incluidas las armas punzocortantes, armas blancas y todo objeto contundente que puede ser usado como tales".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 217.

D 0656 "Para poder configurarse el delito, el "arma" debe ser mostrada, debe ser visible a los ojos del público, sino no sería posible que se cause la perturbación del orden de la sesión legislativa; si el arma fue oculta en todo momento y es advertida por parte del custodio del orden al final de la sesión, no se dará el presente delito, sin defecto de poder presentarse otras tipificaciones penales".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 217.

J 0049 "Que se condenó a Carlos Adolfo Huerta Escate por el delito contra la Administración Pública –delitos cometidos por particulares, por los hechos ocurridos a las doce horas con quince minutos aproximadamente el día veintisiete de marzo de dos mil siete, es el caso, que en circunstancias que en el interior del local del Juzgado Mixto de la Provincia de Paucar del Sara Sara, en el área de Secretaria, encontrándose el técnico judicial Juan Andarín Vega, cumpliendo su labor recepcionando lo datos personales del señor Zenón Falcon Berrocal para el boletín de condena, quien se encontraba con su abogado Carlos Huertas Escate –el recurrente–, quien en forma alterada con alzamiento de voz, perturba la labor que se venía realizando en el órgano jurisdiccional citado, para dirigirse en queja al secretario Tomas Goitia Huaraca; señalando que el referido servidor judicial Andarín Vega en forma de murmullo le venía insultando y amenazando".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 169-2010-NCPP-Ica, del 18 de agosto de 2011, magistrado ponente: Villa Stein, considerando 2)

3. Tipicidad subjetiva

D 0657 "Es un delito doloso. El agente dirige su acción con la finalidad de perturbar el orden en la Sala de Sesiones de los Cuerpos Colegiados o en cualquier otro lugar donde las Autoridades Públicas realizan su actividad pública".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares.* 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 346)

D 0658 "No cabe duda que este delito resulta ser un delito de comisión dolosa, exigiéndose –por tratarse de un delito de dominio– la concurrencia del conocimiento y voluntad delictiva impresa en el agente delictual. Asimismo, el tipo penal no exige una forma distinta del dolo, es decir, no se requiera que las plenarias se suspendan o frustren, por lo tanto, no se trata de un delito de tendencia, de la misma forma, dicha figura no puede darse por culpa".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública.* Cuestiones sustanciales y procesales. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 285.

D 0659 "Es un delito doloso. En consecuencia, el sujeto debe ser consciente de la naturaleza funcional que con su accionar perturba, y a la vez, desde la faz volitiva, se exige el propósito deliberado de perturbación del orden de las sesiones o audiencia enunciadas, o bien del lugar donde la autoridad desarrolle el acto funcional".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 128.

D 0660 "De la redacción del tipo penal, se concluye que se trata de un delito doloso, no cabe la comisión por culpa. El agente con conocimiento de que con su conducta causara desorden en la Sala de sesiones o audiencias, voluntariamente actúa, toda vez que esa es su intención.

De la estructura de la fórmula legislativa, se advierte que los supuestos delictivos que engloba el delito en análisis solo será posible su comisión por dolo directo, pues al agente le guía la intención o el ánimo de causar desorden en la sala de sesiones o audiencias".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 249.

4. Autoría y participación

D 0661 "Puede sin duda, darse una Co-autoría de varias personas, cuando los agentes generan colectivamente un desorden en la sesión del Congreso de la República, siempre que estimemos el hecho como un resultado atribuido como un todo al conjunto de intervinientes.

Según la naturaleza de la segunda modalidad del injusto típico, de ingresar armado a una sesión jurisdiccional, legislativa o municipal, habrá tantos autores, en cuanto a su acceso a dichos fueros portando cada uno de ellos un arma de fuego.

No se puede negar una Autoría Mediata –desde un plano fenoménico–, cuando el hombre adelante obra con ceguera sobre los hechos o de un sujeto privado de discernimiento, lo que aprovecha el hombre de aras para dominar la voluntad de aquel".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 214.

5. Tentativa y consumación

D 0662 "El injusto se consuma con la producción de la molestia o disturbio en el lugar donde el acto es llevado a cabo. Es decir, la acción se consuma con la perturbación efectiva".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 128.

D 0663 "La tentativa es posible. El comienzo de ejecución se da con el inicio del acto perturbador tendiente a lograr la molestia funcional. La pena oscila para este caso entre un mínimo de siete días y un máximo de cuatro meses".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 129.

D 0664 "En el primer supuesto, al tratarse de un delito de resultado, es perfectamente posible que se quede en grado de tentativa. En tanto que, en el segundo supuesto, al ser un delito de mera actividad, no es posible la tentativa".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 250.

D 0665 "El artículo 375 del CP contiene dos hipótesis delictivas. La primera se consuma desde el momento en que el agente logra perturbar el orden, ocasionando desasosiego o confusión, en la Sala de sesiones del Congreso, Municipio, Poder Judicial o en cualquier lugar donde la autoridad ejerce sus unciones. Es un delito instantáneo y de resultado. Es admisible la tentativa".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 347.

D 0666 "La segunda hipótesis delictiva se consuma desde el momento en que el agente ingresa al recinto o lugar donde se ejerce el acto funcional portando un arma (en forma visible y amenazante). Se trata de un delito de mera actividad y, por tal motivo, no se admite la tentativa".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública. Delitos cometidos por particulares*. 5ª edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 347)

D 0667 "El delito analizado presenta dos supuestos típicos: el primero, respecto al verbo "desorden", en el cual, la conducta delictual resulta ser un delito de resultado, determinado por el baremos "espacio-tiempo" respecto al segundo supuesto, esto es, ingresar a las sesiones del Congreso o las cámaras legislativas, de las asambleas regionales, de los consejos municipales o de los tribunales de justicia u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones, portando arma; en este supuesto, el delito resulta ser un delito de mera actividad, por cuanto, con la sola manifestación de la conducta –ingresar con arma–, se estaría perfeccionando el tipo penal".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 284.

D 0668 "Respecto al primer supuesto, el delito analizado alcanza su perfeccionamiento en la medida que el agente delictual causa desorden en las salas de sesiones del Congreso o de las cámaras legislativas, de las asambleas regionales, de los consejos municipales o de los tribunales de justicia u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones, resultando irrelevante si el agente delictual logra detener o frustrar las sesiones o plenarios, por cuanto, el delito analizado no es un delito de intención o de tendencia interna".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 286.

D 0669 "Con relación al segundo supuesto –por cuanto el tipo penal es un delito de mera actividad–, obtiene su perfeccionamiento con el solo hecho de que el agente delictual ingrese a las sesiones del Congreso o las cámaras legislativas, de las asambleas regionales, de los consejos municipales o de los tribunales de justicia u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones, portando un arma, la misma que deberá ser visible a efecto de dotar de contenido al tipo penal".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 286.

D 0670 "El delito agotado aparece evidenciado en la medida que se generan hechos con posterioridad al acontecer delictual determinado, es decir, el agente delictual logra que las sesiones del Congreso o las Cámaras legislativas, de las asambleas regionales, de los consejos municipales o de los tribunales de justicia u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones, se frustren, sea por el desorden o por el uso del arma en el desarrollo del plenario".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 286.

D 0671 "Las formas de imperfecta ejecución han de cifrarse conforme a la naturaleza de cada modalidad típica; en el primer supuesto del injusto, la perfección delictiva toma lugar cuando o el agente logra crear desorden en el fuero congresal, municipal o en una audiencia judicial. El precepto, por tanto, hace alusión a la generación de un estado de cosas, cuyo disvalor es lo que fundamenta la punición de la conducta; si es que el autor pretende ingresar al hemiciclo congresal, mediando una actitud perturbadora de la labor legislativa y, en ese instante es aprehendido por los custodios del orden, se configura un delito tentado, siempre y cuando se devele una idoneidad de la conducta para poder provocar la situación perturbadora".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 217 y 218.

D 0672 "La segunda modalidad del injusto se perfecciona cuando el agente logra ingresar al fuero institucional portando un arma, sin necesidad de que se genere un estado de desorden en su interior; empero, dicha posesión debe ser visible al público, ara que sea susceptible de provocar conmoción en el público, lo cual se ajusta a un criterio de interpretación sistemática. Comporta una conducta de consumación instantánea, por lo que no resulta admisible el delito tentado".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 218.

TERCERA PARTE

DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS

CAPÍTULO V

Delitos de abuso de autoridad

I

EL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD GENÉRICO

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 376 **Abuso de autoridad**

El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

Si los hechos derivan de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro[17].

TEXTO ORIGINAL

Artículo 376.- Abuso de autoridad

El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

PRIMERA MODIFICATORIA

Artículo 376.- Abuso de autoridad

El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años. Cuando los hechos deriven de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años[18].

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico penal

D 0673 "El bien jurídico genérico siempre es el correcto funcionamiento de la Administración Pública. En tanto que el objeto de tutela específico es el asegurar la conducta funcional de los sujetos públicos orientándolos con exclusividad a la obediencia de la ley y el Derecho.

17 Texto vigente conforme al artículo 1 de la Ley N° 29703, publicada el 10 de junio de 2011 en el diario oficial *El Peruano*.

18 Texto conforme a la modificación efectuada por la sétima disposición final de la Ley N° 28165, publicada el 10 de enero de 2004 en el diario oficial *El Peruano*.

En la base fundante de la norma penal se halla el enunciado normativo que obliga al funcionario público a encauzar sus actos de función en sujeción a los dispositivos legales que fijan y delimitan sus funciones y marco de atribuciones o, cuando ellas sean insuficientes, a criterio de finalidad pública y de respeto a la dignidad y derechos fundamentales de las personas".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal.* 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, pp. 258 y 259.

D 0674 "El objeto de protección de la norma penal busca en lo general asegurar el correcto y regular desenvolvimiento de la Administración Pública. En lo específico, se trata de configurar un marco jurídico de ejercicio funcional al margen de manifestaciones o exteriorizaciones abusivas de poder del que goza el funcionario público. Se trata entonces de asegurar que los actos de los funcionarios públicos se sujeten a la observancia de la legalidad y la exclusión del abuso de poder".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos.* Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 127.

D 0675 "El bien jurídico protegido contenido en el tipo penal de abuso de autoridad del artículo 376 del Código Penal es el correcto funcionamiento de la Administración Pública en beneficio de los ciudadanos. Se protege, en consecuencia, el interés de los ciudadanos en la correcta actuación de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus atribuciones. En este ámbito se protege –además– la corrección y la legalidad del ejercicio de la función frente a los ataques abusivos que podrían realizar. También se protege el interés del Estado en la correcta actuación de sus agentes".

PARIONA ARANA, Raúl. "El delito de abuso de autoridad. Consideraciones dogmáticas y político-criminales". En: *Themis: Revista de Derecho.* N° 68. Lima: Asociación Civil Themis de Estudiantes de Derecho de la PUCP, 2015, p. 93).

J 0050 "Es oportuno resaltar que el indicado tipo penal se presenta como un tipo penal de abuso innominado o abuso genérico que se configura en forma subsidiaria a otras figuras de abuso de autoridad específicas. Su objeto de tutela estriba en proteger el normal desenvolvimiento y funcionamiento de la Administración Pública, pero específicamente dirigido a cautelar la legalidad del acto funcional".

Resolución de la Fiscalía de la Nación - Caso N° 23-2006 y 38-2007-ODCI-Loreto, considerando 4.

J 0051 "Respecto al delito de abuso de autoridad, previsto en el artículo 376 del Código Penal, es menester efectuar las siguientes precisiones: a) Tiene como objeto jurídico de tutela penal el interés público en el sentido que las funciones de las que están investidos los funcionarios públicos no sean utilizados por estos para la comisión de hechos ilícitos en perjuicio de los derechos reconocidos por la leyes a los particulares; b) La conducta abusiva, presupone la facultad o el poder de ejercer la función pública, de la cual hace un uso excesivo el funcionario público, siempre dentro del marco de las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico; c) Que, el precepto debe ser integrado por las normas de otras ramas del derecho público

que son los que fijan las funciones de los órganos de la administración, y, consiguientemente determinan la forma y los límites dentro de los cuales puede el funcionario ejercitarlas lícitamente (...)".

Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima Exp. N° 1897-2000 –Lima, del 12 de setiembre de 2000, considerando 2.

2.2. Sujeto activo

- **Sujeto activo solo lo puede ser el funcionario público**

D 0676 "El sujeto activo del delito de abuso de autoridad es el funcionario público. Solo quien ostenta tal calidad especial –y el complejo de deberes especiales que dicha condición supone– puede ser autor de este delito. Para la configuración del delito se requiere, además, que dicho funcionario deba encontrarse en ejercicio de funciones, ejecutando tareas, deberes o funciones propias de su cargo".

PARIONA ARANA, Raúl. "El delito de abuso de autoridad. Consideraciones dogmáticas y político-criminales". En: *Themis: Revista de Derecho*. N° 68. Lima: Asociación Civil Themis de Estudiantes de Derecho de la PUCP, 2015, p. 94.

D 0677 "Tenemos que advertir que solo pueden serlo los funcionarios públicos que ejercitan abusivamente sus atribuciones, en el entendimiento que solo aquellos tienen dentro de sus facultades el *ius imperium* y el *ius coertio*.

En esta línea de ideas, a los funcionarios se les identifica con el deber de mantener la regularidad y legalidad de los actos que ejecuten durante el ejercicio de sus funciones, sea ordenándolos o cometiéndolos, constituyéndose en los directos garantes por responsabilidad estatal (delito de infracción del deber propio)".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 264.

D 0678 "La primera regla de interpretación del delito de abuso de autoridad es que solamente se reprime al funcionario no al servidor. La segunda regla es que para que se reprima al funcionario, este tiene que abusar de sus atribuciones, lo que significa que para que exista tipicidad, el funcionario debe poseer la atribución de la que abusa. Si la infracción que se les está imputando no forma parte de sus atribuciones, no podrá haber delito de abuso de autoridad".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 126.

D 0679 "El concepto funcionario público es aquí de carácter formal, vale decir, de base administrativa, no pudiendo tratarse de un funcionario equiparado, al no existir norma penal que así lo establezca, a diferencia de lo que acontece con el peculado y la colusión desleal. Igualmente, no ingresa en los alcances de la autoría el funcionario extensivo o anticipado que ha establecido la Convención Interamericana contra la Corrupción, por cuanto el abuso de autoridad es una figura penal distante de las figuras de corrupción de funcionarios.

El inciso tercero del artículo 425 que llega a comprender a aquellos que ejercen funciones al interior de entidades u organismos del Estado con prescindencia de cuál sea la vinculación, contractual o laboral, resulta el único dispositivo al interior del Código Penal que faculta flexibilizar la base administrativa del elemento normativo "funcionario público" en el delito de abuso de autoridad".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 129.

2.3. Sujeto pasivo

D 0680 "En principio debemos de destacar que será el Estado (peruano) el sujeto pasivo de este delito, pues es el único titular del bien jurídico según reza nuestro Código Penal (delitos contra la Administración Pública); sin embargo, –y es aquí donde se inicia la problemática– también habrá que mencionar que existiría una fusión de titularidad en cuanto a la protección del bien jurídico "Administración Pública", pues puede entenderse como sujetos "afectados" (aunque "perjudicados" es un concepto de derecho procesal), en primer lugar, tanto los particulares, como a los mismos funcionarios públicos –y por ende el Estado–, mediante actos arbitrarios provenientes de un ejercicio abusivo de las atribuciones públicas.

Para ello se debe tener en claro una posición que proviene desde el Derecho Penal material, en el sentido de que una cosa es el sujeto pasivo del delito y otra cosa es el sujeto pasivo de la acción; esto cobra especial relevancia cuando de bienes jurídicos institucionales-colectivos se trata; en efecto, en los delitos contra la Administración Pública, el sujeto pasivo del delito es y lo sería siempre el Estado, pues es el único que ostenta la titularidad del correcto funcionamiento de la Administración Pública.

En cambio, sujeto pasivo de la acción, es decir, donde recae "directamente" la acción del sujeto activo, lo será el particular afectado por el acto arbitrario; en ese sentido, el quid del asunto está en desentrañar la siguiente pregunta: ¿Si el sujeto pasivo de la acción comprende o absorbe también al sujeto pasivo del delito? Si la respuesta es positiva, es decir, debemos de mantener aquella posición doctrinal que sostiene que tanto la Administración Pública como el ciudadano (particular) pueden ser sujetos pasivos del delito de abuso de autoridad, y esto obviamente, tiene importantes consecuencias jurídico-procesales. En consecuencia, un agraviado (o varios agraviados), por su sola condición jurídica de tal se halla en la posición de solicitar su respectiva incorporación como "actor civil" en la investigación del delito de abuso de autoridad.

Bajo esta premisa tendríamos que admitir que, para un mismo tipo penal, el Estado peruano aparecería no solo como agraviado –y en consecuencia con derechos de ser sostenidos como parte civil– sino que, además, se presentaría como sujeto pasivo, puesto que la Administración Pública es responsable de los actos y omisiones que realizan sus funcionarios. En tal sentido es posible que, participe en el proceso penal como tercero civilmente responsable.

Por el contrario, (...) si la respuesta fuese negativa, es decir, que no se condicen los conceptos de "sujeto pasivo del delito" como de la "acción", entonces debemos de concluir que el único y excluyente titular del bien jurídico "Administración Pública" es el Estado, y por lo tanto, aquellos particulares afectados por los actos abusivos, solo serían terceros ajenos a la

relación sustancial jurídica material, y solo serían testigos presenciales, pues sola la titularidad del objeto protegido les daría la categoría jurídico-procesal de "agraviado" o "actor civil"".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal.* 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, pp. 265-267.

D 0681 "El sujeto pasivo preponderante es el Estado, y en actos concretos, en los que el acto arbitrario también afecta a un particular, este se constituye en un sujeto pasivo secundario y no esencial.

Modernamente, se discute en la doctrina la conveniencia o no de considerar al particular como sujeto pasivo primario del tipo, extendiéndose su titularidad a los particulares agraviados directamente, sean estos personas naturales o colectivas. La posición reduccionista ha predominado en nuestra jurisprudencia al considerar como sujeto pasivo a la Administración Pública en sentido amplio.

Sin embargo, es preciso considerar que tanto el Estado como el particular son agraviados, estimándose como afectado primario al Estado y como afectado secundario al particular. En ese sentido, no debe aceptarse la exclusión del particular como parte civil en los procesos que se le siguen a los funcionarios públicos que cometieron el hecho punible de abuso de autoridad. Ello no debe confundirse con el hecho de que el bien jurídico tutelado es genéricamente la Administración Pública estatal como tal".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios.* Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 47.

2.4. Conducta típica

- Tipo penal de aplicación subsidiaria

D 0682 "Es una **figura penal subsidiaria**, vale decir, que solo será aplicable al supuesto de hecho cuando las demás figuras legales de abuso concentradas o difusas en el Código o en leyes especiales, de existir estas, no resulten adecuadas conforme a los principios de especialidad y absorción".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos.* Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 125.

D 0683 "A través de este abuso innominado el legislador pretende abarcar aquellos casos que no pueden ser comprendidos por los tipos de "abuso específico" (concusión, exacciones, peculado, etc.). por eso se admite que este tipo de "abuso innominado" solamente tendría aplicación supletoria: cuando los otros supuestos de abusos de autoridad específicos no sean aplicables".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 224 y 225.

D 0684 "(...) La tipificación del injusto penal de "Abuso de Arbitrariedad", tipificado en el artículo 376 del CP, supone una orientación de política criminal, conducente a cerrar espacios de impunidad, cuando la conducta atribuida al funcionario público, no se ajusta a los alcances normativos del resto de tipificaciones penales, que de forma específica y singular reglan los comportamientos prohibidos, que implican injustos típicamente *funcionariales* (peculado, malversación de fondos, prevaricato, etc.). Por eso se admite que este tipo de "abuso innominado" solamente tendría aplicación supletoria: cuando los otros supuestos de abusos de autoridad específicos no sean aplicables.

Por consiguiente, la presente figura delictiva, se constituye en un ilícito penal subsidiario y residual, pues solo resulta de aplicación cuando los injustos especiales *funcionariales* no pueden cobijar en rigor, el comportamiento imputable al funcionario público".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 224.

D 0685 Las consecuencias que podrían derivarse del reconocimiento de la subsidiaridad del tipo son las siguientes:

- La subsidiaridad implica la exclusión de toda aplicación alternativa de los tipos penales funcionales de abuso (incumplimiento de deberes funcionales, omisión o retardo injustificado de apoyo judicial, requerimiento indebido de la fuerza pública, abandono de cargo y nombramiento o aceptación indebida del cargo): dado el carácter subsidiario del tipo de abuso de autoridad, este es excluido por el tipo principal (abandono del cargo, incumplimiento de deberes funcionales, etc.). Resulta que ninguno de estos tipos, denominados principales por exclusión de lo secundario, tiene un contenido que emerge del abuso de atribuciones. Ello operaría solo si ambos tipos mantienen una misma raíz emergente.
- Que el injusto penal abuso de autoridad no es un delito que posee autonomía propiamente, es decir, carece de supuestos típicos propios suficientemente determinados. Nosotros indicamos todo lo contrario, partiendo de que el contenido del acto arbitrario es la extralimitación de atribuciones.
- La subsidiaridad del tipo implica reconocer que, de darse el concurso aparente de leyes, este se resuelve por la regla de subsidiaridad, de manera que si en el proceso se logra establecer con certeza que la conducta del agente no cae dentro de otra modalidad de abuso de autoridad tipificado de manera especial, entonces, al agente se le sanciona por el delito de abuso de autoridad innominado, siempre que se den los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal descrito (acto arbitrario, resultado, etc.). Puede comprenderse lo contradictorio de aquella afirmación".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios.* Lima: Gaceta Jurídica, 2018, pp. 37 y 38).

- Modalidades típicas del delito de abuso de autoridad genérico

J 0052 "El tipo penal del artículo 376 contiene dos supuestos:

El primer supuesto del delito de abuso de autoridad consiste en cometer un acto arbitrario que cause un perjuicio a alguien. El legislador emplea aquí el verbo cometer para hacer referencia

a la realización del delito por parte del funcionario público. El delito puede ser realizado de manera directa, por intermedio de otra persona o conjuntamente con otras personas, lo que dará lugar a la autoría directa, autoría mediata o coautoría.

La segunda modalidad típica es ordenar un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien. Esta modalidad típica es un supuesto autónomo de autoría directa. De no existir esta modalidad típica autónoma, el comportamiento de ordenar se sancionaría como un caso de autoría mediata o como instigación (si se cumplen los presupuestos de estas formas de intervención). Para la configuración de la modalidad típica de "ordenar un acto arbitrario" se requiere que la orden del acto arbitrario sea cumplida; y, si no existe consumación, al menos que se haya iniciado la ejecución y, además, que se haya ocasionado un perjuicio a alguien. La relevancia penal de esta modalidad se producirá cuando la orden ilícita cause perjuicio típico al sujeto pasivo".

Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema Apelación N° 24-2015-Santa, del 19 de mayo de 2019, magistrado ponente: Prado Saldarriaga, considerando 6.

J 0053 "En cuanto al comportamiento típico, este se encuentra definido por dos verbos rectores que se presentan independientemente (tipo penal alternativo); "Cometer" y "Ordenar". La inclusión de estos verbos rectores en el tipo importa que existan dos modalidades delictivas que configuran el ilícito denunciado. La primera consiste en que el agente "Cometa, en abuso de sus atribuciones un acto arbitrario cualquiera". Y la segunda en que el agente "Ordene, abusando de sus atribuciones, un acto arbitrario cualquiera".

Resolución de la Fiscalía de la Nación - Caso N° 23-2006 y 38-2007-ODCI-Loreto, considerando 4.

- Modalidad típica de cometer un acto arbitrario

D 0686 "En el primer caso (mediante comisión), cuando quien ejecuta y consuma el delito es el propio funcionario público, quien puede valerse de cómplices que coadyuvan en la ejecución de su decisión, pero siempre será él quien posee el control e interviene directamente en la ejecución material de los actos arbitrarios perjudiciales".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 134.

- Modalidad típica de ordenar un acto arbitrario

D 0687 "En el segundo caso, el abuso mediante orden presupone dos niveles de actos ejecutivos: la preexistencia de la orden de ejecutar el acto arbitrario y la ejecución propiamente. En esta segunda hipótesis legal de abuso, el funcionario hace uso de la estructura administrativa para que sean otros quienes lleven a la práctica el acto arbitrario, incluso puede valerse de *extraneus* al sector público, pero siempre tendrá el control del acto".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 134.

D 0688 "[L]as características de la orden son las siguientes: a) las órdenes que quedan en la oficina del funcionario y que no lleguen a ejecutarse constituyen actos penalmente irrelevantes, b) las órdenes ejecutables firmadas (por el o los funcionarios competentes) que son notificadas, constituyen ya actos ejecutivos que hacen tentativa inacabada del delito; c) las órdenes ejecutadas pero que no producen el efecto perjudicial de "alguien" al que alude la norma pernal y sea por razones externas o internas que frustran la realización del acto arbitrario, configuran tentativa acabada o delito frustrado; y d) las órdenes ejecutadas que resultan perjudiciales al tercero que consuman el delito de abuso de autoridad".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal.* 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 276.

D 0689 "[e]n el ORDENAR el sujeto activo solamente puede ser una "autoridad" que, el ejercicio de sus atribuciones (pero abusando) manda a otro (funcionario o particular) que ejecute determinado acto. El injusto de esta conducta se consuma con la orden abusiva; en el tipo no se precisa que esta sea cumplida, pero sí que reúna los demás elementos del tipo (idoneidad para causar perjuicio, dolo, etc.). En el caso de COMETER, solamente puede tratarse de "ejecutar" un acto arbitrario, sin una previa orden. Si se admitiera que "cometer" es "realizar por sí mismo la orden dada previamente por otro" o que el "cometer" precisa un resultado mientras que la "orden" consistiría en la mera actividad, entonces se correría el riesgo de identificar ambas conductas".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 229 y 230.

D 0690 "La segunda modalidad típica es ordenar un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien. Esta modalidad típica es un supuesto autónomo de autoría directa. De no existir esta modalidad típica autónoma, el comportamiento de ordenar se sancionaría como un caso de autoría mediata o como instigación (si se cumplen los presupuestos de estas formas de intervención). Para la configuración de la modalidad típica de "ordenar un acto arbitrario" se requiere que la orden del acto arbitrario sea cumplida; y, si no existe consumación, al menos que se haya iniciado la ejecución y, además, que se haya ocasionado un perjuicio a alguien. La relevancia penal de esta modalidad se producirá cuando la orden ilícita cause perjuicio típico al sujeto pasivo".

PARIONA ARANA, Raúl. "El delito de abuso de autoridad. Consideraciones dogmáticas y político-criminales". En: *Themis: Revista de Derecho.* N° 68. Lima: Asociación Civil Themis de Estudiantes de Derecho de la PUCP, 2015, pp. 96 y 97).

- Acto arbitrario

D 0691 "El tipo penal hace referencia al **acto arbitrario** como resultado típico necesario común a ambas modalidades. El "acto" arbitrario al que hace mención la norma no se refiere únicamente al acto administrativo –en sentido administrativo de resolución, de disposición–, sino más bien al concepto más general de "acción", a cualquier acción arbitraria, independientemente de cómo se exprese o materialice".

PARIONA ARANA, Raúl. "El delito de abuso de autoridad. Consideraciones dogmáticas y político-criminales". En: *Themis: Revista de Derecho*. N° 68. Lima: Asociación Civil Themis de Estudiantes de Derecho de la PUCP, 2015, p. 95.

D 0692 "El acto arbitrario se define como toda decisión personal que no se halla legitimada por lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, sino que responde a intereses subjetivos del funcionario público, y que sustituye o reemplaza lo mandado o contemplado en la ley y reglamentos. Con el acto arbitrario el sujeto público pone de manifiesto su desprecio por la legalidad, al no estar guiada su conducta funcional por la ley y los intereses públicos, sino por finalidades distintas y dolosas que causan perjuicio tanto a la Administración Pública y a las personas que son objeto o destinatarios de la decisión arbitraria.

En el acto arbitrario se aprecia un aspecto subjetivo, que está dado por el predominio o la hegemonía de la voluntad personal caprichosa, antojadiza del funcionario, que forma la decisión administrativa; y por un aspecto objetivo, expresado en el acto material que causa la lesión o perjuicio.

El acto arbitrario del delito de abuso de autoridad es un acto administrativo anómalo, irregular, que nace viciado o nulo de derecho, que no forma parte de la función pública. De ahí entonces su relevancia penal para concretar el delito. De no existir acto arbitrario, y por lo mismo perjuicio, la conducta solo quedaría al nivel de un abuso funcional sin consecuencias materiales, lo que hará atípica la figura por insuficiencia de componentes objetivos. Por lo demás, el acto arbitrario que el agente comete u ordena deberá hallarse en íntima relación causal imputable con el abuso de atribuciones".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 132.

D 0693 "[L]a definición del acto arbitrario, a partir de las variantes de la extralimitación, debe comprenderse a través del aumento del riesgo que categóricamente controla los parámetros de la norma. Como se sabe, la norma define los actos funcionales (señalamiento legal de facultades y atribuciones), tanto reglando su forma de actuación como el sentido de los mismos, por lo que demarca o fija el parámetro de lo que se debe o no hacer".

GARCÍA NAVARRO, Edward. *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. Lima: Jurista Editores, 2009, p. 572.

D 0694 "Primer punto a saber es lo concerniente al "acto arbitrario", debiéndose definir con exactitud qué tipo de acto puede ser perjudicial para alguien. Siendo que dicha cualidad importa que el acto trascienda la esfera estricta de la Administración, no pueden ser actos de la administración, ni meras providencias o decretos, cuya incidencia jurídica no alcanza el disvalor contenido en el enunciado normativo.

¿Cuáles son entonces dichos actos? En primera línea adquieren dicha caracterización, los llamados "Actos Administrativos", cuyo dictado implica la creación, modificación o extinción de derechos subjetivos de los administrados.

El artículo 1.1. de la LGPA, dispone a la letra, que: "Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a

producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta. (...).

Contrariamente no pueden constituir abuso de autoridad un acto legislativo, por injusta que sea la ley; una sanción disciplinaria arreglada a derecho; como tampoco una resolución que condena o absuelve, en base a la sensibilidad u opinión del afectado. Para ello el interesado cuenta con los mecanismos impugnativos previstos en la ley, sea la Acción de Inconstitucionalidad para cuestionar una norma presuntamente inconstitucional o los medios de impugnación previstos en la ley, así como las acciones de Garantía Constitucionales.

Como segundo punto a saber a saber es el término "arbitrario", será aquel acto administrativo o resolución judicial que resulta abiertamente incompatible con la legalidad aplicable, cuando el funcionario en su decisión aplica criterios antojadizos o interpretaciones subjetivas carentes de toda razonabilidad. Lo arbitrario exterioriza un desborde típico de la legalidad, cuando el *intraneus* en su resolución aplica la ley sin sujetarla a los presupuestos que sujetan su aplicación o aplica supuestos de hecho que no se encuentran contemplados en la normativa. Es ahí, donde el intérprete debe complementar la materia de prohibición remitiéndose a una norma extrapenal, configurando una ley penal en blanco. (...).

No habrá arbitrariedad si es que el funcionario dispone un acto que no se encuentra comprendido en su esfera competencial legal, por ejemplo, cuando el registrador de una comuna celebra el matrimonio de homosexuales; debe ser un acto que se encuentra contenido en el marco de competencia funcionarial, es decir, el funcionario si es legalmente competente para dictarlo, pero lo hace en contravención a la Ley".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 227-230.

D 0695 "La idea del acto arbitrario no puede ser interpretada extensivamente, sino restrictivamente. El único sentido claro de la palabra está determinado por el abuso de atribuciones, no por el uso de ellas, es decir, en oposición a lo regulado, fijado o establecido por las normas. El abuso es una extralimitación de las atribuciones; por tanto, constituye el contenido del acto arbitrario en la medida que recusa al derecho como legalidad. Acto arbitrario equivale a abuso de atribuciones. El funcionario público desde que asume el cargo tiene la obligación de hacer uso de sus atribuciones en un contexto pautado de reglas contenidas en normas generales o específicas (justas o injustas); no puede abusar de dichas atribuciones ni ejercerlas arbitrariamente. El acto arbitrario es antijurídico y carece de legitimidad.

Donde hay abuso de atribuciones, hay acto arbitrario. No existe un acto arbitrario sin abuso de atribución, los cuales se vinculan en una relación de medio a fin. Por tanto, abuso de atribución y acto arbitrario son consustanciales y coexisten en la propia acción material del agente que actúa dolosamente. Tanto en el verbo rector "ordenar" como en el "ejecutar" se debe lesionar o poner en peligro el bien jurídico tutelado.

La locución "acto arbitrario" que utiliza el legislador peruano en el artículo 376 del Código Penal vigente constituye un elemento material (no psíquico), de connotación determinada y específica. Por ejemplo, constituye un acto arbitrario disolver una manifestación que cuenta con autorización, sin razones atendibles o justificantes; decretar la incomunicación de un detenido sin las formalidades de ley; detener a una persona durante una investigación policial sin

una orden debidamente motivada por juez penal competente; o por más de 24 horas sin poner al detenido a disposición del juez, etc.".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios.* Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 41).

J 0054 "Que, en cuanto al punto iii) –condena de Soto Vera por delito de abuso de autoridad– el texto de la norma sanciona el citado delito cuando "(...) el funcionario público, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera (...)"; ello quiere decir que el acto dispuesto por el agente activo debe ser contrario a las normas legales que rigen el cargo que ostenta y que con dicho acto se obligue a otros a realizar una determinada acción, lo que no se advierte en el presente caso, toda vez que todos los regidores involucrados en el caso sub júdice, han referido haber actuado voluntariamente, sin imposición alguna y que participaron en los acuerdos, pues consideraban que ello era lo mejor a efectos de que se pueda procurar un beneficio económico a favor de la población de Machupicchu, por tanto, no se advierte la realización de acto arbitrario alguno por parte del citado Soto Vera, debiendo en este extremo disponerse su absolución".

Primera Sala Penal Transitoria. R. N. N° 1174-2007-Cusco, del 18 de marzo de 2009, magistrado ponente: Neyra Flores, considerando 6.

J 0055 "De la lectura de este tipo penal se advierten tres aspectos concretos: a) Un acto abusivo o arbitrario en perjuicio de tercero. b) La existencia de una orden emanada del agente especial del delito. c) La presencia del componente subjetivo, el dolo, en la conducta del funcionario público.

Esto quiere decir, que actúe con voluntad y con el conocimiento de que abusa de las atribuciones que posee, en infracción de las leyes y reglamentos [...]. Cabe acotar que no es un acto arbitrario la conducta del agente que está amparada por la ley o se encuentra fundamentada en una decisión discrecional, ajustada a los principios del derecho, la Constitución y el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, también podría concurrir en un error de tipo, por desconocimiento de que el acto era ilegal y abusivo; en tanto esta circunstancia es un elemento determinante de la tipicidad concreta del delito en cuestión".

Sala Penal Transitoria. R. Q. N° 17-2013-Lima, del 01 de julio de 2013, magistrado ponente: Lecaros Cornejo, considerando 4.

D 0696 "¿Cuáles con entonces dichos actos? En primera línea adquieren dicha caracterización, los llamados "Actos Administrativos", cuyo dictado implica la creación, modificación o extinción de derechos subjetivos de los administrados.

El artículo 1.1 de la LGPA, dispone a la letra, que: "Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

Según la normativa indicada, se trata de decisiones que se producen en el seno de la Administración Pública, cuya propiedad más trascendente es de generar derechos u obligaciones en los intereses de los administrados. (...).

A partir de actos administrativos, materializados en resoluciones, se concede la pensión a un jubilado, se impone una multa a una empresa, se dispone la situación al retiro de un efectivo policial y/o militar, se dispone el cierre de un establecimiento comercial, se atribuye el derecho marcario, etc., una serie de actos que pueden resultar lesivos para los intereses jurídicos de los administrados.

Así también, tenemos en el ámbito de la Administración de Justicia, las resoluciones jurisdiccionales (autos y sentencias), cuyo dictado manifiesta: el reconocimiento de un derecho subjetivo (propiedad), la privación de la libertad personal (mandato de detención preliminar o prisión preventiva), la imposición de una determinada suma de dinero por concepto de Responsabilidad extra-contractual, la obligación del pago de una deuda, etc. Debiéndose incluir a las decisiones fiscales, como la resolución que formaliza la denuncia penal o que solicita al juez penal, la adopción de una medida limitativa de un derecho fundamental.

Contrariamente no pueden constituir abuso de autoridad un acto legislativo, por injusta que sea la ley; una sanción disciplinaria arreglada a derecho; como tampoco una resolución que condena o absuelve, en base a la sensibilidad u opinión del afectado. Para ello el interesado cuenta con los mecanismos impugnativos previstos en la ley, sea la Acción de Inconstitucionalidad para cuestionar una norma presuntamente inconstitucional o los medios de impugnación previstos en la ley y así como las acciones de Garantía Constitucionales".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 228 y 229.

- **No se configura el delito de abuso de autoridad si el acto arbitrario realizado por el funcionario público no guarda relación con las funciones que debía realizar conforme al cargo asumido**

D 0697 "El funcionario público deberá hallarse en ejercicio efectivo de funciones para que sea susceptible de llenar las exigencias de tipicidad objetiva-normativa de la figura penal, vale decir, para que pueda abusar objetivamente de las atribuciones que el cargo o la función le confiere. Como es fácil percatarnos, estamos ante un concepto dinámico (de funcionario) v normativo de la locución "abuso de atribuciones", que centra su atención en lo que hace (comete u ordene) dicho sujeto público dentro del ámbito de sus atribuciones más allá de lo legalmente permitido. Funcionarios que se hallen de licencia, vacaciones, fuera de su ámbito de jurisdicción o incluso de competencia, no podrán ejercer abuso de atribuciones en el sentido típico exigido por el delito de abuso de autoridad, pese a que efectivamente puedan cometer u ordenar actos lesivos y arbitrarios contra alguien, pero dichos actos no podrán ser subsumidos en la tipicidad objetiva del artículo 376 del Código Penal ni en los tipos especiales de abuso de autoridad, por la sencilla razón que no se puede abusar".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos.* Lima: Nomos & Thesis, 2016, pp. 130 y 131.

D 0698 "Norma, proporcionalidad, lesividad y legitimidad son referentes materiales que diferencian el uso del abuso de atribuciones. El abuso es la negación del uso establecido por la norma, que puede perder legitimidad por el accionar desproporcionado del agente; por eso, cuando se habla de abuso de autoridad se comprende a toda forma de extralimitación o mal uso del poder de decisión dentro del ámbito de competencia. El poder es material, coercitivo y determinativo dentro de la competencia dada.

Si el funcionario ejerce este poder fuera de ella, incurre en usurpación de funciones; desde luego, hacer un mal uso de este poder es arbitrario, genera perjuicio y parecería un abuso de autoridad, pero no lo es porque se ejerce fuera de la competencia; por tanto, la conducta se subsume en otro tipo penal específico (usurpación de funciones). En suma, el delito de abuso de atribuciones solo puede ser cometido por el funcionario público dentro de su competencia, no fuera de ella. El tipo se identifica con abuso de una atribución, no de usurpación de ella".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios.* Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 30).

D 0699 "El sujeto activo debe actuar además como funcionario dentro de las atribuciones que tiene. Si se tratara de actos fuera del ejercicio de sus funciones (como privado o saliéndose del marco de las propias funciones), el funcionario no comete abuso de autoridad penal. Si el funcionario ejerciera funciones que no le competen, estaremos ante el supuesto de "usurpación de funciones públicas".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 227.

D 0700 "El supuesto aludido exige, en primer orden, que el agente delictual se encuentre operando en sus funciones, en razón del cargo encomendado; caso contrario, no se puede invocar el ejercicio abusivo de las atribuciones funcionariales. En segundo plano, el tipo penal demanda abusar de las facultades funcionariales, es decir, el agente delictual sobrepasa los límites del ejercicio del cargo, limites registrados en reglamentos, leyes, directivas, instrumentos de gestión (ROF, MOF), instructivos, etc.".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 296.

D 0701 "El acto funcional regular es aquel realizado por el funcionario en el ámbito de su competencia –funcional, territorial, temporal–, respetando los principios, procedimientos y formalidades que la ley y los reglamentos establecen. En este marco, el funcionario público procederá arbitrariamente cuando extralimite sus atribuciones legalmente establecidas. La arbitrariedad del funcionario surgirá de la extralimitación dolosa en el ejercicio de sus funciones, cuando interviene a sabiendas que la ley se lo prohíbe o cuando en la consecución de fines lícitos emplea medios prohibidos o desproporcionados".

PARIONA ARANA, Raúl. "El delito de abuso de autoridad. Consideraciones dogmáticas y político-criminales". En: *Themis: Revista de Derecho.* N° 68. Lima: Asociación Civil Themis de Estudiantes de Derecho de la PUCP, 2015, p. 96).

J 0056 "Que en el presente caso, se imputa al inculpado el haberse beneficiado mediante el pago de incentivos laborales cuya percepción no le correspondía, debiendo precisar al respecto que dicha conducta no se encuadra dentro de los alcances de los artículos trescientos setentiséis y trescientos setentisiete del Código Penal, toda vez que estos tipos penales requieren para su configuración una conducta que guarde relación con el cargo asumido, esto es, que presupone el ejercicio de la función pública dentro de las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico vigente, por lo que en estos casos, dicho precepto debe ser integrado con las normas de otras ramas del derecho público que fijan las funciones de los órganos de la Administración Pública y consiguientemente determinan la forma y los límites dentro de los cuales puede el funcionario ejercitarlas lícitamente.

Que en ese sentido, estando al cargo desempeñado por Félix Héctor Franklin Meza Meza, como Gerente Regional de Control Interno del Consejo Transitorio Regional Arequipa, no estuvo facultado para ordenar ningún tipo de pago, por lo que su conducta resulta atípica y el hecho de haberse beneficiado con dichos incentivos determina, en todo caso, la comisión de otro tipo penal, más no el de abuso de autoridad que requiere la conducta del funcionario en relación a los cargos propios de su función; por lo que es del caso amparar la excepción deducida".

Sala Penal Permanente. R. N. N° 2240-2002-Arequipa, del 06 de agosto de 2003, considerandos 2 y 3.

J 0057 "Para que se configure el delito de abuso de autoridad, la conducta ilícita, debe guardar relación con el cargo asumido, esto es, presupone el ejercicio de la función pública dentro de las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico vigente, por lo que en estos casos, dicho precepto debe ser integrado con las normas de otras ramas del Derecho Público que fijan las funciones de los órganos de la Administración Pública, consiguientemente determinan la forma y los límites dentro de los cuales puede el funcionario ejercitarlas libremente".

Sala Penal Permanente. R. N. N° 2240-2002-Arequipa, del 06 de agosto de 2003, considerando 5.

- Causar perjuicio a alguien

D 0702 "Como se ha indicado, para la configuración del delito de abuso de autoridad, en cualquiera de sus modalidades, se precisa que el acto arbitrario realizado u ordenado cause perjuicio a alguien. Según el Diccionario de la Real Academia Española, por "perjuicio" se entiende ocasionar daño o menoscabo moral o material. En el marco del delito de abuso de autoridad, el perjuicio que la norma penal admite puede ser de tipo económico, material, corporal, moral o de cualquier otra índole.

El perjuicio a que hace referencia la norma debe ser grave. Este debe ser, además, de "naturaleza objetiva y de necesaria concurrencia", perfectamente medible y verificable en base a criterios objetivos. Este perjuicio debe ser indefectiblemente causado por la concreción del riesgo no permitido y ocasionado por el funcionario público al excederse en el uso de sus prerrogativas en la función que desempeña. Por esta razón, devendrá en atípica la imputación por este delito, si el perjuicio proviene a mérito de cualquier otra causa que no sea la descrita en el artículo 376 del Código Penal".

PARIONA ARANA, Raúl. "El delito de abuso de autoridad. Consideraciones dogmáticas y político-criminales". En: *Themis: Revista de Derecho*. N° 68. Lima: Asociación Civil Themis de Estudiantes de Derecho de la PUCP, 2015, p. 97).

- **El cometer u ordenar un acto arbitrario debe realizarse mediante el abuso de atribuciones**

D 0703 "Para la configuración típica del delito bajo estudio, que consiste en la comisión de un acto arbitrario que causa perjuicio a un particular, se requiere que el comportamiento se realice mediante el abuso de atribuciones ("abusando de sus atribuciones"). De lo señalado se entiende que el acto arbitrario debe, en primer lugar, darse en el marco de las atribuciones del funcionario público; y, en segundo lugar, "*exceder* o *abusar* de las facultades o prerrogativas que le fueron concedidas".

Sobre el particular, son dos los posibles escenarios. Primero, que el funcionario ejercite una función que se enmarca dentro de sus atribuciones, pero que en el caso concreto no se den los presupuestos para su ejecución (intervención). Segundo, que el funcionario ejercite una función, propia de sus atribuciones, que en el caso concreto se den los presupuestos para su ejercicio, pero que se extralimite en su ejecución (extralimitación); aunque la intervención de algún modo importa extralimitación, puesto que, de no darse los presupuestos para el cumplimiento de una determinada atribución, la norma le impone al funcionario abstenerse de cualquier actuación. En otras palabras, en dicha circunstancia, el límite al funcionario viene dado por la prohibición de ejercitar su función".

PARIONA ARANA, Raúl. "El delito de abuso de autoridad. Consideraciones dogmáticas y político-criminales". En: *Themis: Revista de Derecho*. N° 68. Lima: Asociación Civil Themis de Estudiantes de Derecho de la PUCP, 2015, p. 97).

D 0704 "El abuso de atribuciones (esto es, de las facultades que el Estado –en sentido amplio– le confiere a todo funcionario público) supone:

a) En primer lugar, la existencia previa y reglada de atribuciones que le dotan a dicho agente de las peculiaridades que le distinguen de otros funcionarios y de los servidores públicos.

b) En segundo lugar el funcionario deberá abusar de dichas facultades poseídas legalmente, ya sea haciendo un mal uso de las mismas, esto es, empleándolas para contravenir el orden legal establecido y dañar dolosamente a terceros, o ya sea extralimitándose en sus funciones actuando más allá de lo permitido, solicitado lo requerido por las circunstancias sin que exista racionalidad o razón suficiente en su comportamiento".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, Lima, 2016, pp. 130 y 131.

D 0705 "Como abuso debe entenderse los actos u omisiones del funcionario que violan la Constitución o las leyes de una manera dolosa. Ambos extremos no pueden separarse en esta explicación previa, ya que si no existe la intencionalidad de violación del orden jurídico no podrá haber abuso".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, pp. 185 y 186.

3. Tipicidad subjetiva

D 0706 "Tal como aparece redactado el tipo penal artículo 376 se concluye que es un delito de comisión dolosa, es imposible la comisión culposa o negligente. Se requiere que el agente con conocimiento que el acto que realiza u ordena en el ejercicio de sus atribuciones causará perjuicio a un tercero, voluntariamente conduce su comportamiento en abierta infracción a la ley o reglamento de que se trate".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 264 y 265.

D 0707 "La figura delictiva de Abuso de Autoridad, en cualquiera de sus modalidades, únicamente resulta punible a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el autor (*intraneus*), dicha una resolución y/o acto administrativo, consciente de su ilegalidad y de la posibilidad que pueda perjudicar a alguien".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 240.

D 0708 "El delito de abuso de autoridad contenido en el artículo 376 del Código Penal es un delito doloso. Para la configuración del dolo, se requiere que el funcionario público sea consciente de que está realizando un acto arbitrario en perjuicio de un tercero, que puede ser tanto una persona natural o jurídica. Se requiere la conciencia de que se está extralimitando en sus funciones y perjudicando a una persona".

PARIONA ARANA, Raúl. "El delito de abuso de autoridad. Consideraciones dogmáticas y político-criminales". En: *Themis: Revista de Derecho*. N° 68. Lima: Asociación Civil Themis de Estudiantes de Derecho de la PUCP, 2015, p. 98).

- Se puede presentar el error de tipo en el delito de abuso de autoridad genérico

D 0709 "El contenido especial del dolo en este tipo de delito lleva a que tenga especial relevancia el error, con la particularidad de que el "error de tipo" y el de "prohibición" puede superponerse en algún caso. Efectivamente, el conocimiento de los límites legales de la actividad funcionarial (incluyendo a la inconstitucionalidad de la ley que ampara los actos), aunque es requisito del tipo objetivo, equivale a su ignorancia y, por lo tanto, a la "falta de conciencia de antijuridicidad" y por eso, tanto si es evitable como inevitable, este error debe exculpar siempre. Ahora bien, como este elemento constituye también un elemento del tipo, el error afecta también al tipo. Por ser más favorable al reo (el error de tipo evitable sería impune debido a la ausencia de tipo culposo de abuso de funciones) debería preferirse la aplicación del error de tipo. En otros casos, es posible, sin problemas, un "error de tipo" cuando el desconocimiento del sujeto activo recaiga en los demás elementos del tipo objetivo".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición, Lima: Palestra Editores, 2003, p. 235.

4. Autoría y participación

D 0710 "[D]ada la exigencia legal de un sujeto especialmente cualificado, autores del delito de abuso de autoridad serán únicamente los funcionarios públicos. Los particulares que intervienen en el delito solo podrán ser partícipes, ya sea como cómplices o instigadores. En cuanto a las modalidades de autoría que admite el tipo, se debe señalar que el delito de abuso de autoridad puede ser cometido también en autoría mediata o coautoría. No existe ningún obstáculo estructural para excluir alguna de sus formas".

PARIONA ARANA, Raúl. "El delito de abuso de autoridad. Consideraciones dogmáticas y político-criminales". En: *Themis: Revista de Derecho*. N° 68. Lima: Asociación Civil Themis de Estudiantes de Derecho de la PUCP, 2015, pp. 94 y 95.

5. Tentativa y consumación

- El delito de abuso de autoridad es un delito de resultado

D 0711 "La redacción del tipo exige ahora expresa y claramente la "causación de un perjuicio grave a alguien". Esto es importante porque anteriormente, con el elemento 'en perjuicio de alguien" se podía entender que se trataba de un tipo de "idoneidad", es decir, que la conducta abusiva estaría destinada a causar tal perjuicio, mientras que ahora se necesita la causación efectiva de tal perjuicio, perjuicio que además debe ser grave".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley, 2014, p. 956.

D 0712 "En ambas modalidades de abuso (mediante ejecución o a través de orden) la consumación del delito se efectivizará cuando se haya producido el perjuicio originado por el acto arbitrario. Perjuicios ocasionados por actos reglados o ajustados a ley no son relevantes penalmente.

El *iter criminis* del abuso de autoridad admite sin problemas las diversas formas de tentativa. En los casos en que la orden y la ejecución forman una estrecha unidad de acción en el tiempo (por ejemplo, órdenes policiales arbitrarias, donde la orden es ya ejecución), es difícil apreciar tentativa.

La simple orden que no trasciende el ámbito administrativo es insuficiente para consumar el delito".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 137.

J 0058 "Su materialización fáctica (objetiva) requiere que en los hechos incriminados se verifique la existencia de los siguientes componentes: i) La condición de autor cualificado, es decir, que el agente delictivo sea un "funcionario público"; ii) La conducta típica material; y iii) Que resulte perjudicado alguna persona, lo cual configura el tipo penal como un delito de resultado en cualquiera de sus dos modalidades".

Resolución de la Fiscalía de la Nación - Caso N° 23-2006 y 38-2007-ODCI-Loreto, considerando 4.

- Para qué se configure el delito genérico de abuso de autoridad no interesa que se afecte el patrimonio del Estado

D 0713 En los abusos de autoridad no interesa la afectación del patrimonio público del Estado, ni de los particulares. En la realidad pueden producirse indirectamente estas afectaciones, pero ello no agrega ni resta contenido de tipicidad a las figuras de abuso de autoridad. Sucede, a veces, que cuando se denuncia por abuso de autoridad, en el contexto de los artículos 376 al 381 del Código Penal. Esto nos revela que el énfasis de la norma penal en este punto radica en la existencia de la función o servicio y en el quiebre de las atribuciones y competencias más allá de la afectación patrimonial.

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Nomos & Thesis, Lima, 2016, p. 123.

- Si el perjuicio recae sobre el propio Estado no se configura el delito de abuso de autoridad genérico

D 0714 "[L]a técnica legislativa respecto al sujeto pasivo registra una redacción lata al indicar "perjuicio de alguien", advirtiéndose una forma indeterminada. Conforme indica mayoritariamente la doctrina nacional, puede ser una persona natural o jurídica, pero no puede ser el mismo Estado, debiéndose identificar otro tipo penal. Por ejemplo, el sujeto que, abusando de sus atribuciones, ordena a los miembros del comité especial el otorgamiento de la buena pro de una determinada contratación pública, no podría incurrir en abuso de autoridad, por el contrario, nos encontramos ante un escenario colusorio, por la existencia de una forma específica delictual, a pesar de que el agente delictual haya abusado de sus atribuciones".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de los delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 297.

D 0715 "Cuando el enunciado hace alusión a alguien, debe tratarse de una persona identificable, de un individuo determinado, en cuyo caso la orden haya sido susceptible de provocar una lesión en un derecho subjetivo o habiéndose cometido la orden, el menoscabo al interés jurídico puede resultar materializado.

Si el perjuicio importa un menoscabo al patrimonio estatal, cuando el funcionario desvía los fondos de una entidad pública, a un objeto distinto previsto en la Ley, será constitutivo del delito de Malversación de Fondos y, si aquel se manifiesta en una defraudación de los intereses patrimoniales del Estado, producto de una concertación del funcionario con un particular en el proceso de Licitación pública, será reputado como delito de Colusión ilegal.

Y, finalmente, si el perjuicio patrimonial o de otra índole, aparece como consecuencias del dictado de una resolución jurisdiccional o de una decisión fiscal, –abierta y manifiestamente contraria el texto expreso de la Ley–, será calificado como Prevaricación sin entender que es un delito de resultado.

Como se ha ido sosteniendo el delito de Abuso de Autoridad, es de naturaleza subsidiaria, por lo que, al incurrir un elemento específico de comisión delictiva, prevalece el delito más especial".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 238.

6. Circunstancia agravante

D 0716 "La parte final del art. 376 del CP, incorporado por la Ley N° 28165, hace alusión al supuesto en el cual, el funcionario público actúa en un procedimiento de cobranza coactiva, supuesto que opera como una circunstancia agravante, intensificando el reproche penológico. En ese sentido, se advierte un escenario restringido a determinadas situaciones admitidas en el sector público, por cuanto, no todas las instituciones públicas admiten dicho procedimiento".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 299.

D 0717 "El delito de abuso de autoridad se agrava cuando los hechos abusivos en perjuicio de tercero derivan de un procedimiento de cobranza coactiva. Es decir, esta agravante está reservada para aquellos funcionarios públicos encargados de cobranzas coactivas que, abusando de sus atribuciones normales, cometen u ordenan actos abusivos en perjuicio de terceros que nada tienen que ver con el procedimiento coactivo".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 260.

D 0718 "El legislador nacional agregó al tipo básico descrito en el artículo 376 del Código Penal una figura agravada por circunstancias especiales cuando los hechos (ordenar o ejecutar en perjuicio de alguien un acto arbitrario) deriven de un procedimiento de cobranza coactiva, estableciendo una pena privativa de la libertad no menor de dos años ni mayor de cuatro años. Ello en virtud de la sétima disposición final de la Ley N° 28165 del 10/01/2004. Por ejemplo, el caso del ejecutor coactivo que ordena cobrar tasas o contribuciones no contempladas en la ley.

Por Ley N° 29703, se establece el marco legal de los actos de ejecución coactiva que ejercen los órganos de gobierno central, regional y local, en virtud de las facultades otorgadas por las leyes específicas. Asimismo, constituye el marco legal que garantiza a los obligados el desarrollo de un debido procedimiento coactivo. Si el agente ordena o ejecuta un acto arbitrario cualquiera en perjuicio de un tercero, es decir, fuera del marco legal de los actos de ejecución coactiva, no garantizando al obligado el desarrollo de un debido proceso u ordenando una medida cautelar sin sustento o sin que conste en una resolución motivada; o ejecuta una media cautelar previa trabada antes del inicio del procedimiento sin cumplir las formalidades, incurrirá en un acto arbitrario sancionado por esta agravante.

El ejecutor coactivo es el titular del procedimiento y ejerce, a nombre de la entidad, las acciones de coerción para el cumplimiento de la obligación. Su cargo es indelegable. De manera que, para el tipo agravado, solo puede ser sujeto activo el ejecutor coactivo, excluyéndose de esta manera todo otro funcionario, por más elevado que sea su cargo".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios.* Lima: Gaceta Jurídica, 2018, pp. 48 y 49).

II

ABUSO DE AUTORIDAD CONDICIONANDO ILEGALMENTE LA ENTREGA DE BIENES Y SERVICIOS

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 376-A **Abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios**

El que, valiéndose de su condición de funcionario o servidor público, condiciona la distribución o la prestación de servicios correspondientes a programas públicos de apoyo o desarrollo social, con la finalidad de obtener ventaja política y/o electoral de cualquier tipo en favor propio o de terceros, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal"[19].

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico penal

D 0719 "El bien jurídico genérico siempre es el correcto y normal funcionamiento de la Administración Pública. En tanto que el objeto de tutela específico es el asegurar la conducta funcional de los sujetos públicos, orientándolos con exclusividad a la obediencia de la ley y el Derecho. El agente público no puede utilizar el cargo que la administración le confía con la finalidad de obtener ventajas personales o para terceros. En la norma penal se encuentra el enunciado normativo que obliga al funcionario público o servidor público a encausar o encaminar sus actos de función en sujeción a los dispositivos legales que fijan y delimitan sus funciones y marco de atribuciones o, cuando ellas sean insuficientes, a criterio de finalidad pública y de respeto a la dignidad y derechos fundamentales de las personas".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 273.

2.2. Sujeto activo

D 0720 "Solo puede ser sujeto activo, el que, valiéndose de su condición de funcionario o servidor público, realiza la conducta típica".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 288.

19 Artículo reubicado y reformado por el artículo *2* de la Ley N° 28355, publicada el 6 de octubre de 2004 en el diario oficial *El Peruano*.

2.3. Sujeto pasivo

D 0721 "Definitivamente, el sujeto pasivo preponderantemente es el Estado, aunque también resulta afectado el colectivo que debió beneficiarse con los programas de desarrollo o ayuda social, sin condicionamiento alguno. El Estado es el sujeto pasivo del delito y no el particular; la población o colectivo, beneficiarios de los programas públicos de apoyo o desarrollo social, pueden ser agraviados del delito.

Si bien el Estado siempre es agraviado en los delitos que son cometidos contra la Administración Pública, el delito objeto de estudio puede ocasionar perjuicios a particulares".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios.* Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 64).

2.4. Conducta típica

- Componentes objetivos

D 0722 "Son **componentes objetivos de la conducta típica del autor:**

a) **Valerse de la condición funcional**. El agente, conocedor de su calidad de funcionario o servidor público y del poder que da el cargo o empleo, tiene que hacer uso indebido de las posibilidades de acción que brindan sus atribuciones o que se desprendan de su calidad especial, esto es, del estatus que ocupa, que serán más eficaces según el rango o jerarquía de dicho sujeto público. Obviamente estamos frente a una extralimitación, un desbordamiento en la conducta del sujeto público que explica el prevalimiento, el aprovechamiento realizado.

b) **Condicionar la distribución de bienes o la prestación de servicios públicos**. El uso del verbo "**condicionar**" implica colocar exigencias o requisitos no contemplados en la ley o el reglamento al destinatario en la ejecución del programa. Supone una suerte de presión psicológica sobre su voluntad a efectos de conducirle a determinados cauces de acción u omisión anticipados en el dolo del sujeto activo. La referencia a la palabra "**distribución**" hace referencia tanto al traslado como a la entrega directa de bienes, lo cual permite entender que la acción típica puede concretarse en niveles intermediados o cercanos, es decir, realizarse en momentos previos cuando los bienes son objeto de ilícita negociación en su distribución por parte del sujeto activo o plasmarse al momento de la entrega directa. Los bienes, vale decir, los objetos provistos de contenido patrimonial valuable en dinero, son entendidos en sentido genérico, tanto muebles o inmuebles, fungibles o no fungibles, de escaso o gran valor. El referente del escaso valor de los bienes en juego merecerá sin embargo la estimación del fiscal o del juez a efectos de aplicar los sucedáneos derivados de los principios de mínima intervención y última ratio del Derecho Penal (lo mismo cabe señalar con relación a la prestación de servicios), o en todo caso reputarlas circunstancias (sic) de aminoración de pena, de considerarse que el monto económico resulta irrelevante dado que se trata de un delito de infracción del deber. La prestación de servicios, al igual que en el caso de la distribución de bienes, puede admitir un amplio abanico de modalidades limitadas solo por los contenidos del programa de apoyo o desarrollo social.

La norma penal ha fijado una restricción a la tipicidad objetiva del delito que debe registrar el supuesto de hecho: que la acción se contextualice en el ámbito de los programas públicos de apoyo o desarrollo social. Tanto la distribución de bienes como la prestación de servicios deberán corresponder a estos fines sociales.

En el marco de esta restricción, el legislador ha separado los programas de apoyo, asistencia o desarrollo social llevados a cabo por organismos internacionales o entidades privadas.

(...).

c) **Con la finalidad de obtener ventaja política y/o electoral.** Define la tipicidad objetiva del tipo el propósito, la motivación de obtener ventaja política y/o electoral de cualquier tipo a favor propio o de terceros. Por "**ventaja política**" puede entenderse toda posición de predominio o privilegio conseguido, de acuerdo a las exigencias del tipo penal, con el condicionamiento practicado, tanto a nivel de simpatías políticas, aquiescencias ante decisiones adoptadas o por adoptar, incondicionalismos, etc., apuntalando algún proyecto o interés personal del funcionario o servidor o de terceros, vinculado o conexo con actividades políticas. Las "**ventajas electorales**" están directamente vinculadas con la participación en elecciones directas o por representación a todo nivel en el ámbito de la Administración Pública. Solo las ventajas políticas o electorales o ambas juntas son las requeribles por el tipo para perfeccionar la figura penal, lo cual excluye por atípicas a las que no posean estas calidades.

En cuanto a la dirección o beneficio de la ventaja, se coloca la norma penal en dos supuestos que pueden llenar de contenido el tipo legal, ya que tanto puede ser para propio beneficio del funcionario o servidor como para favorecer a terceros. El término "**terceros**" puede comprender a particulares como a otros sujetos públicos".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, pp. 140 y 143.

- Solo se puede ejecutar de forma comisiva

D 0723 "El delito analizado, por la misma naturaleza del verbo rector condicionar, resulta ser un delito de comisión. De esta manera, no cabría la omisión, ya sea propia o impropia".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de los delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 310.

3. Tipicidad subjetiva

D 0724 "El delito se comete exclusivamente en forma dolosa; excluyéndose la posibilidad de comisión culposa".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 290.

D 0725 "Se trata de un delito especial de propósito o finalidad específica cometidos por funcionarios o servidores públicos. Dada la naturaleza jurídica del injusto, el tipo exige en el

agente el dolo directo, lo que implica sostener que el agente, además de conocer los elementos objetivos del tipo, dirige su acción dolosa a la prosecución de la finalidad esperada de obtener alguna ventaja política o electoral de cualquier tipo".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios.* Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 57).

D 0726 "Solo es posible la comisión por dolo directo. Es imposible su comisión por dolo eventual. El agente, además de conocer los componentes de tipicidad objetiva del tipo, debe dirigir su voluntad a la prosecución de las finalidades u objetivos contemplados en la norma penal. No basta que el agente obre con dolo eventual: las frases "valiéndose de su condición de funcionario o servidor público", "condiciona la distribución" y "con la finalidad de obtener" son elocuentes para confirmar la presencia de dolo directo en la estructura de la tipicidad global del tipo penal".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 274.

4. Autoría y participación

D 0727 "(...) es necesario precisar que solo será autor el sujeto que ostente el título formal de funcionario público, en el entendido del sujeto especial que ostente la capacidad de disponibilidad o capacidad de mando para emitir o disponer el acto abusivo. Por lo tanto, el servidor público no podrá responder como autor del delito analizado, por cuanto no ostenta esa capacidad de mando para emitir el acto funcional de abuso, a pesar de que en términos del art. 425 del CP no se haya realizado una discriminación palmaria –por cuanto se opta por un concepto amplio de funcionario público–, empero, en el delito bajo análisis, la lógica abierta de funcionario público no opera, por la misma redacción típica.

Siendo así, todo funcionario o servidor público que no tenga la capacidad de disponer el acto arbitrario perjudicial, en razón del cargo, no podrá ser autor del ilícito en comentario. Un ejemplo ilustrativo se da cuando, los miembros del serenazgo municipal participan en un proceso de ejecución coactiva y coadyuvan a la laborar policial en una intervención por flagrancias delictiva; en la medida que se advierta un acto abusivo desplegado por un sujeto cualificado en razón del cargo y con capacidad de disponibilidad funcional, dichas personas no responderán como autores del delito de abuso de autoridad, por cuanto no tienen el estatus de funcionarios públicos, sino por el contrario, tienen la calidad de obreros municipales, conforme señala la Casación Laboral N° 7945-2014-Cusco, del 29 de septiembre del 2016, y en términos similares, el criterio expuesto por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 2168-2013-PA/TC, quedando únicamente la posibilidad de admitir su responsabilidad a nivel de participación delictual –en el verbo rector "ordenar"–, en la medida que se hayan acoplado al plan delictual del funcionario público agresor".(sic)

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de los delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 303 y 304.

D 0728 "Desde la óptica de los delitos de infracción de deber, es posible la admisión de la autoría directa, negándose la posibilidad de incorporar las figuras de autoría mediata o coautoría, debido a que el deber especial contenido en la institución positiva– fundamenta la autoría e injusto penal por el alto nivel personal del deber positivo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de los delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 304.

D 0729 "El delito de abuso de autoridad admite la participación delictual en todos sus extremos, es decir, admite las formas de complicidad (primaria y secundaria), siendo partícipe el sujeto que coopera con el plan del autor cualificado que dispone la orden o acto arbitrario y perjudicial. Dicha afirmación encuentra amparo en la redacción de la parte final del art. 25 del CP, cuando señala que el cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él; es decir, el legislador se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación. Respecto a la figura de la instigación, también es posible su admisión en la medida de que el extraño determina al funcionario público a emitir el acto funcional abusivo y perjudicial. Por lo tanto, la participación (complicidad e instigación), tanto en su vertiente de dominio e infracción de deber, siempre estará dirigida a un *extraneus*, es decir, un sujeto no cualificado en razón del cargo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de los delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 304 y 305.

5. Tentativa y consumación

- Es un delito de mera actividad

D 0730 "El delito mencionado resulta ser un delito de mera actividad, por cuanto, con la sola conducta condicionante, se consuma el tipo penal, resultando irrelevante que el sujeto activo concretice el beneficio, ya sea personal o a favor de un tercero".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de los delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 310.

D 0731 "El delito bajo comentario se trata de un tipo de mera actividad, desde que no se exige expresamente un resultado lesivo, pues solo se exige que el agente realice acciones de condicionamiento en relación a la distribución de bienes o servicios correspondientes a programas públicos de apoyo o desarrollo social y nada más.

Bajo esta perspectiva, las posibilidades de grados de interrupción en el proceso de ejecución (tentativa) son casi nulos".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 290.

III

OTORGAMIENTO ILEGÍTIMO DE DERECHOS SOBRE INMUEBLES

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 376-B **Otorgamiento ilegítimo de derechos sobre inmuebles**

El funcionario público que, en violación de sus atribuciones u obligaciones, otorga ilegítimamente derechos de posesión o emite títulos de propiedad sobre bienes de dominio público o bienes de dominio privado estatal, o bienes inmuebles de propiedad privada, sin cumplir con los requisitos establecidos por la normatividad vigente, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Si el derecho de posesión o título de propiedad se otorga a personas que ilegalmente ocupan o usurpan los bienes inmuebles referidos en el primer párrafo, la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años[20].

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico

D 0732 "Desde una plataforma genérica, el bien jurídico tutelado resulta ser el correcto funcionamiento de la Administración Pública, por otro lado, y de manera específica, el objeto de tutela penal, resulta ser la seguridad jurídica vinculada a los derechos de propiedad y posesión, por cuanto el thelos o finalidad de la norma es evitar que los funcionarios públicos afecten tanto la viabilidad de la Administración Pública, así como, los derechos de los ciudadanos y del Estado, vinculados a la posesión y propiedad de bienes inmuebles de naturaleza pública y privada, respectivamente".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de los delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 320.

2.2. Sujeto activo

D 0733 "Con relación al sujeto activo, el delito de otorgamiento ilegitimo de derechos sobre inmuebles, resulta ser un delito de dominio, específicamente, delito especial propio, por cuanto, el tipo penal advierte un supuesto cualificado, esto es, funcionario público, en ese sentido, dicha condición especial del agente delictual restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo un tipo penal común subyacente".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de los delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 316.

---

20 Artículo incorporado por la quinta disposición complementaria y transitoria de la Ley N° 30327, publicada el 21 de mayo de 2015 en el diario oficial *El Peruano*.

D 0734 "Por otro lado, el tipo penal, delimita el radio de acción, únicamente el estatus de funcionarios públicos y no así servidores públicos, situación que advierte que el agente delictual, tiene que tener capacidad de decisión sobre asuntos vinculados al otorgamiento de derechos de posesión o títulos de propiedad, todo ello, en razón del cargo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de los delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 316.

2.3. Sujeto pasivo

D 0735 "Con relación al sujeto pasivo, resultaría ser el Estado, por cuanto, es el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcto "Administración Pública", por cuanto, aparece como titular de los diversos bienes jurídicos de naturaleza colectiva y pública (...)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de los delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 316.

2.4. Conducta típica

D 0736 "De suerte que estamos ante una modalidad de Abuso de Autoridad, marcada por la especificidad funcionarial que la patrocina, al significar una actuación injusta en el ámbito registral: solo será autor aquel funcionario público con la potestad de otorgar derechos de posesión o emitir títulos de propiedad sobre bienes de dominio público o bienes de dominio privado estatal, o bienes inmuebles de propiedad privada".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 250.

D 0737 "Ante tales estipulaciones legales, se penaliza la conducta del funcionario público, que en violación de sus atribuciones u obligaciones, otorga ilegítimamente derechos de posesión o emite títulos de propiedad sobre bienes de dominio público o bienes de dominio privado estatal, o bienes inmuebles de propiedad privada, sin cumplir con los requisitos establecidos por la normatividad vigente; ¿Cuál es el núcleo de desvalor de la conducta? El otorgamiento <<ilegitimo>> de un derecho de posesión o emisión de un derecho de propiedad, esto es, en franca contravención a la normatividad que rige dicho proceder funcional".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 251.

D 0738 "Respecto a los requisitos establecidos por la normatividad, para autorizar el derecho posesorio, aparece las normas genéricas y especiales. La norma genérica aparece fijada en el CC, y las normas específicas según cada caso concreto; por ejemplo, los requisitos de formalización de la propiedad inmueble fijados en el art. 8 del Reglamento de Formalización de la Propiedad Informal de Terrenos Ocupados por Posesiones Informales, Centros Urbanos Informales y Urbanizaciones Populares, a que se refiere el título I de la Ley N° 28687, aprobador por D.S. N° 006-2006-Vivienda, que señala diversos requisitos para obtener un título producto de un proceso de formalización de bienes inmuebles.

En ese sentido, el funcionario público, habilitado por ley, en razón del cargo, que autoriza y emite título posesorio de bienes inmuebles sin cumplir los lineamientos establecidos en las normas genéricas y especificas comete el delito materia de análisis".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de los delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 317 y 318.

D 0739 "Se entiende por bienes de dominio público a todo bien de naturaleza estatal cuya finalidad y uso fueron destinado al servicio público, de la misma forma, dichos bienes, según el art. 73 de la Constitución Política del Perú, tienen el carácter de inalienables e imprescriptible. De la misma forma, el TC señala al respecto que "los bienes del Estado pueden ser públicos o privados. Los bienes poseídos por los entes públicos, a título público, son los comprendidos bajo el nomen de dominio público. Lo que hace que un bien del Estado tenga dicha condición es su afectación al servicio y uso públicos".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de los delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 318.

D 0740 "Los bienes de dominio privado estatal, son aquellos que, perteneciendo al Estado, no aparece destinado al servicio público, por cuanto fueron entregados a particulares por diversas modalidades contractuales, quienes ejercen derechos de dominio sobre los mismos".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de los delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 319.

D 0741 "Respecto al supuesto aludido, resulta ser la otra dimensión del sistema de propiedad, en el cual, el Estado es totalmente ajeno, por cuanto, existe dominio absoluto de terceras personas de naturaleza privada con relación a los bienes inmuebles, en dicha dimensión, prima la libertad contractual y capacidad de disponibilidad y adquisición. Bajo el escenario expuesto, el funcionario público, en razón del cargo, emite títulos de propiedad vinculados a bienes inmuebles privados, los cuales aparecen infringiendo la normatividad de la materia, por ejemplo, el funcionario de Cofopri que suscribe y emite título de propiedad de bien inmueble a favor de un tercero ("Y"), a pesar de haber observado que el bien aludido, documentalmente, pertenece a la empresa "X"."

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de los delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 319.

D 0742 "El tipo penal demanda que el funcionario público, habilitado por ley para el ejercicio del cargo, emite títulos respecto a bienes inmuebles, públicos o privados, contraviniendo la normatividad vigente respecto a la temática, dicha infracción advierte la creación de un riesgo jurídicamente relevante para el sistema penal, el mismo que habilita derecho penal para sancionar dicha conducta".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. Manual de los delitos contra la Administración Pública. *Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 319.

D 0743 AGRAVANTE "El legislador intensifica en nivel de reprochabilidad, en la medida que el funcionario público otorga títulos sobre derechos de posesión y propiedad a personas que ilegalmente ocupaban o usurpan los bienes inmuebles, referidos a títulos de posesión y propiedad sobre bienes de dominio privados estatales, por ejemplo, el funcionario público de Cofopri habilita con títulos a un grupo de invasores, quienes no cuentan con derechos habilitados por la normatividad".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de los delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 320.

3. Tipicidad subjetiva

D 0744 "El tipo subjetivo del injusto solo viene informado por el dolo del autor, conciencia y voluntad e expedir una resolución que otorga un derecho posesorio o un título dominical de un bien inmueble, en inobservancia de sus obligaciones u atribuciones legales. Por lo demás, no se requiere la concurrencia de un elemento subjetivo de naturaleza trascendente ajeno al dolo".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 252.

D 0745 "El delito de otorgamiento ilegítimo de derechos sobre inmuebles, sin lugar a dudas, desde una perspectiva de los delitos de dominio, resulta ser un delito de comisión dolosa, no es posible la figura culposa o imprudente, exigiendo que el agente delictual actué con conocimiento y voluntad al momento de otorgar los títulos de posesión y propiedad, infringiendo con ello la normatividad imperante. Por otro lado, desde un escenario normativo, es decir, considerar que el delito analizado resulta ser un delito de infracción de deber, la verificación del elemento subjetivo, aparece manifiesta en el deber positivo, aparece manifiesta en el deber positivo, situación manifiesta en la lesión del deber positivo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de los delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 321.

4. Autoría y participación

D 0746 "Seria autor el sujeto que ostente título formal de funcionario público, quien deberá tener la capacidad para emitir el título de posesión o propiedad, respeto a bienes inmuebles de dominio público o privado, siendo así, el delito analizado, admite autoría directa, exigiéndose que el sujeto cualificado, funcionario público, ejerza por sí mismo la acción delictual, es decir, suscriba, en razón del cargo, los títulos de propiedad y posesión contrarios a la normatividad vigente".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de los delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 322.

D 0747 "Respecto a la autoría mediata, no resulta posible, por lo personalísimo del deber especial que recae sobre el sujeto cualificado por cuanto, el autor a pesar que instrumentalice a un tercero por error o coacción, siempre será autor, por cuanto el será únicamente la persona llamada por ley para suscribir los títulos de posesión y propiedad, según el caso concreto".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de los delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 322 y 323.

D 0748 "Con relación a la coautoría, es posible en la medida que el acto condicionante sea emitido por dos o más funcionarios públicos, quienes operan en razón del cargo, por ejemplo, los funcionarios públicos de Cofopri, responsables de suscribir el título de propiedad, cuando emiten el mismo, contraviniendo la normatividad imperante".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de los delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 323.

D 0749 "El delito de otorgamiento ilegitimo de derechos sobre inmuebles admite la participación delictual en todas sus formas, es decir, admite las formas de complicidad (primaria y secundaria), por cuanto, será partícipe el sujeto que coopera antes o al momento de la ejecución del plan delictual del funcionario público, quien emite el título de posesión o propiedad contrario a la normatividad (...)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de los delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 323.

D 0750 "Con relación a la figura de la instigación, también es posible su admisión en la medida que el *intraneus*, determine al funcionario público a emitir el título de propiedad o posesión de bienes inmuebles públicos o privados, contrario a la normatividad, por lo tanto, la participación (complicidad e instigación) es posible, en su vertiendo de dominio e infracción de deber, en la medida que aparezca dirigida a un *extraneus*".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de los delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 323.

5. Tentativa y consumación

D 0751 "Finalmente, en cuanto a las formas de imperfecta ejecución, el delito adquiere perfección cuando el *intraneus* otorga –vía la resolución administrativa correspondiente–, el derecho de posesión o emite el título de propiedad teniendo como beneficiario a una determinada persona. Los actos anteriores, encaminados al otorgamiento del derecho real, serán calificados como delito tentado, v. gr., la proyección del título de propiedad que es objeto de observación por parte de la autoridad competente. Eso sí, no se necesita la ocupación real del beneficiario del bien inmueble, basta con el perfeccionamiento del título habilitante".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 252.

D 0752 "Siendo así, el tipo penal se perfecciona, en la medida que el funcionario público en pleno ejercicio de sus funciones, en razón del cargo, emite títulos de propiedad sobre bienes de dominio público a favor de terceros, incumplimiento la normatividad vigente; por ejemplo, el funcionario de Cofopri, respecto a la plaza de armas principal de una ciudad, expide un título de propiedad a favor de terceras personas".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de los delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 318.

D 0753 "Por lo tanto, el tipo penal analizado alcanza perfeccionamiento en la medida que el funcionario público, operando en razón del cargo, suscribe y emite títulos de propiedad sobre bienes de dominio privado, pero de naturaleza estatal, a favor de terceros, infringiendo la normatividad vigente".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de los delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 319.

D 0754 "El delito de otorgamiento ilegitimo de derechos sobre bienes inmuebles, resulta ser un delito de resultado, por cuanto, la conducta delictual advierte el binomio "espacio-tiempo", en ese sentido, el verbo "emitir" denota la naturaleza de la conducta, por cuanto, según la RAE dicho verbo proviene del latín, emittere, el cual significa "(...) dar o manifestar, por escrito o de viva voz, un juicio, un dictamen o una opinión (...)"".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de los delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 320.

D 0755 "El delito tentado es posible, por cuanto el delito analizado resulta ser un delito de resultado, por la presencia del baremo "espacio-temporal", por lo tanto, su admisibilidad no demanda cuestionamiento alguno".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de los delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 321.

IV

OMISIÓN, REHUSAMIENTO O DEMORA DE ACTOS FUNCIONALES

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 377 **Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales**

El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa.

Cuando la omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales esté referido a una solicitud de garantías personales o caso de violencia familiar, la pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años[21].

TEXTO ORIGINAL

Artículo 377.- Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales

El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa.

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico penal

D 0756 "Bien jurídico tutelado, sería la legalidad de las actuaciones funcionariales, que se ven afectada cuando el funcionario público omite realizar aquellas acciones que la ley y la Constitución le exigen emprender, en el marco de los intereses generales que deben cautelar".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 254.

D 0757 "El bien jurídico que se pretende proteger con este hecho punible es el normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública en cuanto oportunidad y eficacia en el cumplimiento de la función pública por parte de los funcionarios que representan al Estado".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 282.

D 0758 "La esquemática empleada por el legislador, aparece ligada tan igual que con el delito de abuso de autoridad, por tal razón, el delito materia de comentario, en puridad

21 Texto vigente conforme a la modificación efectuada por la primera disposición complementaria modificatoria de la Ley N° 30364, publicada el 23 de noviembre de 2015 en el diario oficial *El Peruano*.

resulta ser una forma derivada del delito de abuso de autoridad, en ese sentido, considero que el bien jurídico general, resulta ser el correcto funcionamiento de la Administración Pública, por cuando, la finalidad del legislador aparece dirigida a la protección del interés público; empero, de manera específica, resulta ser los derechos de los particulares, ajenos a los deberes funcionariales, por cuanto, el Estado, pretende brindar un servicio idóneo en el desarrollo de la sociedad a través del sector público con la finalidad de optimizar la interacción social, garantizando el respeto de los derecho del ser humano admitido en sociedad".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 330.

D 0759 "El bien jurídico tutelado es el normal desarrollo de la Administración que se ve afectado cuando el funcionario público incumple sus deberes con las conductas omisivas de omitir, rehusar o retardar algún acto de su cargo".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 94.

D 0760 "Como en la mayoría de los tipos penales de este título, se puede afirmar que se protege el correcto funcionamiento del servicio público procurando el desenvolvimiento normal y diligente de la administración".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 200.

J 0059 "Que en este delito el bien jurídico protegido es el normal desarrollo de las funciones públicas, en específico, como indica Maggiore se trata de que el funcionamiento de la Administración Pública no se vea perjudicado por la inercia dolosa del funcionario público que ejerce un cargo determinado. Así el delito se perfecciona con la sola omisión, pues el tipo penal no exige un resultado lesivo a la Administración Pública más allá de la propia inercia dolosa del funcionario, que implica que estamos ante un delito de mera actividad. Por ello, es incorrecto lo señalado por la Sala de Apelación al fundar su decisión en que a pesar de las irregularidades, estas fueron subsanadas y no se causó perjuicio al Estado".

Sala Penal Permanente. Casación N°169-2012-Ancash, del 12 de septiembre de 2013, magistrado ponente: Neyra Flores, considerando 6.

J 0060 "Que dicha conducta fue tipificada como delito de omisión de actos funcionales previsto en el artículo trescientos setenta y siete del Código Penal; que este tipo penal no afecta directamente el patrimonio público (caudales o efectos), sino lesiona esencialmente el correcto funcionamiento de la Administración Pública –como bien jurídico protegido–, en cuanto persigue garantizar la regularidad y legalidad de los actos realizados por los funcionarios públicos en el desarrollo de las actividades propias del cargo y evitar una actuación arbitraria que sea contraria a la Constitución, leyes o deberes –distinto a los delitos de peculado, concusión impropia, malversación, enriquecimiento ilícito u otros contenidos en el capítulo

de delitos contra la Administración Pública, donde se afectan directamente los intereses patrimoniales–; que, en ese contexto, hay que tener en cuenta el bien jurídico protegido por el tipo legal concreto en el momento de la ejecución de los hechos para determinar su contenido y alcance".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 2347-2008-Lima, del 21 de enero de 2010, magistrado ponente: Lecaros Cornejo, considerando 3.

J 0061 "No obstante, en el caso concreto el delito de omisión de actos funcionales no afecta directamente el patrimonio público –caudales o efectos– en tanto en cuanto, se lesiona esencialmente los intereses del Estado en relación a la oportunidad de cumplir eficazmente la función pública observando lo ordenado por la Ley en el desenvolvimiento de los actos, a fin de que la Administración Pública no se vea afectada por la inercia dolosa del funcionario público que ejerce un cargo determinado *–distinto a los delitos de peculado, concusión impropia, malversación u otros contenido en el capítulo de delitos contra la Administración Pública donde se afectan los interesas patrimoniales–*, razón por la que no opera la duplica del plazo".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 1318-2012-Lima, del 29 de agosto de 2012, magistrado ponente: Lecaros Cornejo, considerando 23.

J 0062 "Que, (...) el delito de omisión de funciones, protege el normal desarrollo de la Administración Pública, concretamente la legalidad del ejercicio de funciones y los distintos intereses de los particulares y si bien los encausados Adrián Eustaquio Cotrado Aduvire y William Remigio Sandoval Hurtado ostentaban la calidad de funcionarios públicos, el delito incriminado no tiene como bien jurídico protegido el patrimonio del Estado, pues este delito persigue garantizar la regularidad y especialmente la legalidad de los actos de los funcionarios en las actividades propias de su cargo, cuyas vulneraciones no son castigadas por otras disposiciones legales; que, en este orden de ideas, no corresponde al caso de autos aplicar el último párrafo del artículo ochenta del acotado Código Penal, pues el delito de omisión de funciones de vulnera el patrimonio del Estado; (...)"

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 2005-2010-Tacna, del 18 de julio de 2011, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 6.

2.2. Sujeto activo

D 0761 "Al tratarse de un delito especial, el sujeto activo o agente del delito solo puede ser una persona que tenga la calidad o cualidad de funcionario público. Nadie más que este puede ser agente del delito, y pude ejecutarlo tanto a título personal como colegiado. De la propia lectura del tipo penal, se concluye que están excluidos los servidores públicos. Si estos o un extraño a la administración participa o colabora con el funcionario en la comisión del hecho punible, serán sancionados como cómplices del delito".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 282 y 283.

D 0762 "Siguiendo la pauta esbozada en el artículo 376 del CP, diremos que se trata de un delito especial propio, solo aquel que se encuentra investido de la función pública puede ser considerado autor a efectos penales. No solo debe tratarse de un *intraneus*, sino que aquel debe omitir una actuación funcional propia de su ámbito competencial".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 255.

D 0763 "El sujeto activo del tipo penal en cuestión, tratándose del tipo básico, es cualquier funcionario público. En la mayoría de los tipos penales son sujetos activos cualquier persona; sin embargo, en un número determinado de normas penales cualificadas por el sujeto activo, por el bien jurídico tutelados y por la función pública que desempeñan los agentes, solo pueden ser sujetos activos los funcionarios públicos, que es característica propia de los delitos especiales de la función pública".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios.* Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 94.

D 0764 "Al tratarse de un delito especial, el sujeto activo o agente del delito solo puede ser una persona que tenga la calidad o cualidad de funcionario público. Nadie más que aquel puede ser agente del delito, que lo puede realizar tanto a título personal como colegiado. De la propia lectura del tipo penal se concluye que estas excluidos los servidores públicos, es decir, aquellos que no tiene capacidad de decisión en el ejercicio de sus funciones".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal.* 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, pp. 293 y 294.

2.3. Sujeto pasivo

D 0765 "Sujeto pasivo siempre será, en primer lugar, el Estado y luego la persona natural o jurídica que haya sido perjudicada con el acto abusivo del agente. No hay explicación razonable para excluir al perjudicado directo en sus derechos como sujeto pasivo-agraviado y, por lo tanto, participar del proceso penal como tal".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 283.

D 0766 "Sujeto pasivo siempre será en primer lugar el Estado y luego la persona natural o jurídica que haya sido perjudicada con el acto abusivo del agente. No hay explicación razonable para excluir al perjudicado directo en sus derechos como sujeto pasivo-agraviado y por tanto participar del proceso penal como tal".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal.* 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 294.

2.4. Conducta típica

- Modalidad típica de omitir ilegalmente algún acto de su cargo

D 0767 "Omitir.- Es no hacer o dejar de hacer. La omisión es una especie del género no hacer. Jurídicamente, podría definirse en la expresión: "Es un no hacer que se debería hacer". El concepto de omitir debe entenderse como el de dejar de hacer un acto propio de su cargo que se espera. Siendo los actos del cargo normativos, es preciso un mandato jurídico y una valorización jurídica. Estamos hablando de actos de función que tienen todos los funcionarios.

La omisión requiere la no realización del acto funcional dentro del término legalmente fijado o, en su defecto, en el tiempo útil para que produzca sus efectos normales".

HUARCAYA RAMOS, Betty. "Abuso de autoridad por omisión, rehusamiento y retardo de función". En: REVILLA LLAZA, Percy (coordinador). *Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p. 171.

D 0768 "El comportamiento se configura cuando el agente, siempre funcionario público, omite, prescinde, descuida, desatiende o incumple algún acto funcional que normalmente está en la obligación de hacer o cumplir por estar dentro de sus atribuciones en el cargo, empleo u oficio que desempeña al interior de la Administración Pública".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 294.

D 0769 "Omitir es un no hacer, no llevar a cabo actos funcionariales que el funcionario estaba obligado a hacer según sus propias funciones fijadas en las normas legales; la "omisión" de actos personales necesarios para cumplir la función, si bien por si mismos no son aún una omisión en el sentido penal, si pueden formar parte de ella".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 239.

D 0770 "El comportamiento delictivo se configura cuando el agente, siempre funcionario público, omite, prescinde, descuida, desatiende o incumple algún acto funcional que normalmente está en la obligación de hacer o cumplir por estar dentro de sus atribuciones en el cargo, empleo u oficio que desempeña al interior de la Administración Pública.

Omitir es dejar de hacer el acto al que está obligado por ley el funcionario, o hacerlo dolosamente en forma no debida. No se requiere que previamente exista interpelación o requerimiento, puesto que está en el marco de sus deberes cumplir con los actos funcionales que omite ilegalmente.

La omisión de los actos funcionales se refiere a los actos que sean el contenido de la función que desempeña el funcionario y no a los actos que el funcionario debe personalmente realizar para cumplirlos (faltar a la oficina, llegar tarde, salir antes del horario de salida, etc.), pues estos últimos solo constituyen simples infracciones administrativas que si son detectados serán objeto de sanción administrativa, luego del debido proceso disciplinario".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 278 y 279.

D 0771 "La omisión tiene, como el resto de verbos rectores que concentran la tipicidad por delito de incumplimiento, una naturaleza genérica, en tanto permiten conglobar un amplio y abierto cúmulo de comportamientos, que de presentarse una omisión de acto funcional específico regulado en la ley penal perderá aplicabilidad en virtud al principio de especialidad que obliga a preferir el tipo especial frente al genérico, en una suerte de solución del concurso de normas penales. Esto sucede por ejemplo en relación al delito de omisión de denuncia regulado en el artículo 407 del Código, o frente al incumplimiento de la función fiscal de ejercitar denuncia penal, establecida en el artículo 424.

No se requiere que previamente exista interpelación o requerimiento, puesto que está en el marco de sus deberes cumplir con los actos funcionales que omite ilegalmente. Si el agente que omitió cumplir con el acto se perfecciona entonces el retardo, lo cual no le quita tipicidad al hecho; simplemente varía el modo o forma de comisión.

Es interesante destacar la acotación hecha por Sebastián Soler, quien siguiendo a Manzini, sostiene que el incumplimiento de los actos se refiere a los actos que sean el contenido de la función y no a los actos que el funcionario debe personalmente realizar para cumplirlos (que, por ejemplo, consisten, entre otros, en faltar a la oficina, llegar tarde, retirarse antes del horario, etc.), que a lo sumo constituirán infracciones administrativas. Estos mismos actos se convierten en delictivos cuando pasan a vincularse dolosamente con el contenido de la función, es decir, cuando se presentan para omitir algún acto propio de su cargo (por ejemplo, en el ámbito jurisdiccional: tramitar un hábeas corpus, emitir una resolución, practicar una diligencia, formular una denuncia, etc.).

Se puede omitir el acto funcional debido dejando correr dolosa e indefectiblemente los plazos, practicando huelga blanca, colocándose dolosamente en la imposibilidad de cumplir (por ejemplo, destruyendo documentos), asustándose intencionalmente para no asumir con sus deberes, etc. Pero igualmente se puede omitir el acto debido haciendo lo no debido (por ejemplo, el alcalde, viciando dolosamente una licencia o autorización municipal, o concediendo el funcionario, intencionalmente, autorización, licencia, registro o concesión sin firma ni sello, etc.)".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4ª edición. Lima: Grijley, 2007, pp. 276 y 277.

J 0063 "Que la conducta típica se constituye con el omitir algún acto propio del cargo del sujeto activo de forma ilegal. En ese sentido, el verbo rector de este tipo penal es el omitir, conducta humana que a diferencia de la acción no implica un hacer, sino un no hacer, el mismo que está condicionado a las funciones que son inherentes a su cargo; así solo se omite en sentido jurídico penal cuando no se cumple algún deber que exige una determinada conducta".

Sala Penal Permanente. Casación N°169-2012-Ancash, del 12 de septiembre de 2013, magistrado ponente: Neyra Flores, considerando 7.

J 0064 "Que el delito de incumplimiento de funciones, en su modalidad de omisión de actos del cargo –previsto en el artículo trescientos setenta y siete del Código Penal–, en tanto delito de omisión se consuma cuando se debió actuar, es decir, cuando se omitió el deber de

actuar, que es la situación típica generadora del deber de actuación del agente; que según los cargos ello ocurrió en el caso del encausado Del Águila García el año dos mil uno, León Orozco en marzo de dos mil dos y Rojas Hidalgo en agosto de dos mil dos, cuando en su condición de funcionarios públicos de la Unidad Ejecutora Carretera "Federico Basadre" omitieron cautelar y orientar un uso adecuado de los fondos de la aludida unidad ejecutora".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 2802-2007-Ucayali, del 10 de abril de 2008, magistrado ponente: Pariona Pastrana, considerando 3.

J 0065 "Los tipos penales de funcionarios constituyen también delitos de infracción de deber. En ellos, las expectativas normativas se encuentran directa y formalmente dirigidas a aquellos sujetos que ocupan un status especial, y su defraudación reside en el incumplimiento del deber institucional de fomentar el funcionamiento de la Administración Pública. Así, el tipo penal descrito en el artículo 377 sanciona al funcionario público que "ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo (...)", cuyos significados de los verbos rectores configurativos del tipo penal son: i) omitir, que es no hacer lo que se debe y puede hacer en un determinado tiempo o momento; ii) rehusar, que es cuando el funcionario rehúsa llevar a cabo un acto de su cargo para el que se le ha requerido legítimamente; y, iii) retardar, que es diferir la ejecución de un acto propio de la función".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 1097-2016-Ayacucho, del 19 de julio de 2017, magistrado ponente: Pariona Pastrana, considerando 7.4.

- Modalidad típica de rehusar ilegalmente algún acto de su cargo

D 0772 "A nuestro criterio, los verbos rectores, en el orden de "omitir", "retardar" y "rehusar", denotan un nivel cuantitativo de menor a mayor afectación al bien jurídico protegido y, en consecuencia, de reprochabilidad de la conducta penal. Así, penalmente sería más reprobable la conducta del agente que ha rehusado cumplir un deber inherente a su cargo, de aquel que simplemente lo ha omitido o retardado. Por otro lado, a nuestro criterio, los tres verbos rectores –omitir, retardar y rehusar– se encontrarían comprendidos en un verbo más amplio: incumplir. Así, omitir es el incumplimiento mediante la inacción u omisión del agente; retardar es el incumplimiento dentro de los plazos legales y rehusar es el incumplimiento expreso y manifiesto de cumplir con el deber inherente a su cargo".

FRANCO GONZALES, César Alejandro. "Delito de omisión de actos funcionales. Límites entre el derecho administrativo y el derecho penal". En: *Actualidad Penal*. Vol. 25, Lima: Instituto Pacífico, julio de 2016, p. 146.

D 0773 "El supuesto se configura cuando el sujeto activo, siempre funcionario público, pese al requerimiento efectuado, rehúsa, rehúye, esquiva, declina, desestima o niega el cumplimiento de un acto funcional que está en el deber de hacer al estar dentro de sus atribuciones, de acuerdo con el cargo que desempeña al interior de la Administración Pública".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 295.

D 0774 "El supuesto delictivo se configura cuando el sujeto activo, siempre funcionario público, pese al requerimiento efectuado rehúsa, rehúye, esquiva, declina, desestima o niega el cumplimiento de un acto funcional que está en el deber de hacer, al estar dentro de sus atribuciones, de acuerdo con el cargo que desempeña al interior de la Administración Pública.

El rehusar supone previamente que alguien, sea otro funcionario, el superior jerárquico, el particular u autoridad competente para ello, requiera del sujeto activo, con las formalidades del caso, la realización de un acto debido y que este rechace, niegue o no acepte realizar el acto funcional. El acto de rehusar puede consistir en una negativa expresa o en la realización de actos que signifiquen negativa (negarse a recibir el requerimiento escrito, romper el requerimiento, mandar archivar el requerimiento, no admitir el recurso, etc.)".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 279.

D 0775 "Rehusar consiste en negarse a hacer algo ante un previo requerimiento legítimo, implica una actividad. Además, el requerimiento tiene que cumplir las formalidades del caso (competencia del requirente, forma debida, conocimiento del requerido, posibilidad de cumplir). El acto de rehusar puede consistir en una negativa expresa o en la realización de actos que signifiquen negativa (negarse a recibir el requerimiento escrito, romper el requerimiento, mandar su archivamiento sin más, etc.)".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 240.

D 0776 "El rehusar supone previamente que alguien, sea otro funcionario, el superior jerárquico, el particular u autoridad distinta competente para ello, requiera (solicite u ordene) con las formalidades del caso del sujeto activo un acto debido (o conforme a sus deberes) y que este rechace, niegue o no acepte realizar el acto funcional mediante escrito, verbalmente o a través de otro acto que implique negativa (no admitiendo el recurso, rompiendo el documento, etc.).

Como es fácil observar, el rehusar es un comportamiento complejo, a diferencia de la simple omisión, pues supone necesariamente una actividad en sentido negativo. Asimismo, constituye una delicada tarea del juez llegar a la prueba o convicción de la existencia del rehusamiento, por cuanto pueden interferir a menudo circunstancias que podrían tornar atípico o justificado el rechazo (por ejemplo, amenaza, violencia, etc.)".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4ª edición. Lima: Grijley, 2007, pp. 277 y 278.

J 0066 "[E]l delito de desobediencia a la autoridad, previsto y sancionado en el artículo 368, primer párrafo, del Código Penal, reprime con una pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años, al que "*...desobedece* [...] *la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención* (...).

Es claro que la orden o mandato –judicial en este caso– debe ser expreso, escrito en este caso –incluso puede ser verbal– y sin imprecisiones o vaguedades –claro y concreto–; además, debe estar dirigido a una persona o autoridad determinada –lo que importa un requerimiento

válido, del que se haya tenido conocimiento a su debido tiempo– y, en lo específico, con capacidad para cumplirla –de posible realización–. Se trata, además, de un delito doloso; y, como tal, es esencial que el sujeto activo, respecto de lo ordenado, tenga un deber de actuación y que su incumplimiento no se deba a una imposibilidad material de hacerlo (Conforme: Ejecutoria Suprema RN N° 1337-2013/Cusco, de veinte de enero de dos mil quince)".

Sala Penal Permanente. Casación N° 50-2017-Piura, del 10 de abril de 2018, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 6.

- Modalidad típica de retardar ilegalmente algún acto de su cargo

D 0777 "Retardar.- Significa dilatar, diferir un acto de su cargo, pero sin desistirse. No se trata de una omisión en sí misma, sino, propiamente de una acción retardada maliciosamente. Retardar, es diferir la ejecución de un acto del cargo público de manera que cuando se realiza viene a resultar inoportuna".

HUARCAYA RAMOS, Betty. "Abuso de autoridad por omisión, rehusamiento y retardo de función". En: REVILLA LLAZA, Percy (coordinador). *Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p. 172).

D 0778 "Este supuesto se configura cuando el agente, siempre funcionario público, retarda, demora, retrasa, difiere, aplaza, dilata o pospone el cumplimiento de un acto funcional que está en el deber de hacer en tiempo oportuno, de acuerdo con el cargo o funcionario que desempeña al interior de la Administración Pública".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 295.

D 0779 "Retardar es un no hacer el acto en la oportunidad fijada por la ley. O sea, no es propiamente una omisión, sino que implica el cumplimiento de un acto, pero con tardanza injustificada. P. ej., el retraso en el envío de pericias, el envío tardío de atestados, el cumplimiento tardío de requerimientos judiciales, las notificaciones extemporáneas, la tardanza injustificada en la elevación de expedientes al superior jerárquico, etc. La tardanza se mide en función de los plazos o, a falta de esto, se dará cuando el cumplimiento ya no puede tener los efectos que hubiera tenido de haberse realizado antes".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 240.

D 0780 "El retardo (o demora), a diferencia de los anteriores verbos rectores, es un cumplimiento diferido del acto debido sin justificación alguna, esto es, ilegalmente, deteriorando de esta manera la imagen de la Administración Pública.

El retardo del acto debido presupone que el agente pospone, aplaza, retrasa o atrasa ilegalmente el cumplimiento del acto más allá de los términos legalmente fijados (piénsese, por ejemplo, en las notificaciones fuera de término imputables a dolo del funcionario). A diferencia de la omisión, en la que simplemente no se ejecuta el acto esperado del funcionario, y del rehusamiento, en el que hay una expresa o implícita renuencia a cumplir con sus deberes, en

el retardo existen plazos establecidos que el funcionario dolosamente no observa, realizando el acto debido inoportunamente a capricho suyo.

El retardo puede manifestarse también mediante prácticas obstruccionistas imputables al funcionario, aduciendo razones subjetivas (demasiada carga procesal, por ejemplo) o inventadas, imposibilidades materiales (falta de personal, etc.). Los plazos juegan un papel vital para que se perfeccione el delito, el Juez deberá tener en cuenta los plazos ordinarios y perentorios para graduar la licitud del comportamiento. En defecto o inexistencia de plazos, como indica Manzini, se deberá tomar como referente el tiempo útil para que el acto produzca sus efectos normales".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4ª edición. Lima: Grijley, 2007, p. 278.

D 0781 "Este supuesto delictivo se configura cuando el agente, siempre funcionario público, retarda, demora, retrasa, difiere, aplaza, dilata o pospone el cumplimiento de un acto funcional que está en el deber de hacer en tiempo oportuno, de acuerdo con el cargo o función que desempeña al interior de la Administración Pública.

El retardo del acto debido presupone que el agente pospone, aplaza o atrasa ilegalmente el cumplimiento del acto más allá de los términos legalmente fijados. O como afirma Abanto Vásquez, siguiendo a Fontán Balestra, retardar es un no hacer el acto en la oportunidad fijada por la ley".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 280.

D 0782 "Por retardo debe entenderse el intervalo de tiempo transcurrido entre el momento en que el acto debía realizarse y aquel en que efectivamente se realizó. En otras palabras, no se realiza el acto debido en el término establecido legalmente; es una conducta típica, de modo que el funcionario difiere su ejecución para una oportunidad posterior, fuera del marco legal".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 201.

- **La omisión, el rehusamiento o el retardo de algún acto propio del cargo del funcionario debe ser de forma ilegal**

D 0783 "Con el empleo –para construir la figura penal del incumplimiento de obligaciones– del término "ilegalmente" se ha querido enfatizar la gravedad del comportamiento del sujeto activo, quien orienta dolosamente su conducta en inobservancia de lo ordenado por la ley o contra lo reglado por la misma en el desenvolvimiento de sus actos, para así también diferenciarlo de aquellos comportamientos que resulten por negligencia culposa o por imposibilidades funcionales o técnicas. El agente actúa omisivamente cuando pudiendo actuar no lo hace, sabiendo que está infringiendo lo dispuesto en la respectiva ley que norma sus funciones o en los genéricos dispositivos constitucionales. La relevancia de los comportamientos omisivos rebasa entonces las simples implicancias de las faltas administrativas ya que deben de estar necesariamente acompañados por el dolo y la ilegalidad. De no existir ilegalidad –por

permitirlo así alguna norma, reglamento o protocolo conforme al ordenamiento jurídico– en el incumplimiento del funcionario, el hecho dejará de ser relevante penalmente. La ausencia de ley o normatividad reglamentaria sobre la obligación de actuar, apunta en igual dirección de atipicidad (falta el elemento normativo legal que obliga a actuar), dado que la norma es puntualmente precisa en determinar que el comportamiento se inscriba en el ámbito de legalidad, lo cual supone que el funcionario pueda actuar incumpliendo una obligación administrativa poseída por él, lo que resulta imposible si no tiene el deber de actuar o carece de la facultad funcional, o su ámbito de competencia es distinto del exigido, y que constituye el fundamento de la imputación penal".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4ª edición. Lima: Grijley, 2007, pp. 272 y 273.

D 0784 "Tanto los comportamientos ilícitos de omitir, rehusar o retardar el cumplimiento de un acto funcional deben ser ilegales, es decir, no deben estar refrendados o cubiertos por alguna ley, reglamento o causa de justificación. Rojas Vargas con sobriedad argumenta que con el término "ilegalmente" se ha querido enfatizar la gravedad del comportamiento del agente, quien orienta dolosamente su conducta en inobservancia de lo ordenado por la ley en el desempeño de sus actos funcionales, para así también diferenciarlo de aquellos comportamientos que resulten por culpa del funcionario público".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 281.

D 0785 "La ilegalidad del incumplimiento funcional marca así la piedra de toque, el núcleo de tipicidad, que pone de manifiesto el acto arbitrario del sujeto activo y es la actitud frente al ordenamiento jurídico que resulta insoportable tolerar. Se entiende por ilegal el comportamiento contrario a lo que dispone la ley. Si la ley determina que el sujeto tiene que emitir un acto de función en un caso determinado y no lo hace, o lo hace de modo distinto a o reglado, está contrariando la ley.

Si el acto de función que debe cumplir el funcionario no puede llevarse a cabo por razones no imputables al funcionario, configurara ello situaciones de justificación que dejan típico el hecho de incumplimiento, pero no configuran el ilícito penal".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 152.

D 0786 "Las conductas típicas deben ser "ilegales", es decir; no deben estar cubiertas por las leyes y los reglamentos. Si la reglamentación no prohíbe o no señala expresamente las obligaciones que el funcionario debe realizar, su conducta no será típica. P. ej., si no se señala al Juez la obligación de denunciar a la administración tributaria las infracciones tributarias que encuentra en la tramitación de los casos, no incurrirá en el delito de omisión analizado".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 241.

J 0067 "Que el segundo elemento está dado por el acto que le compete hacer al funcionario público en razón de su cargo, este acto está delimitado en el respectivo reglamento o Ley; de ahí que en todos los casos para tipificar la conducta se deba hacer mención necesariamente a la norma que lo obliga a realizar determinado acto.

Que, sin embargo, hasta allí su conducta se puede asimilar a una simple infracción administrativa, de ahí que el legislador haya dispuesto que esta omisión sea ilegal; es decir, debe ser contraria a las normas que regulan la Administración Pública, pero, además, debe ser dolosa, solo con el conocimiento de que se omite hacer un acto propio del cargo, omisión que se sabe es ilegal y determina la relevancia jurídico penal de la omisión".

Sala Penal Permanente. Casación N° 169-2012-Ancash, del 12 de septiembre de 2013, magistrado ponente: Neyra Flores, considerandos 8 y 9.

J 0068 "Que, el delito de incumplimiento de deberes funcionales, tipificado en el artículo trescientos setenta y siete del Código Penal, exige que el funcionario público, en el ejercicio de sus funciones omita, rehúse o retarde ilegalmente algún acto de su cargo; que, este delito no ha sido realizado por los encausados (...); puesto que, en ninguna oportunidad negaron –de manera ilegal– el acceso o la información que solicitaba el agraviado (...) por medio de copias certificadas, de lo liquidación de obra de captación de agua y riego (...), así como el informe sobre lo destrucción del Zaguán del cementerio, destrucción del mercado y abastos y de lo piscina municipal (...), sino que no podían expedirle las referidas copias por la falta del pago de un arancel determinado en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de la Municipalidad agraviada, que debió efectuar el agraviado (...), conforme se aprecia de los declaraciones de los encausados (...). En ese sentido, no configuraron el delito de incumplimiento de funciones porque actuaron conforme o su rol, estructurado en parte por el TUPA de la Municipalidad agraviada".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 1666-2010-Cusco, del 12 de julio de 2011, magistrado ponente Rodríguez Tineo, considerando 5.

- **La omisión, el rehusamiento o el retardo ilegal debe versar sobre algún acto propio de la competencia del funcionario público**

D 0787 "Constituye presupuesto básico para configurar tipicidad por este delito –que admite tres modalidades de comisión– que el funcionario posea en el ámbito de sus atribuciones regladas el acto de función que la norma penal de por supuesto en las competencias del sujeto activo y en relación al cual quebranta sus deberes positivos de aseguramiento y fomento. El funcionario infractor se halla obligado por ley, y por derivación del cargo, a cumplir los actos omitidos, rehusados u omitidos".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 151.

D 0788 "Todas estas conductas deben referirse a los actos de la función, esto es, a "los actos que son el contenido de la función, y no a los actos que el funcionario debe personalmente realizar para cumplirlos, cuya transgresión suele estar prevista como infracción

disciplinaria: faltar a la oficina, llegar tarde, retirarse antes del horario. Por eso se ha sostenido que debe tratare de actos propios de sus funciones, que contemplan no solo los actos de autoridad, sino además cualquier tarea administrativa que integre la función o la prestación de servicio del agente".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 201.

J 0069 "Que, el delito de incumplimiento de deberes funcionales, tipificado en el artículo trescientos setenta y siete del Código Penal, exige que el funcionario público, en el ejercicio de sus funciones omita, rehúse o retarde ilegalmente algún acto de su cargo; (...)".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 1666-2010-Cusco, del 12 de julio de 2011, magistrado ponente: Rodríguez Tineo, considerando 5.

J 0070 "(...) el delito de abuso de autoridad en su modalidad de omisión y rehusamiento o demora en los actos funcionales regulado en el artículo trescientos setenta y siete del Código Penal, que establece: "el funcionario público que, ilegalmente omite, rehúsa o retarda algún acto a su cargo (...)", es de agregar que este último ilícito se configura cuando el funcionario público incurre en actos comprendidos dentro de los verbos rectores mencionados, pero que son propios de su actividad funcional, debiendo su conducta causar un perjuicio a alguien".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 231-2011-Tacna, del 25 de abril de 2012, magistrado ponente: Morales Parraguez, considerando 4.

- Es tipo penal de naturaleza subsidiaria

J 0071 "[E]l delito de omisión funcional es, por su propia naturaleza, subsidiario, el mismo que se excluye ante la comisión efectiva los delitos de colusión, peculado y uso de documento privado; de igual manera, se excluye el delito de negociación incompatible, pues no solo se trata de un mero interés indebido en una actuación administrativa, sino de un efectivo concierto en una contratación pública en perjuicio de un organismo público".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 379-2015-Lima, del 24 de agosto de 2015, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 16.

- Desobedecer una orden judicial de pago no se subsume en el delito de desobediencia a la autoridad si las reglas presupuestales no permiten ejecutar dicha orden

J 0072 "Que el deber de actuación del funcionario público concernido tiene límites objetivos, no solo en su propio control de la Administración para cumplir la orden judicial –capacidad para dictar órdenes y garantizar la ejecución del mandato judicial–, sino, cuando se trata de recursos públicos, en el respeto a las regulaciones del Derecho Presupuestario. La gestión de los recursos públicos está rigurosamente normativizado, por el cumplimiento de un

pago determinado está sujeto a lo que el ordenamiento prevé y a las gestiones que sobre el particular deban hacer las autoridades competentes.

La criminalidad de una desobediencia objetiva al mandato judicial reside en que el agente público, pese a conocer el mandato judicial y poder cumplir con sus directivas –facultades legales y el tiempo razonable para acatarlo–, no lo hace. Con esta finalidad, debe examinarse cuidadosamente las atribuciones y funciones del agente público concernido, así como –tratándose de fondos públicos– la factibilidad material de su cumplimiento en atención al Derecho administrativo y presupuestario. No se puede exigir lo imposible, ni que se destinen fondos públicos sin la correspondiente autorización legal. Un mandato judicial de pago de remuneraciones exige su debido cumplimiento, pero condicionado a lo anterior. El funcionario público no decide libérrimamente sobre fondos públicos y, menos, el desobedecimiento de un mandato judicial puede estimarse delictivo si, al tiempo de su emisión, las reglas presupuestales no lo permiten. La calificación de delictivo de un incumplimiento de un mandato judicial por el solo transcurrir del tiempo no resulta razonable.

Que la intencionalidad en el incumplimiento no se deduce del hecho de que el funcionario público no comunicó a tiempo la imposibilidad de pago a la autoridad judicial que dictó el mandato. No es un problema de comunicación de la imposibilidad de pago, sino de la propia imposibilidad de hacerlo según los baremos ya indicados. Podrá ser un indicio esa inmediata omisión de justificación, pero no es suficiente para inferir que, por ello, se cometió el delito en análisis.

Cabe añadir que esa referencia a la falta de presupuesto se comunicó con la Resolución de Alcaldía de fojas veinticinco, de trece de diciembre de dos mil once. El Juzgado Mixto de Huancabamba conocía de esa situación. Luego, ni siquiera se trata de una tardanza injustificada. El imputado persistentemente hizo ver esta imposibilidad.

Que, finalmente, como consecuencia de lo anotado, fluye que el Tribunal Superior interpretó erróneamente los alcances del tipo legal de desobediencia a la autoridad. No tomo en cuenta, en su exacta dimensión, los condicionantes para el pago de dinero en las entidades del Sector Público Nacional. Esos condicionantes, en el caso concreto, determinan que la desobediencia no fue dolosa y, por tanto, que la conducta juzgada no es delictiva".

Sala Penal Permanente. Casación N° 50-2017-Piura, del 10 de abril de 2018, magistrado ponente: San Martín Castro, considerandos 7-9.

3. Tipicidad subjetiva

- **Se requiere que el agente actúe con dolo directo**

D 0789 "De la simple lectura del tipo penal se concluye que se trata de supuestos delictivos de comisión dolosa, no cabe la comisión por culpa. El agente con conocimiento que su conducta es ilegal, voluntariamente actúa y omite, rehúsa o retarda un acto funcional que le corresponde realizar. De la estructura de la fórmula legislativa se advierte que los supuestos delictivos que engloba el delito en análisis sol osera posible su comisión por dolo directo. La circunstancia de que el tipo penal no exija alguna finalidad especial que pretenda conseguir el agente con su actuar, de modo alguno puede servir para sostener que las modalidades requieren dolo eventual, como argumenta Rojas Vargas".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal.* 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, pp. 295 y 296.

D 0790 "El delito analizado, resulta ser de comisión dolosa, requiriéndose dolo directo, por la misma naturaleza de los verbos rectores, por tal razón el tipo subjetivo resultará ser el baremo diferenciador entre el injusto penal y el injusto administrativo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 330.

D 0791 "El dolo es siempre un elemento esencial en el tipo legal subjetivo. El agente es consciente de la situación concreta en que debe cumplir diligentemente con sus obligaciones funcionales y de sus posibilidades de cumplir con el acto exigido por la norma penal, y con ese conocimiento omite, rehúsa o retarda un acto propio de sus funciones, es decir permanece inactivo a sabiendas de la ilegalidad de su omisión, en función del desarrollo de los hechos".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios.* Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 86).

D 0792 "El delito es doloso. Es más, si se admite el "perjuicio para alguien" como elemento del tipo objetivo, el funcionario, al conocer y querer este elemento, tendrá que actuar siempre con dolo directo".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 242.

D 0793 "Es un delito doloso, por ende, requiere que el autor conozca que el acto que omite es propio de su función, que tal omisión es ilegal y que tenga, además, la posibilidad de actuar, ya que si no lo es posible realizar el acto no se le podrá imputar el hecho. No hay duda que este elemento normativo del tipo hace que el dolo sea directo, no admitiéndose dolo eventual, ni el directo de segundo grado. Toda discusión sobre la malicia está de más, ya que, como hemos afirmado, el problema es de los autores causalistas con problemas en la comprensión del dolo".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública.* 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, 202.

D 0794 "De la simple lectura del tipo penal, se concluye que se trata de supuestos delictivos de comisión dolosa. No cabe la comisión por culpa. El agente con conocimiento de que su conducta es ilegal, voluntariamente actúa y omite, rehúsa o retarda un acto funcional que le corresponde realizar.

De la estructura de la fórmula legislativa, se advierte que los supuestos delictivos que engloba el delito en análisis solo será posible por dolo directo. Igual ocurre con los supuestos que agravan la conducta del sujeto público".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 284.

J 0073 "Que, como indicamos, la diferencia entre la conducta penal y la administrativa en este tipo penal la constituye la existencia del dolo de realizar un acto ilegal. El dolo como parte de la estructura de la teoría del delito se ubica como un elemento subjetivo del tipo penal; sin embargo, esto no quiere decir que para declarar fundada una excepción de improcedencia de acción con la sola lectura de la imputación se puede deducir la ausencia de dolo en el actuar del sujeto, pues el dolo implica conocer que se realiza un acto contrario al derecho, tipificado en la norma, este conocimiento, o desconocimiento se tiene que acreditar con los diversos medios de prueba que acepta la ley procesal; pero su valoración se realiza en el acto de juicio oral, por ello, generalmente, el dolo no puede ser materia de una excepción de improcedencia de acción. Excepcionalmente, puede fundamentar este tipo de resoluciones, si es que se acredita en grado de certeza que efectivamente no conocía los hechos, pero esto debe reflejarse evidentemente de lo actuado, tal como sucede en los casos de justificación, causas de exclusión de la culpabilidad y error de tipo, (...)".

Sala Penal Permanente. Casación N° 169-2012-Ancash, del 12 de septiembre de 2013, magistrado ponente: Neyra Flores, considerando 12.

4. Autoría y participación

- **Es un delito de infracción de deber por lo que autor solo puede serlo el funcionario público**

D 0795 "Al tratarse de un delito de infracción de deber autor tan solo puede ser el funcionario público a título singular o colegiado –en las diversas jerarquías o escalas de competencia que señale la ley o el reglamento respectivo– que se encuentra obligado a cumplir con el acto de función, no otro funcionario que carece de dicha obligación o a quien le falta competencia por la función para realizar el acto (salvo delegaciones expresas realizadas por autoridad competente). Tampoco puede ser autor el servidor o empleado público, ni el auxiliar o asistente, dado que la autoría es restrictiva a los vinculados especiales, es decir a quienes tienen la facultad legal o reglamentaria de realizar el acto por exigirlo así el marco de sus funciones. Tiene que tratarse de un funcionario que haya asumido formal y materialmente sus funciones, ya sea que se halle integrado a la estructura de la administración estatal o participe del ejercicio de funciones públicas, o sea a quien se le ha asignado debidamente el rol de cumplir los actos de función. Al cesar la calidad pública del funcionario (jubilación, renuncia aceptada, destitución, cese, término contractual, etc.) finaliza también su calidad de sujeto activo de delito".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4ª edición. Lima: Grijley, 2007, pp. 271 y 272.

D 0796 "La autoría es solamente posible en el propio funcionario público que tiene las funciones que debe cumplir; si son varios los que las tienen y todos ellos incumplen, habrá coautoría. Puede resultar de difícil constatación práctica la complicidad de otros en estos actos omisivos puros; la instigación es, sin embargo, plenamente posible. Un caso de complicidad podría consistir en proporcionar la excusa al funcionario para que finja imposibilidad de cumplir una actividad funcionarial".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 243.

D 0797 "Se trata de un delito especial propio, de modo que solo puede ser autor el funcionario público en ejercicio de su propia función o tarea administrativa. La posibilidad de participación al nivel de la complicidad resulta poco viable, según la doctrina, que también lo califica como delito de propia mano, aunque es factible que puedan plantearse situaciones de instigación".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 202.

J 0074 "Que es claro que estamos ante un delito de infracción de deber, pues el sujeto activo para poder cometer el injusto debe ser un funcionario público, el que tiene una relación especial con el bien jurídico, pues no solo tiene el deber negativo de no dañar con su actuación algún bien jurídico (*nemin leadere*), sino que tiene el deber positivo de resguardar el mismo a través del cumplimiento de sus funciones".

Sala Penal Permanente. Casación N°169-2012-Ancash, del 12 de septiembre de 2013, magistrado ponente: Neyra Flores, considerando 5.

D 0798 "Desde la óptica de los delitos de infracción de deber, únicamente, se admite autoría directa, negándose la posibilidad de incorporar las figuras de autoría mediata o coautoría, por cuanto, el deber especial, contenido en la institución positiva, "Administración Pública", fundamenta la autoría e injusto penal, por el alto nivel personal del deber positivo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 332.

D 0799 "En delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales, tanto desde el a óptica de los delitos de dominio y delitos de infracción de deber, admite la participación delictual en todos sus extremos, es decir, admite las formas de complicidad (primaria y secundaria), esto es, será partícipe el sujeto que coopera con el plan del autor cualificado respecto al omitir, rehusar y retardar el ejercicio de la función pública, por ejemplo, el asistente judicial o fiscal que con conocimiento del juez o fiscal, esconde la solicitud presentada por el tercero requirente, con fines de evitar, retar o rehusar la emisión de un acto funcional marcado por mandato legal, dicha afirmación, encuentra amparo en la redacción de la parte final del art. 25 del CP, cuando señala que el cómplice siempre responde en referencia del hecho punible del tipo penal no concurran en él, es decir, el legislador se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación. Respecto a la figura de instigación, también es posible de su admisión en la medida que el extraño determine al funcionario público para que este último retarde, omita o rehúse el acto funcional".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 333.

5. Tentativa y consumación

- Es un delito de mera actividad por lo que no se admite la tentativa

D 0800 "No es posible admitir la tentativa en el tipo penal en razón de que se trata de un hecho punible que contiene omisiones puras. Es imposible admitir en el tipo la existencia de actos exteriorizados idóneos que se interrumpen por acciones ajenas a la voluntad del agente previo al delito en comentario".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios.* Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 93).

D 0801 "Los verbos rectores, "omitir", "rehusar" y "retardar", tienen una naturaleza de comisión instantánea, por cuanto, basta que el funcionario público, contando con las posibilidades de cumplir el acto funcional propio del cargo, incursione en las esferas de los verbos rectores para dar por consumado el tipo penal; por lo tanto, se trata de un delito de mera actividad, subsecuentemente, deviene en innecesario, para efecto consumativos, que el funcionario público cause un perjuicio al tercero requirente".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 329.

D 0802 "No es posible la tentativa, pues todas las conductas constituyen de una u otra manera, omisiones puras, antes de las cuales no hay más que actos preparativos o conductas internas. El arrepentimiento y el cumplimiento posterior solamente podrán ser evaluados por el juez como atenuantes o para aplicar medidas alternativas, según el caso".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 244.

D 0803 "Como se trata de una omisión simple, la tentativa no es posible en ninguno de los supuestos analizados".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública.* 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 203.

6. Agravantes

D 0804 "[E]l tipo penal 377 de nuestro CP ha sido modificado por la primera disposición complementaria y modificatoria de la Ley N° 30364, públicada el 23 de noviembre de 2015. La modificación ha consistido en agregar en un párrafo el supuesto agravado del delito que nosotros denominamos incumplimiento de deberes.

En efecto, allí se ha previsto que la conducta de incumplimiento de deberes es más reprochable penalmente y, por lo tanto, es merecedora de mayor sanción punitiva, cuando el agente

dolosamente omite, rehúsa o demora sin justificación razonable alguna, realizar actos funcionales referidos a solicitud de garantías personales o casos de violencia familiar.

Se presentará el primer supuesto cuando ante una solicitud de garantías personales el agente, en este caso, el funcionario público se rehúsa dolosamente a recibir la solicitud por la cual se solicitan garantías personales, o en su caso, las recibe, no obstante, se demora en realizar los actos funcionales pertinentes para extender y mejor, brindar las garantías personales que le solicitan. En tanto que se consumará la agravante del segundo supuesto, cuando el agente siempre funcionario público, en forma dolosa se rehúsa a asentar la denuncia por violencia familiar que presenta un cónyuge en contra del otro. O también se perfecciona la agravante cuando si bien el sujeto público, recibe la denuncia, no obstante, en lugar de hacer lo que corresponde, esto es, realizar los actos policiales necesarios para evitar prosiga la violencia familiar, omite o demora realizarlos.

Aquí hay que precisar que, para la configuración de los supuestos agravantes, no será necesario que la víctima acredite que, a consecuencia de la demora, rehusamiento u omisión de actos funcionales se le ocasionaron daños físicos o psicológicos. Son conductas más reprochables penalmente de peligro. Se perfeccionan con el solo demorar, omitir o rehusar en forma dolosa el acto funcional que está dentro de su competencia realizarlo".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 281 y 282.

V

DENEGACIÓN O DEFICIENTE APOYO POLICIAL

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 378 **Denegación o deficiente apoyo policial**

El policía que rehúsa, omite o retarda, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Si la prestación de auxilio es requerida por un particular en situación de peligro, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años.

La pena prevista en el párrafo segundo se impondrá, si la prestación de auxilio está referida a una solicitud de garantías personales o un caso de violencia familiar[22].

TEXTO ORIGINAL

Artículo 378.- Denegación o deficiente apoyo policial

El policía que rehúsa, omite o retarda, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años. Si la prestación de auxilio es requerida por un particular en situación de peligro, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años.

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico

D 0805 "Constituye el bien jurídico protegido la Administración Pública en la perspectiva de los deberes de cooperación en el servicio a los intereses generales que vinculan a los funcionarios públicos en el correcto ejercicio de su cargo".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 204.

D 0806 "El interés fundamental para la sociedad que se pretende proteger con la construcción de la fórmula legislativa lo constituye el normal y recto desenvolvimiento de la Administración Pública que, sin duda, se verá seriamente afectada ante la conducta del agente-policía de negarse a prestar auxilio a la autoridad o a un particular: La prestancia de la Administración Pública se ve afectada ante los ojos del conglomerado social al caer en la cuenta de que sus policial se niegan a prestar auxilio a la autoridad o a un civil".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 293.

22 Texto vigente conforme a la modificación efectuada por la primera disposición complementaria modificatoria de la Ley N° 30364, publicada el 23 de noviembre de 2015 en el diario oficial *El Peruano*.

D 0807 "Dicho lo anterior, diremos que el bien jurídico tutelado, constituye la legalidad de la actuación policial, en cuanto al deber de intervenir ante aquellas situaciones que demandan su actuación inmediata, así como la salvaguarda de bienes jurídico fundamentales de los ciudadanos, ante situaciones de extremo peligro".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 265.

D 0808 "El delito de omisión de auxilio policial, respecto al bien jurídico general, resulta ser el correcto funcionamiento de la Administración Pública, por cuanto, la finalidad del legislador aparece dirigida a la protección del interés público, empero, de manera específica, resulta ser los derechos de los particulares, ajenos a los deberes funcionariales, los cuales resultarían afectados por el agente policial, por cuando, el Estado pretende brindar un servicio idóneo en el desarrollo de la sociedad a través del sector público con la finalidad de optimizar la interacción social, garantizando el respeto de los derechos del ser humano admitido en sociedad".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 342.

2.2. Sujeto activo

D 0809 "(...) el sujeto activo del delito únicamente puede ser el policía que rehúsa, omite o retarda la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad competente, o por un particular en situación de peligro".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos.* Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 153.

D 0810 "Es el policía de cualquier grado que rehúsa, omite o retarda, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por autoridad civil competente o de un particular en situación de peligro".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios.* Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 153.

D 0811 "Estamos frente a un delito especial, pues en el contenido del tipo penal se indica en forma clara la calidad o cualidad que debe tener el agente o sujeto activo. Si el agente no reúne tal calidad, el delito no se configura. Así tenemos que sujeto activo de los comportamientos delictivos en análisis solo será un policía sin interesar el grado, el mismo que puede ser un oficial o un suboficial. E suficiente acreditar que el agente es miembro en actividad de la Policía Nacional".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 293.

D 0812 "Siguiendo el tenor literal del precepto, se infiere claramente que se trata de un delito especial propio, donde autor solo puede ser el "policía", quien rehúsa, omite o retarda un acto propio de sus funciones, de apoyar a la autoridad civil requirente".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 266.

D 0813 "A diferencia de otras legislaciones, el tipo penal peruano solamente considera autor del delito a un funcionario público específico: el policía. Como presupuesto evidente de la autoría, deberá exigirse que el policía este de servicios, es decir, ejerciendo efectivamente funciones, para poder denegarse típicamente a prestar auxilio".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 247.

D 0814 "Estamos frente a un delito especial, pues en el contenido del tipo penal se indica en forma clara la calidad o cualidad que debe tener el agente o sujeto activo.

Así tenemos que sujeto activo de los comportamientos delictivos en análisis solo será un policía, el mismo que puede ser un oficial sin interesar el grado o un suboficial. Es suficiente acreditar que el agente es miembro en actividad de la Policía Nacional".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal.* 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 299.

D 0815 "Para que pueda presentarse el quebrantamiento de los deberes funcionariales, debe tratarse de un efectivo policial en actividad de que se encuentre en pleno ejercicio de sus funciones (policiales); el cesado, destituido, suspendido o subrogado están fuera del radio de acción de la norma. Quedan excluidos también los miembros del Serenazgo, de instituciones privadas que brindan servicio de seguridad, así como otras afines que también ejecuten dichas actividades, por motivos de estricta legalidad; todo individuo que cuente con la calidad funcional de policía, si es que es requerido para efectuar una acción propia de su cargo, ha de ser reprimido conforme los alcances normativos del tipo penal de Desobediencia y Resistencia a la Autoridad".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 266.

D 0816 "Conforme lo anotado, el requerimiento puede recaer tanto a agente policial de un nivel jerárquico superior, así como sobre agentes policiales de los niveles jerárquicos más bajos de la institución. Esta generalidad y amplitud del término no ha permitido que normativamente se entre a detallar que tipo de cuerpo de policía es el obligado al auxilio".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 266 y 267.

2.3. Sujeto pasivo

D 0817 "El Estado resulta ser el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "Administración Pública", (...)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 336.

D 0818 "Sujeto pasivo siempre será el Estado.

En tanto que la autoridad que hizo el requerimiento al que no hace caso el agente, así como el particular en situación de peligro serán los directamente perjudicados con el actuar de aquel".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 294.

D 0819 "Es el Estado, en ambas figuras (básica y agravada); puede ser agraviado el particular que se encuentra en situación de peligro en las condiciones descritas en los supuestos agravados".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 107).

D 0820 "Titular de las actuaciones que deben realizar los miembros de la PNP es el Estado, adquiriendo aquel la posición de agraviado; sin defecto, de poder observarse perjuicios a los particulares, quienes se ven desprovistos de una actividad necesaria para alcanzar una pretensión legitima".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 267.

D 0821 "El tipo penal peruano, en la modalidad del primer párrafo, se refiere únicamente a la autoridad civil. Con ello se trata de funcionarios públicos distintos de los integrantes de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional; en particular, los miembros de los órganos de justicia ordinaria, pero también otras autoridades civiles como Alcaldes, el Parlamento, las autoridades universitarias, etc.".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 250.

D 0822 "En el caso agravado (segundo párrafo) el sujeto pasivo es cualquier particular en situación de peligro. El tipo penal no aclara en que consiste este peligro, pero deberá entenderse que se trata de uno que puede llevar a la lesión de bienes importantes del sujeto: la vida, la integridad corporal, la libertad individual y sexual".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 251.

D 0823 "Sujeto pasivo siempre será el Estado, en tanto que la autoridad que hizo el requerimiento al que no hace caso el agente, así como el particular en esta situación de peligro serán los directamente perjudicados con el actuar de aquel".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 299.

2.4. Conducta típica

D 0824 "El hecho punible que en conjunto denominamos "omisión de auxilio policial", en su estructura básica se configura cuando el agente o sujeto activo, que siempre será un integrante de la Policial Nacional del Perú, ya sea oficial o suboficial, pues la norma penal no hace distinción alguna, rehúsa, omite o retarda, sin causa que justifique en forma razonable su conducta, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 288.

- Omitir

D 0825 "El comportamiento delictivo se configura cuando el agente, siempre policía, omite sin justificación aparente, prescinde o desatiende la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente que normalmente está en la obligación de hacer al estar dentro de sus atribuciones".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 299.

D 0826 "El comportamiento delictivo se configura cuando el agente, siempre integrante de la policía del Perú, sin justificación aparente y razonable, omite, prescinde o desatiende la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente que normalmente está en la obligación de realizar al estar dentro de sus atribuciones".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 288.

D 0827 "El supuesto aludido aparece determinado por el verbo "omitir", en ese sentido, semánticamente, conforme aparece explicado el tipo penal, contenido en el art. 377 del CP, la RAE indica que dicho verbo proviene del latín omittere, lo cual significa "abstenerse de hacer algo", en ese sentido, el efectivo policial deja de hacer o cumplir sus obligaciones propias del cargo funcionarial".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 340.

- Rehusarse

D 0828 "El supuesto delictivo se configura cuando el sujeto activo, siempre policía, pese al requerimiento efectuado por autoridad civil competente rehúsa, rehúye, esquiva, declina, desestima o niega prestar el auxilio requerido que está en el deber de hacerlo al estar dentro de sus atribuciones".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 299.

D 0829 "El supuesto delictivo se configura cuando el sujeto activo, siempre policía oficial o suboficial, pese al requerimiento formal efectuado por la autoridad civil competente, sin justificación razonable explicable para las circunstancias del caso, rehúsa, rehúye, esquiva, declina, desestima o niega prestar el auxilio requerido que está en el deber de hacerlo por estar dentro de sus atribuciones".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 288.

D 0830 "El rehusar supone previamente que alguien, la autoridad civil competente, requiera al sujeto activo, con las formalidades del caso, la prestación de un auxilio y que este sin justificación alguna, rechace, niegue o simplemente no quiere hacerlo. El acto de rehusar puede consistir en una negativa expresa o en la realización de actos que signifiquen negativa, como por ejemplo negarse a recibir el requerimiento escrito, romper el requerimiento, mandar archivar el requerimiento o encarpetar el requerimiento".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 288 y 289.

D 0831 "Se presentará el primer supuesto cuando ante una solicitud remitida por un juez, por ejemplo, brinde las garantías personales a persona debidamente individualizada el agente policial oficial o suboficial se rehúsa dolosamente a recibir la solicitud, o en su caso, la recibe, no obstante, en forma dolosa retarda en realizar el acto funcional de brindar las garantías personales que le solicitan. En tanto que se consumará la agravante del segundo supuesto, cuando el agente siempre efectivo de la Policía Nacional, de forma dolosa se rehúsa a prestar el auxilio a alguna persona debidamente individualizada que sufre o viene sufriendo violencia familiar que le solicita legalmente un juez de familia".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 292.

D 0832 "El supuesto materia de análisis, aparece determinado por el verbo "rehusar", en ese sentido, conforme aparece explicado en el capítulo anterior, la RAE indica que dicho verbo proviene del latín *refusare*, que significa "no querer aceptar algo", por lo tanto, el tipo penal alcanza contenido, en la medida que el efectivo policial, habiendo recibido expresamente un pedido, tanto de la autoridad civil o por parte de un particular, con l finalidad que emita un acto funcional propio de su competencia, los mismos que estarían avocados a situaciones propias

de las actividades de las autoridades civiles, en caso de situaciones de peligro o por tema de violencia familiar, respectivamente, el agente policial muestra su negativa, expresa o tácita, para cumplir el pedido solicitado bajo ese contexto, el pedido tiene que estar dotado de licitud y vinculado al escenario funcional propio del cargo policial, caso contrario, el efectivo policial no tiene ninguna obligación para cumplir el requerimiento, resultando atípica la figura expuesta".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 341.

- Retardar

D 0833 "Retardar significa diferir, detener, dilatar, actuar con lentitud, entorpecer, dejar para fecha posterior, suspender algo, pero sin desistir".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 300.

D 0834 "Este supuesto delictivo se configura cuando el agente, siempre miembro de la Policía Nacional, sin explicación que lo justifique en forma razonable retarda, demora, retrasa, difiera, aplaza, dilata la prestación del auxilio que lo peticiona o requiere una autoridad civil competente".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 289.

D 0835 "El supuesto materia de comentario y en termino similares con el art. 377 del CP, aparece determinado por el verbo "retardar", según la RAE indica que proviene del latín retardare, que significa "diferir, detener, entorpecer, dilatar", por lo tanto, el agente policial, en razón de sus funciones previstas en la normatividad específica, dilata el acto funcional a pesar de encontrarse conminado por mandato legal, para cumplir dicho requerimiento dentro de un plazo perentorio".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 341.

- El omitir, rehusarse o retardar debe ser sin causa justificada

D 0836 "Otros elementos objetivos de las conductas antes analizadas que en conjunto se denominan delito de omisión de auxilio policial, lo constituye el hecho que el agente debe actuar sin causa de justificación, así como el requerimiento efectuado por la autoridad civil debe ser legal".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 289.

D 0837 "El actuar sin causa de justificación significa que el agente omite, rehúsa o retarda prestar el auxilio requerido sin explicación razonable que justifique en forma plausible

su conducta. En forma objetiva no existe razón o motivo que justifique la omisión del policía que, por la misma función desempeñada en el conglomerado social, está en la obligación de prestar auxilio o apoyo a la autoridad civil que le requiera. No necesariamente la causa de justificación puede ser de las especificadas en la ley penal. Puede ser también de cualquier otra naturaleza".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 289 y 290.

D 0838 "Según, el precepto penal, la tipicidad de la conducta está condicionada a que la omisión funcionarial tome lugar: "sin causa justificada"; quiere decir esto, que pueden aparecer motivos atendibles, que justifiquen la omisión del apoyo policial, incidiendo en una causal de atipicidad penal".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 269.

D 0839 "La denegación de auxilio no debe estar justificada. Con esto no se refiere el tipo penal a una "causa de justificación" específica, sino a una circunstancia indicada en la ley que excuse del auxilio al funcionario o a la imposibilidad fáctica de cumplir con el auxilio".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 251.

D 0840 "Otro de los requisitos del tipo es la ausencia de causa justificada que haya llevado a omitir, rehusar o retardar el cumplimiento del auxilio requerido. La doctrina es conteste en señalar que este requisito no se limita a las causales generales de exclusión de antijuridicidad (art. 34, Cód. Pen.), sino que también pueden darse otros supuestos, fuera de las causas de justificación, que lleven a determinar la ilicitud de la conducta. En efecto, "la falta de elementos para restar el auxilio; la imposibilidad de prestarlo en las condiciones requeridas, hasta el error táctico en la ejecución de los actos propios de auxilio que entorpezcan su prestación en la medida y oportunidad necesarias de acuerdo con el requerimiento", pueden constituir causas justificadas para la omisión, retardo o rehusamiento analizados".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 205.

D 0841 "El término "sin causa justificada" o sin justificación que emplea el legislador en el tipo descrito en el artículo 378 del Código Penal constituye un elemento normativo, que debe estar sujeto a una valoración jurídica por parte del juzgador, la cual no puede ser arbitraria o subjetiva, sino tomando en consideración los diversos referentes concurrentes en el caso concreto".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 104).

D 0842 "Para la doctrina penal, las causas justificantes están referidas a aquellas circunstancias que concurren en la realización del hecho ilícito, que le quitan el carácter de ilícito a aquellas circunstancias que concurren en la realización del hecho ilícito, que le quitan el carácter de ilícito, en determinados casos, y que están precisadas por la ley como, por ejemplo, aquellas causas de justificación prescritas en el artículo 20 del Código Penal. Sin embargo, la expresión "sin causa justificada", que sigue a los verbos rectores del tipo en comentario, tienen una característica especial: no se agota en las causas de justificación establecidas en el artículo 20 del CP, ni está referida exclusivamente a ellas, sino que tiene una connotación más genérica e indeterminada en su interpretación, fuera de lo que expresamente señala dicho precepto".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios.* Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 104).

- La prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente

D 0843 "En tanto que "legalidad del requerimiento" significa que el requerimiento o petición de auxilio o apoyo que se le hace al policía debe ser efectuado por autoridad civil competente (fiscal, juez, alcalde, autoridad electoral, etc.), es decir, el requerimiento debe ser efectuado como consecuencia del ejercicio de las funciones de aquella autoridad. (...).

La legalidad del requerimiento en concreto debe entenderse, en primer lugar, que sea una autoridad civil competente quien lo solicite; luego, que observe las formalidades del caso, si estas resultan exigibles. La formalidad del requerimiento puede revestir diversas variantes: puede ser escrita, debidamente rubricada y sellada, verbal, etc.".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 291.

D 0844 "Primer punto a saber, es que la denegación del auxilio policial, deben obedecer a un requerimiento impartido por la "autoridad civil"; es partir de este elemento normativo, que se pretende distinguir actos típicos de desobediencia, que acontece en el seno de las instituciones castrenses y policiales, donde los inferiores jerárquicos están obligados al acatamiento de las ordenes emitidas por sus superiores jerárquicos, lo que no sucede en el marco de la solicitud –legalmente cursada por la autoridad civil–, tal como se expone en el enunciado normativo. La exigencia de actuar del agente policial no radica en una relación de obediencia, sino en los alcances imperativos de la Ley, que exige una cooperación y ayuda de los órganos policiales competentes".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 267.

D 0845 "La legalidad del requerimiento requiere que responda a una motivación jurídicamente posible y sea realizado en la forma dispuesta por la ley; dentro de este último

requisito queda comprendida la exigencia de que el requerimiento sea dirigido a la fuerza legal o reglamentariamente pueda o deba prestarlo".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 268 y 269.

D 0846 "Conforme lo anotado, la denegación de auxilio policial debe tener como contexto un peligro real y eminente, susceptible de poder causar una lesión a la integridad del bien jurídico del ciudadano; ante una situación de mínima levedad, por ejemplo, de que el cachorro de su dueña haya sido extraviado, si en cambio ante la fuga de malhechores que han sustraído dinero de un transeúnte".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 271.

D 0847 "El requerimiento para ser exigible a la persona del policía, debe llegar a su esfera de conocimiento, si aquel por motivos atendibles no toma conciencia de ello, no se dará la esfera subjetiva del injusto".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 271.

D 0848 "El auxilio al que se ve obligado cumplir el efectivo policial, en el primer párrafo del tipo penal, hace alusión al pedido que le efectúa la autoridad civil (el funcionario público con jurisdicción y capacidad para hacer cumplir sus decisiones: juez, fiscal, etc.) con las formalidades del caso y poseyendo competencia para realizar el requerimiento".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 154.

D 0849 "El policía no puede negarse a concretar el pedido formal de la autoridad, salvo que ello suponga ordenes arbitrarias o ilegales, o se halle técnica, humana o logísticamente imposibilitado, supuestos en los cuales le asistirá una causa de justificación que no generara ilicitud en su comportamiento. El límite de la tipicidad del comportamiento está dado por la autoridad civil, de modo que requerimiento proveniente de autoridades policiales o militares no ingresan en los alcances de tipicidad objetiva de este delito".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 154.

D 0850 "También es necesaria la existencia de un requerimiento de auxilio por parte de la autoridad civil competente. Esta última debe ordenar, interpelar o intimidar a la prestación del auxilio".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 205.

D 0851 "El requerimiento debe ser legal, "debe tener un objeto constitucional y legalmente admisible, y, cuando se lo haya dispuesto, debe guardar la forma establecida. No es necesaria una forma determinada, ni importa el medio por el cual se formula el requerimiento, que puede ser escrito u oral".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 205.

D 0852 "Se exige que responda a una motivación jurídicamente posible (quedan excluidos, entonces, el requerimiento de auxilio destinado a hacer cumplir una sentencia absurdamente inconstitucional, o el caso del oficial de justifica que requiera la fuerza pública para allanar un domicilio sin orden o con una orden defectuosa, o si el juez lo hace para poner en prisión a una persona contra la cual no hay imputación alguna que lo autorice). Para que este presente el requisito de legalidad también es necesario que el requerimiento este dirigido a la fuerza que debe prestar el auxilio dentro de su ámbito de actuación".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, pp. 205 y 206.

D 0853 "Asimismo, el requerimiento debe ser formulado por autoridad civil competente, es decir, cualquier funcionario público nacional o municipal, de cualquiera de los tres poderes del Estado, "que este legalmente facultado para requerir al jefe o al agente destinatario, el auxilio de la fuerza pública en el caso particular de que se trata". No están comprendidas las autoridades militares, ni los jefes o agentes de la misma fuerza pública, independientemente de que pueda configurarse otro delito".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 206.

D 0854 "El tipo penal precisa la existencia de un requerimiento a título de auxilio, es decir, en este extremo el elemento descriptivo típico delimita, expresamente, la conducta delictual, exigiendo el requerimiento expreso de auxilio policial, en ese sentido, dicho requerimiento puede ser de cualquier modo (escrito o verbal), siendo ideal que exista una vía documental posible de ser acreditada para efectos probatorios, por ejemplo, oficios, memorando, correos electrónicos, fax, etc.".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 337.

D 0855 "El requerimiento de auxilio policial, puede realizarlo la autoridad civil, es decir, el tipo penal, aplica una cláusula abierta respecto a la clase de autoridades civiles, por lo tanto, se trata de cualquier autoridad habilitada legalmente en el mundo social en determinados casos propios de su campo de acción y necesidad concreta, así tenemos, como autoridades civiles al presidente de la república, presidentes regionales, alcaldes, jueces, fiscales, directores de instituciones públicas y privadas, etc., quienes producto de sus actividades necesitan el apoyo

policial, dicho pedido se suelen dar en situación cotidianas de la función, por ejemplo, movilizaciones y actividades públicas, huelgas, toma de locales, desalojos, etc.".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 338.

D 0856 "De la misma manera, que los supuestos anteriores, la técnica legislativa advierte que el auxilio policial puede solicitarlo un particular, es decir, un ciudadano en su condición de persona humana a quien el Estado garantiza el respecto a su dignidad, por cuanto, resulta ser el fin supremo estatal conforme indica el art. 1 de la Carta Magna. (...) De manera complementaria, la técnica legislativa, en este extremo, establece que el auxilio policial aparece vinculado con la existencia de una situación peligrosa, es decir, el tipo penal, precisa que no se trata de cualquier requerimiento, sino, únicamente, requerimiento propio de situaciones peligrosas; por ejemplo, desalojos, usurpaciones, amenazas, etc.".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 338.

D 0857 "Las mencionadas garantías personales aparecen autorizadas y tramitadas, según la directiva mencionadas líneas arriba, por los gobernadores en sus respectivas jurisdiccional, quienes previa evaluación del caso y el cumplimiento de los requisitos para tal fin, las otorgarán en salvaguarda de las libertades y derechos reconocidos por la Constitución Política del Perú, velando por su cumplimiento. En ese sentido, habiéndose obtenido la garantía personal, el tercero requirente acude a los miembros de la Policía Nacional con la finalidad de solicitar el auxilio policial, por la existencia de un inminente peligro, encontrándose el personal policial obligado, por mandato legal, a prestar el auxilio respectivo, en ese sentido, en el caso que exista omisión, rehusamiento o retardo, el tipo penal intensifica el reproche penal, castigando con la pena agravada".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 339.

D 0858 "Para la configuración del tipo, la norma exige también un requerimiento previo de auxilio policial. Este puede ser verbal o escrito, pero debe guardar cierta formalidad. No tiene una connotación de apercibimiento o de exigibilidad".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 105).

- Modalidad típica agravada

D 0859 "La conducta de omitir, rehusar o retardar la prestación de auxilio se agrava cuando el pedido o requerimiento de auxilio viene de un ciudadano particular que se encuentra en situación de peligro. Es lugar común en la doctrina sostener que el tipo penal no exige un peligro inminente y gravísimo, simplemente se exige que el peligro en que se encuentra el

particular que solicita al policía auxilio tenga la característica de serio e idóneo para afectar bienes jurídicos de importancia".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 291.

D 0860 "En otro extremo, por la Ley N°30364 del 23 de noviembre de 2015, en su primera disposición complementaria y modificatoria, se han incorporado dos agravantes más para el delito de omisión de auxilio policial. En efecto, allí se ha previsto que el agente policial será sancionado con la misma pena de la agravante antes analizada, si la prestación de auxilio requerido por autoridad civil competente está referida a una solicitud de garantías personales o un caso de violencia familiar".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 292.

D 0861 "La circunstancia de agravación –in examine–, no se dirige a tutelar la eficaz cooperación que debe existir entre los diversos estamentos de la Administración Pública, al denegarse el auxilio a un particular en una situación concreta de peligro".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 270.

D 0862 "El segundo párrafo el tipo penal abarca, en forma ya abierta, la situación de relevancia penal de los efectivos policiales que no dan auxilio a particulares que se hallan en situación de peligro, sin que aquí interese que exista o no un requerimiento formal. La Ley N° 30364 ha agregado otra forma de omisión: cuando la prestación de auxilio está referida a una solicitud de garantías personales o un caso de violencia familiar".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 154.

D 0863 "Teniendo como antecedente los criterios legales expuestos, el tipo penal, indica, que el auxilio judicial aparece ligado a casos de violencia familiar, de tal modo que, en el supuesto que el efectivo policial omita, rehúsa o retarde sus funciones, en razón del cargo específico, consumaría el tipo penal, siendo castigado con la penal agravada del tipo penal citado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 340.

3. Tipicidad subjetiva

D 0864 "De la lectura del tipo penal se deduce que estamos ante una conducta netamente dolosa, no cabe la comisión por culpa. EL agente con conocimiento que la autoridad civil o un tercero en peligro le requiere auxilio, voluntariamente y sin justificación alguna se niega, rehúsa o retarda prestar el auxilio que se le solicita".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal.* 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 300.

D 0865 "El delito de omisión al auxilio policial resulta ser de comisión dolosa, requiriéndose dolo directo por la misma naturaleza de los verbos rectores, por tal razón el tipo subjetivo resultará ser el baremo diferenciador entre el injusto penal y el injusto administrativo, tan igual que en la figura delictual contenido en el art. 377 del CP".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 343.

D 0866 "De la lectura del tipo penal, se deduce que estamos ante una conducta netamente dolosa, no cabe la comisión por culpa. El agente; con conocimiento de que la autoridad civil o un tercero en peligro le requiere auxilio, voluntariamente y sin justificación alguna, se niega, rehúsa o retarda prestar el auxilio que se le solicita".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 295.

D 0867 "El delito solo es reprimible a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el agente no presta auxilio al requerimiento de la autoridad civil, pese a saber que está obligado por ley a hacerlo.

El aspecto cognitivo del dolo ha de abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal; en este caso de la exigibilidad del requerimiento. Si la solicitud no fue conocida por el agente policial, habrá de negarse la tipicidad subjetiva".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 270.

D 0868 "Es un delito doloso. Es decir, el autor debe conocer la situación de hecho, debe tener la voluntad, conforme a ese conocimiento, de realizar la conducta típica".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública.* 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, pp. 206 y 207.

D 0869 "El tipo penal no exige ni expresa ni tácitamente una finalidad especifica. El dolo del sujeto debe abarcar el conocimiento de la existencia del requerimiento y su legalidad, así como el conocimiento y la voluntad de rehusar, retardar u omitir la prestación de auxilio. Por lo tanto, teóricamente es posible el dolo eventual".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 251.

4. Autoría y participación

D 0870 "(...) Desde la óptica de los delitos de infracción de deber, únicamente, se admite autoría directa, negándose la posibilidad de incorporar las figuras de autoría mediata o

coautoría, por cuanto, el deber especial, contenido en la institución positiva, "Administración Pública", fundamenta la autoría e injusto penal por el alto nivel personal del deber positivo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 345.

D 0871 "En el delito de omisión al auxilio judicial; tanto desde la óptica de los delitos de dominio y delitos de infracción de deber, admite la participación delictual, en todos sus extremos, es decir, admite las formas de complicidad (primaria y secundaria), esto es, será partícipe el sujeto que coopera con el plan del autor cualificado respecto al omitir, rehusar y retardar el ejercicio de la función pública, dicha afirmación, encuentra amparo, en la redacción de la parte final del artículo 25 del CP, cuando señala que el cómplice siempre responde en referencia del hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él, es decir, el legislador se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación. Respecto a la figura de la instigación, también es posible su admisión en la medida que el extraño, determine al efectivo policial, para que este último, retarde, omita o rehúse el acto funcional".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 345.

5. Tentativa y consumación

D 0872 "Al constituir un delito de mera actividad (omisiva), su consumación no lleva aparejada la causación de un perjuicio a un derecho subjetivo, basta con no realizar la acción exigida por la normativa; en el caso de la circunstancia de agravación, tampoco se requiere de que el peligro se concretice en una lesión efectiva al bien jurídico del particular; empero, cuando la inercia del agente policial ha permitido que se concretice el daño en la vida, cuerpo o salud del ciudadano, estaríamos ante un Concurso delictivo con el tipo penal común (Lesiones, Homicidio), por comisión por omisión".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 270.

D 0873 "El delito se consuma cuando el sujeto rehúsa, omite o retarda la prestación de auxilio. Tampoco es necesario que se haya frustrado o perjudicado el acto para el que se requirió el auxilio. La doctrina coincide en sostener la inadmisibilidad de la tentativa".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, pp. 207 y 208.

D 0874 "El delito es de mera actividad y de emprendimiento. Se consuma con la omisión, el retardo o el rehusamiento. Al igual que en la "omisión de auxilio" no es posible la tentativa. El tipo penal describe figuras de emprendimiento".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 252.

D 0875 "Los verbos rectores, "omitir", "rehusar" y "retardar", tan igual que la figura delictual previsto en el art. 377 del CP, tienen una naturaleza de comisión instantánea, es decir, basta que el agente policial, contando con las posibilidades de cumplir el acto funcional propio del cargo, incursione en las esferas de los verbos rectores para dar por consumado el tipo penal, por lo tanto, se trata de un delio de mera actividad, subsecuentemente, deviene en innecesario, para efectos consumativos, que el agente policial cause perjuicio al tercero requirente".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 342.

D 0876 No es posible el delito tentado en la figura analizada, por cuanto, en los delitos de mera actividad dicha figura es inaplicable".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 343.

D 0877 "La forma agotada aparece identificada, tan igual que en los delitos de abuso de autoridad y el delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales, con todos los actos posteriores a la manifestación de los verbos rectores, esto es, la concreción del perjuicio en el tercero requirente".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 344.

D 0878 "Aquí hay que precisar que, para la configuración de los supuestos agravantes, no será necesario que el titular de la acción penal acredite que, a consecuencia del retardo, rehusamiento u omisión de actos funcionales se ocasionaron daños físicos o psicológicos. Son conductas de peligro más reprochables penalmente. Se perfeccionan con el solo retardar, omitir o rehusar en forma dolosa el acto funcional de auxilio policial, acto funcional que está dentro de su competencia realizar".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 292 y 293.

D 0879 "Tal como está construida la fórmula legislativa del delito en hermenéutica jurídica, es lugar común en la doctrina nacional considerar que los comportamientos delictivos son de mera actividad o emprendimiento. Esto significa que se consuman con la sola verificación de la conducta omisiva, la conducta de rehusar o la conducta de retardar a prestar auxilio requerido. A efectos de perfeccionarse el hecho punible, no se necesita acreditar que con tal conducta se haya causado algún perjuicio real o efectivo a la Administración Pública ni menos a un tercero".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 295 y 296.

D 0880 "Todas las formas de modalidad del injusto de denegación de auxilio policial, al constituir variantes de "Omisión Propia", no requieren de la producción de un perjuicio así como la verificación objetiva de una lesión a un derecho determinado, la perturbación ha de verse conforme el correcto funcionamiento de la cooperación de estas agencias policiales y, cuando la denegación versa sobre el requerimiento de auxilio de un particular, se configura la agravante contenida en el último párrafo del articulado".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 269.

D 0881 "Un delito así concebido, en cualesquiera de sus modalidades típicas, importan variantes de omisiones, cuya perfección delictiva se alcanza en el momento en que el autor (policía) estaba obligado a realizar la acción de apoyo requerida por la autoridad civil. La modalidad de retardo funcional tomara lugar conforme a una valoración estricta de los plazos perentorios fijados en la Ley de la materia; mientras que la modalidad de rehusamiento, cuando el agente requerido formalmente por la autoridad, se niega a prestar el auxilio, sea de forma verbal o escrita".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 269 y 270.

VI

OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN DE ÓRDENES DE LA AUTORIDAD

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 379 **Oposición a la ejecución de órdenes de la autoridad**

El funcionario público que requiere la asistencia de la fuerza pública para oponerse a la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o contra la ejecución de sentencia o mandato judicial, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico

D 0882 "Es el normal desarrollo de la Administración Pública, que se ve lesionado, perturbado o menoscabado en su eficacia por los propios funcionarios públicos que requieren maliciosamente la asistencia de la fuerza pública, para oponerse a la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o contra la ejecución de sentencia o mandato judicial".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios.* Lima: Gaceta Jurídica, 2018, pp. 114 y 115).

D 0883 "El bien jurídico protegido es el correcto y normal funcionamiento de la Administración Pública, en tanto que el interés particular que se busca proteger es el eficaz u ordenado desempeño de las instituciones públicas que ejercen funciones definidas como fuerza pública".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 299.

D 0884 "El bien jurídico afectado sigue siendo el "normal desenvolvimiento de la Administración Pública", pero si se busca en concreto el interés u OBJETO atacado, este será el eficaz u ordenado desempeño de los funcionarios que ejercen funciones definidas como "fuerza pública".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 254.

2.2. Sujeto activo

D 0885 "Es el funcionario público con competencia para efectuar el requerimiento de la fuerza pública".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 302.

D 0886 "Conforme la descripción típica del articulado, autor del delito no puede ser cualquiera, únicamente aquel investido con la función pública y, más específicamente el funcionario que se opone a la ejecución de disposiciones u órdenes legales o contra la ejecución de sentencias o mandatos judiciales, haciendo uso de la fuerza pública y como dice Creus, debe ser competente para requerir el auxilio público, si no cuenta con ducha potestad supondría una Usurpación de Funciones ajenas".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 273.

D 0887 "Es el funcionario que tiene la facultad de acuerdo a ley para requerir el auxilio de la fuerza pública. El tipo no comprende como sujetos activos a los militares ni a los propios policías, tampoco a los servidores públicos".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios.* Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 115).

D 0888 "El delito de requerimiento ilegal de la fuerza pública, respecto a los sujetos, resulta ser un delito de dominio, específicamente, delito especial propio, por cuanto, conforme a todas las demás figuras delictuales que cumplen tal condición, el tipo penal demanda la presencia de un agente delictual cualificado, esto es, funcionario público, en ese sentido, dicha condición especial restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 347 y 348.

D 0889 "Sujeto activo. Debe tratarse de un funcionario público que no esté legitimado para requerir la fuerza pública o, estándolo, hace abuso de sus funciones para requerirla cuando no debe hacerlo".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 254.

D 0890 "La fuerza pública no es un concepto que tenga una definición legal aceptada en nuestro medio. Sin embargo, debe entenderse aquí el legislador se refiere a la autoridad al servicio de la sociedad, cuyas funciones tengan "carácter coercitivo" y pueden ser empleadas para oponerse a la ejecución de las leyes, órdenes dadas por funcionarios o las sentencias o mandatos judiciales. En tal caso, únicamente puede entrar en consideración la Policía y entidades policiales similares como los guardianes de las cárceles, la policía fiscal o aduanera, etc. A ellos podrían agregarse otros que ejerzan "fuerza pública" en la realidad peruana en virtud de las leyes que reconocen su actividad, p. ej., como las "rondas campesinas" e incluso los miembros del "serenazgo"".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 255 y 256.

D 0891 "Solo puede ser autor de este tipo penal el "funcionario público, legalmente facultado para requerir la asistencia de la fuerza pública de que se trate en el caso". Como se ha tenido en cuenta específicamente el peligro que constituye para la Administración Pública el abuso de la competencia del funcionario, cabe concluir que no puede ser autor de este delito el funcionario que teniendo la facultad de mandar o disponer de la fuerza pública, carece de la facultad de requerir el concurso de otra fuerza pública".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 209.

D 0892 "Estamos ante un delito especial toda vez que sujeto activo solo puede ser una persona que tenga la calidad o cualidad de funcionario público en ejercicio de sus funciones, nunca un servidor público. Solo aquel que tiene poder de mando en la Administración Pública está en la posibilidad de ser autor del delito".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 299.

2.3. Sujeto pasivo

D 0893 "El sujeto pasivo es el Estado peruano, a través de su Administración Pública".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 302.

D 0894 "El sujeto pasivo es el Estado".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 115).

D 0895 "El Estado resulta ser el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "Administración Pública", (...)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 348.

D 0896 "Es el Estado, como titular de las actuaciones que toman lugar en el seno de toda la Administración Pública, en cuanto a la ejecución de los dispositivos legales y de las resoluciones jurisdiccionales".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 274.

D 0897 "El sujeto pasivo siempre será el Estado, único titular del bien jurídico genérico como específico ya anotados".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 299.

2.4. Conducta típica

D 0898 "La acción consiste en "requerir" la asistencia de la fuerza pública pero no para cualquier cosa, sino específicamente para oponerse a la ejecución de disposiciones legales de la autoridad o contra la ejecución de sentencia o mandato judicial; el elemento subjetivo del caso exige precisamente la disposición de la fuerza con la finalidad prevista, es decir el auxilio para oponerse al mandato judicial".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal.* 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 302.

D 0899 "Este el segundo momento de la conducta típica, la cual deberá tener dos finalidades específicas: en primer lugar, oponerse a la ejecución de disposiciones u órdenes de la autoridad; en segundo lugar, oponerse a la ejecución de una sentencia o mandato judicial".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal.* 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, pp. 302 y 303.

D 0900 "El empleo del término "para oponerse a la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o contra la ejecución de sentencia o mandato judicial", denota el inicio de la ejecución o del cumplimiento de lo ordenado, a os que el agente se opone empleando o pretendiendo emplear el uso de la fuerza pública, de manera que no basta el simple requerimiento".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios.* Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 114).

D 0901 "El supuesto analizado advierte que el sujeto cualificado, funcionario público, mantiene oposición contra toda decisión plasmada en un medio formal, es decir, sentencia o resolución judicial, administrativa, fiscal, etc., emitida por autoridad competente, dicho medio formal se encuentra revestida de toda legalidad, por cuando, proviene por funcionario público en ejercicio de sus atribuciones, situación que pretende enervar del agente delictual".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 349.

D 0902 "El tipo penal analizado, contiene una figura delictual determinada por el verbo requerir, en este caso, la asistencia de la fuerza pública, por tanto, no es posible la realización del delito mediante forma omisiva, es decir, no es posible que el tipo penal se ejecute por omisión propio, toda vez que dicha modalidad tiene que aparecer expresamente en el tipo, situación que no existe. Con relación a la figura de omisión por comisión, es decir, omisión impropia, considero que tampoco sería posible su aplicación, por cuanto, al tratarse de un delito de mera actividad, dicha figura no resulta aplicable por su misma naturaleza".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 349.

D 0903 "(...) el legislador ha utilizado la palabra "requiere", para enfatizar con ello que se trata también de un tipo penal que hace uso de elementos formales en su redacción. No será por lo tanto cualquier pedido que haga el funcionario público el que de cuerpo al núcleo de tipicidad del delito de requerimiento ilegal de la fuerza pública".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 155.

D 0904 "El tipo penal toma como presupuesto de relevancia penal que el sujeto activo busque obstruir o dificultar la ejecución de disposiciones, ordenes o sentencias, es decir, que obstaculice o frustre el desenvolvimiento de sectores de la Administración Pública o específicamente del orden jurisdiccional".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 156.

D 0905 "Lo que puede suscitar niveles de debate aquí es el uso y alcances de la frase "fuerza pública", que puede llevarnos a confusiones en la interpretación. Hay que entender en una primera línea general, que con ella nos estamos refiriendo a la Policía Nacional, pero también en determinados casos a fuerzas públicas sectorizadas (policía municipal, penitenciaria, etc.), dada la importancia que estas han adquirido en la actualidad y que pueden ser instrumentalizadas por funcionarios infractores".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 156.

D 0906 "En este delito no se trata de solicitar formal e imperativamente la participación de funcionarios que tengan por función la de ejercer actividades coercitivas contra los ciudadanos para obligarlos a cumplir con tal actividad funcionarial. Se excluyen los pedidos cuyo cumplimiento no sean del libre arbitrio de la fuerza pública. Precisamente, la exigencia de este "requerimiento" previo hace impune la orden de un funcionario a sus subordinados para que resistan el cumplimiento de una actividad funcionarial de otro".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 255.

D 0907 "La acción típica debe dirigirse contra un acto funcionarial que ejecuta una orden, una sentencia o un mandato judicial legales (dados según las formalidades de ley) incluso si son injustos intrínsecamente, pero no cuando eran ilegítimas (dadas por funcionario incompetente, pues en este último caso habrá atipicidad".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 256.

D 0908 "La fuerza pública requerida estará dirigida a oponerse a la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad, a la ejecución de sentencias o de mandatos judiciales. Se presupone que estas leyes, ordenes, sentencias y mandatos son legítimos".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 256.

D 0909 "La acción consiste en requerir la asistencia de la fuerza pública. (...) el requerimiento no constituye una simple petición de asistencia de la fuerza pública a su jefe o agente, sino que el requerimiento previsto por el tipo es una intimación a darla, la que debe ser realizada conforme a los requisitos legales, y destinada a favorecer o ayudar al funcionario público a resistir de hecho el cumplimiento de los dispuesto u ordenado".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 208.

D 0910 "La asistencia contemplada en el artículo analizado es la disposición de la fuerza con la finalidad prevista, es decir "su auxilio para oponerse al acto administrativo".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 209.

D 0911 "Primer punto a saber, entonces, es el "requerimiento de la asistencia de la fuerza pública" por parte del *intraneus*, quien formalmente debe solicitar a alguien miembro de la PNP, intervenir en apoyo de la labor funcionarial; petición que debe plasmarse formalmente en un documento –con carácter prescriptivo–, que debe observar las formas prescritas por la Ley, empezando con la esfera competencial del órgano requirente, la fecha exacta de la intervención así como la identificación del destinatario; los motivos en este caso han de ser legalmente injustificados (ilegales) Puede incluso el funcionario falsear la verdad de los hechos, induciendo en error al agente policial requerido".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 274.

D 0912 "A efectos de punición no resulta necesario que la fuerza pública preste de forma efectiva el requerimiento solicitado; basta con que el pedido haya sido debidamente notificado a la instancia policial respectiva para que se dé por consumado el tipo penal; (...) y menos aún que la oposición llegue a tener lugar o que se haya logrado impedir la ejecución; lo típico es requerir".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 274.

D 0913 "Segundo elemento a saber, es la finalidad de la actitud de resistencia, que persigue el autor: "la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o contra la ejecución de sentencia o mandato judicial"".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 275.

D 0914 "La disposición legal es presupuesto de la acción que se halle en vía de ejecución de la disposición u orden legal o sentencia o mandato judicial. El hecho consiste en requerir la asistencia de la fuerza para oponerse a ellos.

Importa un mandato imperativo que emana de una Ley, de naturaleza ejecutiva; la orden legal importa la decisión emitida por un funcionario público con autoridad, disponiendo la ejecución de un acto en un determinado sentido; en el caso de las decisiones que se expiden en el ámbito del Poder Judicial, es de verse que ciertas resoluciones (autos y sentencias), cuentan con carácter ejecutivo cuando así se ventila en el proceso pertinente aquellas resoluciones judiciales firmes)".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 275.

D 0915 "La fuerza pública, por ende, es aquella encomendada a cautelar la seguridad pública, en cuyo ejercicio de la fuerza compulsiva que le confiere el derecho positivo y, dicha institución es la PNP, tal como se desprende del artículo 166 de la Ley Fundamental".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 275.

D 0916 "De la lectura del tipo penal se advierte que el delito etiquetado como "requerimiento ilegal de la fuerza pública" se configura cuando el agente-funcionario público en actividad, ilegalmente y sin justificación Parente, requiere, solicita, peticiona o exige la asistencia, auxilio o apoyo de la fuerza pública para oponerse a la ejecución de disposiciones u órdenes legales emitidas por autoridad competente o para oponerse a la ejecución de sentencias o resoluciones judiciales".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 297.

D 0917 "El sujeto activo debe estar en actividad o en pleno ejercicio de sus funciones, pues, caso contrario, es evidente que la fuerza pública no tendrá obligación alguna para prestarle asistencia requerida".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 297.

D 0918 "El objetivo del requerimiento es obtener el concurso de la fuerza pública para desarrollar actos obstruccionistas –de rechazo, oposición o resistencia– dirigidos a hacer ineficaces la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o la ejecución de sentencias o mandatos judiciales".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 298.

D 0919 "La finalidad de la asistencia de la fuerza pública es oponerse a la ejecución de disposiciones u órdenes legales emanadas de autoridad competente. El termino disposición es genérico y abarca tanto a leyes, decretos, resoluciones legislativas, ordenanzas, etc., en tanto que ordenes legales son mandatos específicos emitidos por autoridad que mandan a hacer o no hacer algo. Y, por su parte, ejecutar significa realizar material y jurídicamente el contenido de las disposiciones, ordenes legales o sentencias emitidas por la autoridad competente".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 298.

3. Tipicidad subjetiva

D 0920 "Es un delito de dolo directo; consiste en requerir la asistencia o ayuda de la fuerza pública, entendiéndose como tal a la Policía Nacional, que, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, tiene casi el monopolio del uso de la fuerza pública y la coerción sobre las personas y sobre las cosas, todo ello a efectos de oponerse a la ejecución que se describe en el tipo en comentario".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios.* Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 112).

D 0921 "El tipo penal analizado resulta ser un delito de comisión dolosa, exigiendo dolo directo, no es posible la forma culposa, por cuanto del tipo penal no se advierte la cláusula de correspondencia expresa que haga alusión a la forma culposa, conforme se señala el art. 12 del CP vigente".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 350.

D 0922 "TIPO SUBJETIVO. El tipo penal exige dolo directo debido a que el conocimiento y la voluntad dolosas deben referirse, además de los demás elementos objetivos, a la ilegalidad del requerimiento, al abuso de su competencia, además de la finalidad específica de oponerse a determinados acto de ejercicio de función pública".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 257.

D 0923 "Es un delito doloso. El autor debe conocer la existencia de la disposición, la orden, la sentencia o el mandato, la legalidad de ellos y por consiguiente la ilegalidad del requerimiento, y debe tener la voluntad de formularlo para oponerse a aquellos. También debe saber y querer abusar de su competencia al formular el requerimiento".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 209.

D 0924 "La incriminación de este delito está condicionada al dolo del agente, conciencia y voluntad de realización típica; el autor requiere el uso de la fuerza pública, sabiendo que se trata de una petición ilegal, al estar de por medio la ejecución de una orden legal legitima de la autoridad o de una resolución jurisdiccional".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 276.

D 0925 "De la lectura del tipo penal se desprende que se trata de un delito de comisión dolosa, no cabe la comisión por culpa del agente, es decir, el agente actúa con conocimiento de que lo está haciendo de modo ilegal, y además, busca una finalidad específica, no obstante, voluntariamente actúa poniendo en peligro o lesionando el bien jurídico protegido".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 299 y 300.

4. Autoría y participación

D 0926 "(...) Conforme se viene sosteniendo reiteradamente, desde la óptica de los delitos de infracción de deber, únicamente, se admite autoría directa, negándose la posibilidad de incorporar las figuras de autoría mediata o coautoría, por cuanto, el deber especial, contenido en la institución positiva, "Administración Pública", fundamenta la autoría e injusto penal por el alto nivel personal del deber positivo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 352.

D 0927 "El delito analizado, tanto desde la óptica de los delitos de dominio y delitos de infracción de deber, admite la participación delictual en todos sus extremos, es decir, admite las formas de complicidad (primaria y secundaria), esto es, será partícipe el sujeto que coopera con el plan del autor cualificado respecto al requerimiento ilegal del apoyo de la fuerza pública, dicha afirmación encuentra amparo en la redacción de la parte final del art. 25 del CP, cuando señala que el cómplice siempre responde en referencia del hecho punible cometido por el autor, aunque lo elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él, es decir, el legislador se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación. Respecto a la figura de la instigación, también es posible su admisión en la medida que el extraño determine al funcionario público para que este último requiera el pedido ilegal de la fuerza pública".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 352.

5. Tentativa y consumación

D 0928 "Es un delito que se comete con dolo directo y de acción finalista. No necesariamente requiere de un resultado para que se configure el tipo, basta el requerimiento cierto

y comunicado a la autoridad policial. Ese solo hecho pone en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal, es decir, es un delito de mera actividad. Siendo esto así, excepcionalmente puede admitirse la tentativa, poco probable pero no imposible".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios.* Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 110).

D 0929 "Conforme es conocido, el delito tentado no existe en los delitos de mera actividad, sino únicamente en los delitos de resultado, siendo así, al haberse considerado que el delito de requerimiento ilegal de la fuerza pública resulta ser un delito de mera activa, entonces no es posible la admisión de la tentativa".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 351.

D 0930 "El delito agotado aparece identificado con todos los actos posteriores a la manifestación de la "solicitud de apoyo o asistencia de la fuerza pública", es decir, son formas agotadas todas aquellas manifestaciones en las cuales el funcionario público hace frente, ilegalmente, al cumplimiento de las disposiciones, sentencia o resoluciones legales emitidas por la autoridad competente".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 351.

D 0931 "Para la consumación del delito basta con el "requerimiento"; no se necesita siquiera que este sea tomado en cuenta y menos que se haya frustrado el acto al que se quiere oponer; aunque sí que el requerimiento sea formal e imperativo. Por lo tanto, no es posible la TENTATIVA. Si el requerimiento todavía no ha sido hecho o no se han cumplido las formalidades, solamente hay actos preparatorios".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 257.

D 0932 "Es un delito de mera actividad. Esto significa que para estar ante el estado de consumación del hecho punible en hermenéutica jurídica no es necesario que el agente cumpla el objetivo que busca con el desarrollo de su actuar ilícito. Solo es suficiente que el requerimiento formal e imperativo efectuado ilegalmente por el agente-funcionario público llegue a conocimiento de las entidades públicos que representan la fuerza pública. En caso que esta actúe y realice los actos obstruccionistas que busca el agente, estamos ante un delito agotado.

En consecuencia, siendo un delito de mera actividad no es posible que la conducta punible en análisis se quede en grado de tentativa".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 300.

D 0933 "Siguiendo la naturaleza formal del presente injusto, vemos que la perfección delictiva se alcana en aquel instante en que se plasma el requerimiento y, este haya sido debidamente notificado al agente policial –con carácter imperativo–, sin necesidad de que este último haya tomado conocimiento del mismo, (...) ni siquiera con la respuesta al requerimiento".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 275.

D 0934 "El delito se consuma con el requerimiento formulado de acuerdo a las formas legales correspondientes. No es necesario que la ejecución se haya frustrado o que la resistencia de la fuerza se haya producido o siquiera haya sido concedida.

La tentativa no es posible".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, pp. 209 y 210.

VII

ABANDONO DE CARGO POR FUNCIONARIO PÚBLICO

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 380 **Abandono de cargo por funcionario público**

El funcionario o servidor público que, con daño del servicio, abandona su cargo sin haber cesado legalmente en el desempeño del mismo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Si el agente incita al abandono colectivo del trabajo a los funcionarios o servidores públicos la pena será privativa de libertad no mayor de tres años.

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico

D 0935 "El bien jurídico genérico que se pretende proteger es el correcto y normal funcionamiento de la Administración Pública. No obstante, el bien jurídico específico lo constituye el cumplimiento regular de las funciones públicas que todo funcionario o servidor público tiene que desempeñar en la Administración Pública".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 306.

D 0936 "El bien jurídico tutelado, se señala en la doctrina española, es el correcto desempeño de la función pública conforme a los principios constitucionales, que puede quedar gravemente perturbado en aquellos supuestos en que el servicio queda desprovisto".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 278.

D 0937 "Concordamos con los autores aludidos, por cuanto, no existe controversia que, desde el punto de vista genérico, el interés protegido resulta ser la correcta Administración Pública, de manera particular resulta ser el regular funcionamiento del sistema de Administración Pública, por cuanto se busca garantizar la operatividad del sistema estatal en la Administración Pública".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 359.

2.2. Sujeto activo

D 0938 "Solo pueden serlo los funcionarios o servidores públicos que aún no han cesado legalmente en el desempeño de sus cargos".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal. 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 305.

D 0939 "Sujeto activo solo puede ser un funcionario público. No interesa si el sujeto se halla de licencia o bajo el efecto de una sanción disciplinaria, en cuanto el cargo es susceptible de ser abandonado con daño en el servicio aun por quien no está prestando servicios".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 213.

D 0940 "Estamos ante un delito especial, pues solo pueden ser agentes o sujetos activos del comportamiento delictivo en hermenéutica jurídica aquellas personas que tienen la calidad o cualidad de funcionario o servidor público dentro de los parámetros establecidos en el artículo 425 del Código Penal con el agregado que estén en pleno ejercicio del cargo o empleo. Si en un caso concreto se determina que al momento de los hechos el agente no tenía alguna de las calidades especificadas en el tipo penal o, en su caso, el agente público un no desempeñaba el cargo, el delito de modo alguno se configura, pues si aún no ejerce el cargo no hay forma que se cause daño alguno al servicio público".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 306.

D 0941 "Autor de esta modalidad del injusto funcionarial, solo lo puede ser aquel funcionario y/o servidor que realiza –de forma fáctica–, la conducta prevista en la redacción normativa: de abandonar el cargo público de forma definitiva y concluyente. Importa, por tanto, un delito especial, pues quien no ostenta y ejerce de forma efectiva el cargo público no puede acometer el comportamiento prohibido en el enunciado normativo; incluso si no está prestando servicios (p. ej., esta de licencia o de vacaciones)".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 279.

D 0942 "El sujeto activo es el funcionario o servidor público que ocupan un cargo público, sea que lo abandonen o inciten al abandono colectivo a otros funcionarios o servidores públicos".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios.* Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 127).

D 0943 "El tipo se dirige al funcionario público que goza del legítimo ejercicio de sus funciones, incluso si no está prestado servicios (p. ej. Esta de licencia o vacaciones). No interesa la distinción del tipo entre "funcionario" y "servidor público", puesto que la definición legal de ambos es tratada por igual en el artículo 425 y, por su naturaleza y por la descripción típica del artículo 380, tampoco es necesario establecer interpretativamente esta distinción en este contexto".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 260 y 261.

2.3. Sujeto pasivo

D 0944 "Siempre y solo el Estado como titular del bien jurídico protegido con la tipificación del hecho punible en análisis tanto el genérico como el específico".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 306.

D 0945 "Siguiendo un criterio uniforme de valoración, sujeto ofendido es el Estado, como titular de toda la actuación funcionarial que toma lugar en los diversos estamentos de la Administración Pública".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 280.

D 0946 "Por nuestra parte, consideramos que el Estado resulta ser el único sujeto pasivo y subsecuentemente titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "Administración Pública"".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 356.

D 0947 "Es el Estado como único titular del bien jurídico".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 305.

2.4. Conducta típica

2.4.1. Componentes de la conducta típica

D 0948 "Existen tres componentes materiales a tener en consideración para establecer la materialización del hecho punible por parte del agente:

a) El abandono definitivo del cargo,
b) No haber cesado legalmente; y,
c) El daño al servicio".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 124).

D 0949 "Este elemento significa que abandona el cargo, puesto o empleo que venía desempeñando normalmente sin haberse producido el cese en la forma como aparece en la ley o reglamento respectivo. La forma general en que se produce un cese laboral con

la Administración Pública en la legislación peruana es por renuncia aceptada, límite de edad, perdida de nacionalidad, etc. circunstancia relevante a tener en cuenta es el hecho de que el agente debe haber asumido y estar desempeñando el cargo o empleo respectivo que luego abandona sin justificación. Sin o ha asumido el cargo ni menos lo ha desempeñado por algunos minutos u horas, de modo aluno puede haber abandono sin haber cesado legalmente".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal.* 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, pp. 306 y 307.

D 0950 "El delito se configura cuando el agente-funcionario o servidor público, sin haber cesado legalmente en el desempeño del cargo que venía ejerciendo lo abandona ocasionando con su actuar un daño al servicio público que la institución en la cual trabaja desarrolla en la Administración Pública".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 301.

- Abandono del cargo

D 0951 "Abandonar es así un verbo rector que con respecto a la Administración Pública siempre va a implicar una omisión, un incumplimiento grave de deberes; en relación a los actos del sujeto activo del delito va a suponer una acción (dejar, retirarse) o una omisión. Abandonar el cargo es entonces el comportamiento en que incurre el funcionario o servidor público sin que exista causa justificada ni disposición legal o reglamentaria al respecto que ampare su conducta. Se trata un definitiva, de un acto unilateral por parte del agente de rompimiento total e injustificado del vínculo laboral con la Administración Pública".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal.* 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 305.

D 0952 "Este elemento objetivo del delito se produce cuando el agente de un momento a otro y sin justificación alguna deja, desasiste, desaparece, abdica o abandona el ejercicio del cargo (puesto, empleo, función) que normalmente venía desempeñando".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 302.

D 0953 "Abandonar el cargo es entonces el comportamiento en que incurre el funcionario o servidor público sin que exista causa justificada ni disposición legal o reglamentaria al respecto que ampare su conducta. Se trata, en definitiva, de un acto unilateral por parte del agente de rompimiento total e injustificado del vínculo laboral con la Administración Pública".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 302.

D 0954 "Es lugar común en la doctrina también considerar que el abandono en que incurre el agente para llegar a constituir el delito que nos ocupa tiene que ser definitivo en el sentido que expresa intención de no seguir desempeñando el cargo público. El abandono parcial, transitorio o por algunos días constituye falta administrativa grave, pero de modo alguno puede alcanzar la naturaleza de hecho punible".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 302.

D 0955 "La conducta típica es la de abandonar el destino (el cargo), fuera de los casos en que la ley lo permite u obliga a su dejación, produciendo un daño en el servicio. La acción de abandonar el empleo requiere algo más que una mera inasistencia ocasional, una falta de puntualidad o un simple incumplimiento de la jornada de trabajo. No habrá abandono cuando el servidor se ausenta de sus centros de labores por padecer una enfermedad grave, máxime al contar con un certificado médico que lo respalda, cuestión distinta puede suceder cuando la inasistencia es injustificada o cuando luego se acredita la falsedad del certificado, lo que ameritaría una infracción administrativa y a imputación por delito contra la Fe Pública".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 280.

D 0956 "Para que pueda producirse el abandono debe haber tomado lugar de forma previa, la asunción al cargo por las vías legítimas, no puede abandonarse un cargo que nunca se tuvo; el usurpador por tanto no puede abandonarse un cargo que nunca se tuvo; el usurpador por tanto no puede estar incurso en este injusto penal, puesto que nunca forma parte legítimamente de la Administración. Por consiguiente, autor de este delito debe serlo aquel, que se encuentra en pleno ejercicio de su actividad funcionarial; (...)".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 280 y 281.

D 0957 "El comportamiento del injusto típico devela una conducta omisiva, de o presentarse al centro de labores para seguir prestando la actuación funcionarial, el sujeto activo no hace aquello que la normativa le exige. Se dice, entonces, que es un delito de naturaleza singular, por cuanto expresa un tipo de mera inactividad (omisión propia), caracterizado por un elemento subjetivo del injusto, que está al servicio de la selección típica de conducta (función de filtro). La particularidad del disvalor del injusto, es que si bien el comportamiento es omisivo –desde un plano normativo– su configuración exige un hacer fáctico: alejamiento definitivo del cargo público".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 283.

D 0958 "El abandono del cargo tiene en el comportamiento del agente una evidente finalidad de afectación del servicio público. No se trata por lo tanto de abandonos que tengan causalidades diferentes (razones de imposibilidad física de asistir, retenciones o secuestros de

funcionarios, desastres naturales, etc.). El dolo del abandono del cargo marca la línea de diferenciación con los comportamientos que quedan en el ámbito disciplinario y se sustancian en dicho nivel".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 157.

D 0959 "Siendo así, nos encontramos ante el supuesto delictual en el cual, el sujeto cualificado, funcionario o servidor público, quien encontrándose habilitado en el cargo, cumpliendo sus actividades funcionariales, de manera inesperada desiste a continuar en el cargo encomendado, abandonando el cargo y, subsecuentemente, desatendiéndose de sus deberes y obligaciones; por lo tanto, no nos encontramos ante un caso de renuncia, por cuanto, el tipo penal alcanza perfeccionamiento en la medida que el sujeto cualificado se desatiende de sus deberes, abandonando definitivamente el ejercicio funcionarial, mostrando el sujeto cualificado un alejamiento total del cargo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 357.

D 0960 "Abandonar el cargo significa no seguir desempeñándolo sin estar justificado para ello, y produciendo daño al servicio. La justificación puede consistir p. ej., en una enfermedad".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 261.

D 0961 "El abandono debe ser definitivo, en el sentido de que expresa el ánimo de no seguir desempeñando el cargo. Una falta o inasistencias injustificadas no constituyen delito. Lo que interesa es que el funcionario rompe unilateral e injustificadamente el vínculo con la Administración Pública".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 261.

D 0962 "La acción típica es la de abandonar el destino, entendido este como el cargo público, el empleo, la ocupación. Abandona quien se retira o deja el cargo con el ánimo de no continuar en su desempeño, de no retomarlo; quien se aparte, quien desiste, quien lo deja. Es deshacerse de él unilateralmente".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 211.

D 0963 "Se discute si debe tratarse de un abandono definitivo, o si, por el contrario, es suficiente uno de tipo temporario. Por nuestra parte, consideramos que, desde una correcta interpretación del bien jurídico tutelado por este tipo penal, solo quedan cubiertos aquellos abandonos con fin de no retomar tareas, esto es, los definitivos".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, pp. 211 y 212.

- Sin haber cesado legalmente

D 0964 "Este elemento significa que el agente abandona el cargo, puesto o empleo que venía desempeñando normalmente sin haberse producido el cese en la forma como aparece en la ley o reglamento respectivo. La forma general en que se produce un cese laboral con la Administración Pública en la legislación peruana es por renuncia aceptada, límite de edad, perdida de nacionalidad, etc. Circunstancia relevante a tener en cuenta es el hecho que el agente debe haber asumido y estar desempeñado el cargo o empleo respectivo que luego abandona sin justificación. Si no ha asumido el cargo ni menos lo ha desempeñado por algunos minutos u horas, de modo alguno puede haber abandono sin haber cesado legalmente".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 302 y 303.

D 0965 "La expresión "sin haber cesado legalmente" que emplea el legislador peruano en la configuración del tipo penal es un elemento normativo que hace referencia al abandono del cargo sin las formalidades de ley.

El funcionario o servidor público le está prohibido abandonar el cargo de manera definitiva o temporal (en este segundo caso, es sancionada como falta administrativa), solo puede hacerlo cuando es cesado en el cargo por resolución del titular de la entidad pública y después de hacer entrega formal del cargo o cuando es aceptada su renuncia de manera expresa. No se trata de un simple abandono para la configuración del ilícito penal, sino que dicho abandono debe ser definitivo y conllevar a un daño al servicio público".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios.* Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 124.

D 0966 "Este elemento negativo es en realidad repetitivo del anterior en cuanto se refiere a la falta de justificación en una de sus posibilidades. Es decir, que no existe una desvinculación oficial entre el funcionario y la administración a través del "cese" en cualquiera de sus formas (renuncia aceptada formalmente, límite de edad, perdida de nacionalidad, etc.); esto no existe, p. ej., cuando el funcionario ha renunciado, pero esta renuncia no ha sido aceptada aún".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 262.

D 0967 "Con relación al abandono del cargo, el tipo penal se coloca en la situación de abandonos legales e ilegales.

a) El abandono es legal cuando el cese en el desempeño del cargo público supone la concurrencia de condiciones ideales que alejan la posibilidad real de afectación a los intereses de la Administración Pública.
b) El abandono es ilegal y, por lo mismo, delictivo, cuando el cese no se ha perfeccionado administrativa y materialmente.

Es decir, no basta un cese forma-temporal para que el funcionario se vea liberado de la carga de tener que asistir a ejercer su cargo, en la medida que la Administración Pública no puede

perder regularidad y continuidad, pero también, por cierto, el Estado no puede descargar sus anomalías e imperfecciones en forma indefinida o relativamente indefinida en el sujeto público que ve vencido ya su relación laboral-temporal con la Administración Pública".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, pp. 157 y 158.

D 0968 "Abandono doloso del cargo sin haber cesado legalmente supone mirar así tanto a la situación den o perfeccionamiento material del cese como a la afectación del servicio. Ambos requisitos deben concurrir, la presencia de uno solo haría atípica la figura".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 158.

D 0969 "El tipo penal conecta el verbo rector "abandonar" con los elementos típicos de la ausencia del cese legal en el cargo, es decir, se requiere que respecto a la designación funcionarial no exista mandato alguno que interrumpa o finalice el ejercicio funcionarial por parte del funcionario o servidor público".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 357.

- Causar daño al servicio

D 0970 "El concepto "abandonar" denota la acción o efecto de dejar el cargo con voluntad de no retornar a él definitivamente; pero no se trata de cualquier abandono, sino de aquel que va asociado con el daño al servicio público. El abandono de la función pública se produce con el apartamiento efectivo del servicio en circunstancias tales que el hecho provoca perjuicio a la Administración Pública y a los servicios que ella presta".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 124.

D 0971 "Para que el abandono resulte punible es menester que se produzca un daño en el servicio. Se puede decir de ello que el abandono de trabajo o empleo ocurre cuando se ha iniciado la prestación de servicio por el servidor público y este se ausente de él, con la intención de ya no regresar o volver definitivamente al mismo, entendido esta intención como aquella expresión que para tal efecto haya manifestado o bien por hechos concretos que así lo revelen como puede ser que el trabajador este prestando sus servicios en otro lugar".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 306.

D 0972 "Otro elemento objetivo importante lo constituye la circunstancia que el abandono del cargo o empleo sin haber cesado legalmente tiene que ocasionar o producir un daño

presente en el servicio público que desarrolla la institución pública donde trabaja el funcionario o servidor público. De la lectura del tipo penal, se concluye que el daño debe ser presente, real, material o que afecte la imagen de la institución, no futuro o de probable producción. La frase "con daño del servicio" del contenido del tipo penal sustenta nuestra interpretación. Si la conducta del agente no produce de forma inmediata un daño en el servicio, el delito en hermenéutica no se configura. (...) Si no hay daño al servicio, el comportamiento del agente se quedara en el nivel de una falta administrativa grave que, por lo general, trae como consecuencia la sanción de destitución o separación definitiva del cargo público".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 302 y 303.

D 0973 "Elemento a saber de trascendencia es la "producción del daño al servicio público", factor que de cierta forma reviste de materialidad a este injusto conforme lo anotado en párrafos anteriores. Este facto, opera como una suerte de condición objetiva de punibilidad, determinando la necesidad y merecimiento de pena, lo cual resulta ajustado desde los parangones del principio de mínima intervención".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 283.

D 0974 "La aparición del daño debe desencadenar una significativa perturbación a la continuidad del servicio público, generando un estado de disvalor que justifica la intervención del Derecho Penal; la valoración del daño debe cotejarse con las características concretas del caso, para ello deberá analizarse la posibilidad de una suplencia inmediata, de poder obtener un reemplazo idóneo al cargo, la relevancia del cargo en el aparato público, etc.".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 283.

D 0975 "El tipo penal exige daño en el servicio público, es decir, producto del abandono en el cargo, el funcionario o servidor público tiene que generar, en la Administración Pública, daño material y objetivamente demostrable, por lo tanto, el daño aparece como elemento descriptivo del tipo penal, caso contrario, a pesar de existir abandono del cargo sin mediar cese en el mismo o renuncia aceptada, el supuesto de hecho no aparece subsumido en el tipo penal".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 358.

D 0976 "La prueba del daño resulta ser esencial y determinando, por cuanto, no solo opera como elemento de acreditación de responsabilidad a nivel de probanza, sino que opera como elemento configurador del injusto penal; en ese sentido, al tratarse de un factor objetivamente demostrable se deberá recurrir a la actividad pericial con tal fin".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 358.

D 0977 "Para distinguir la infracción disciplinaria del delito se ha incluido este elemento, cuya naturaleza dogmática es discutible. El daño no debe medirse en términos económicos sino funcionariales en el sentido que la función pública desempeñada se vea afectada de alguna manera".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 263.

D 0978 "Este "daño" (en el sentido de probable) puede consistir en una perdida material (patrimonial) o moral, en el sentido de incumplimiento de tareas funcionariales específicas (vencimiento de plazos, retaso de un proceso)".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 264.

2.4.2. Modalidad típica agravada

D 0979 "Abandono colectivo del trabajo. El tipo penal parece no exigir el abandono efectivo por parte de los funcionarios incitados. Pero si se interpreta el elemento "incitación" en el sentido arriba indicado, este será necesario, pues la tentativa solamente es punible cuando ha conseguido el resultado que se esperaba. Además, el abandono producido debe ser "generalizado y mayoritario", pues solamente así podría hablarse de un "abandono colectivo"; no es necesario el abandono de funciones de todos los trabajadores".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 267.

D 0980 "La técnica legislativa intensifica el nivel de reprochabilidad, en la medida que el funcionario o servidor público incita al abandono colectivo del trabajo a los funcionarios o servidores públicos. Según la RAE el verbo incitar proviene del latín incitare, es decir, "inducir con fuerza a alguien a una acción", en ese sentido, la forma agravada continúa conectada con el supuesto simple, es decir, la influencia o motivación desplegada por el agente delictual cualificado estará vinculada a un abandono definitivo e irreversible respecto a los demás funcionarios servidores públicos".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 358.

D 0981 "El segundo párrafo del tipo penal incluye una modalidad agravada (reprimida con pena máxima que llega hasta los tres años de privación de la libertad) el abandono doloso del cargo público, caracterizado por incitar el sujeto activo al abandono colectivo del trabajo al personal tanto funcionario como servidores públicos. No se trata de que quien incita tenga necesariamente una posición jerárquica de domino o posea influencia sobre el personal. Se trata de datos por sí solos irrelevantes para configurar la agravante".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, pp. 158 y 159.

D 0982 "Allí se tipifica que se agrava la conducta del agente (siempre funcionario o servidor público) cuando estimula, encasa, provoca o incita al abandono colectivo del trabajo en forma definitiva a otros funcionarios o servidores públicos y, con ello, se case evidente perjuicio o daño al servicio de la institución pública donde trabajan aquellos".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 304.

D 0983 "La agravante se perfecciona con el solo hecho de incitar o provocar el abandono definitivo del cargo, puesto o empleo de otros funcionarios o servidores públicos, independientemente de que se produzca o no el real abandono. En caso de verificarse el real abandono definitivo del cargo por parte de alguno de los uncionarios o servidores públicos incitados por el agente, estaremos ante la figura delictiva agotada".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 305.

D 0984 "La justificación de la agravante radica en el hecho que, de producirse el real abandono definitivo del cargo por parte de varios funcionarios o servidores públicos, el daño al servicio que presta la institución pública donde trabajan seria invalorable. Automáticamente la institución hasta dejaría de prestar el servicio público, ocasionando, con ello, perjuicio a los usuarios".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 305.

D 0985 "La construcción de la presente agravación radica esencialmente en la magnitud del perjuicio ocasionado por la conducta antijurídica, en cuanto a un criterio cuantitativo, donde la conducta obedece a una variante típica de Instigación, donde el autor provoca el abandono colectivo del trabajo a funcionario o servidores públicos".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 285.

3. Tipicidad subjetiva

D 0986 "El dolo debe incluir todos los elementos, incluso el "daño al servicio". Este último no constituye un elemento subjetivo adicional, pero si un elemento objetivo que el sujeto activo debe conocer. Además, incluye el ánimo de abandonar el servicio de manera definitiva. Por eso solamente es posible el dolo directo".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 264.

D 0987 "Se exige dolo directo, pues la conducta incitadora busca que los funcionarios abandonen el trabajo. En realidad, como eso se trata de una realidad de una "instigación";

aunque relativa a una figura penal independiente (el abandono efectivo), debe contener un "doble dolo": el dolo referido a la propia conducta y el dolo referido al abandono colectivo por otros".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 268.

D 0988 "De la lectura del primer y segundo párrafo del tipo penal, se concluye que se trata de un delito netamente doloso, no cabe la comisión por culpa. El agente con conocimiento que abandona su empleo, cargo o trabajo sin haber cesado formalmente y a la vez conociendo que tal proceder causara un daño al servicio que presta la entidad pública donde trabaja, voluntariamente decide actuar y así lo hace".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 306 y 307.

D 0989 "En el supuesto agravado también el agente con conocimiento de que, incitando al abandono colectivo y en forma definitiva del cargo, empleo o trabajo, se causara un perjuicio al servicio que presta la institución pública, voluntariamente actúa.

Ambos comportamientos exigen la concurrencia del dolo directo".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 307.

D 0990 "La incriminación está subordinado al dolo del agente, conciencia y voluntad de realización típica; el autor abandona definitivamente el cargo, no obstante saber que ello es ilegal".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 284.

D 0991 "El aspecto cognitivo del dolo ha de abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal, donde el equívoco pueda recaer sobre los requisitos para el cese legal del cargo, puede dar lugar a un Error de Tipo. No está comprendido en dicho elemento la causación efectiva de un daño".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 284.

D 0992 "En ese sentido, no existe duda alguna que tanto en la forma simple y agravada del tipo penal, el delito se realizara mediante un accionar doloso, es decir, dolo directo, no admitiendo la forma culposa, por cuanto por técnica de tipificación siempre dicha figura deberá aparecer de manera expresa conforme aparece señalado en el art. 12 del CP, situación que no existe en el presente caso".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 361.

D 0993 "Se trata de un delito doloso. El agente debe comprender el sentido social de su acción, esto es, el significado del abandono, y requiere la actitud interna de tener la intención de no continuar ejerciendo el cargo".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 213.

D 0994 "Es un delito de acción dolosa que consiste en abandonar el cargo sin haber cesado legalmente en el desempeño del mismo, ocasionando un daño al servicio público. Sin daño no se configura el tipo. Es posible que el agente con su conducta maliciosa pueda prever el daño al servicio. La previsibilidad es el límite de la responsabilidad penal".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios.* Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 124.

D 0995 "El tipo es un delito de acción dolosa, esto es, con voluntad de realización; de manera que es necesario que el agente actué con conciencia y voluntad de que con su accionar genera un daño al servicio o pudo prever este resultado. Desde luego que el daño no está expresado estrictamente en el aspecto económico, sino al servicio público que presta la entidad en cuanto a su continuidad, eficacia y normal desarrollo, daño que se ha generado como consecuencia del abandono malicioso del cargo; situación fáctica poco probable en razón de que usualmente el cargo es ocupado inmediatamente por otro funcionario o servidor público, de manera que se garantiza la continuidad del servicio. En estas condiciones es inadmisible la tentativa, por tratarse de un delito de peligro, que se consuma con el abandono con daño".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios.* Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 126).

4. Autoría y participación

D 0996 "El último párrafo del articulado viene a elevar una conducta de instigación a un comportamiento de autoría, en mérito al grado de afectación que puede suscitarse en el normal funcionamiento de la Administración Pública, cuando varios trabajadores abandonan su centro de labores colectivamente. Instigación que debe exteriorizar una acción seria, objetiva e idónea para lograr los fines ilícitos perseguidos".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 285.

D 0997 "Desde la óptica de los delitos de infracción de deber, conforme se viene indicando en los capítulos anteriores, únicamente se admite autoría directa, negándose la posibilidad de incorporar las figuras de autoría mediata o coautoría, por cuanto el deber especial contenido en la institución positiva, "Administración Pública", fundamenta la autoría e injusto penal por el alto nivel personal del deber positivo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 363.

D 0998 "En el delito de abandono ilegal del cargo, conforme se viene sosteniendo en otros apartados, tanto desde la óptica de los delitos de dominio y delitos de infracción de deber, admite la participación delictual, en todos sus extremos, es decir, admite las formas de complicidad (primaria y secundaria), esto es, será partícipe el sujeto que coopera con el plan del autor cualificado respecto al abandono del cargo, perjudicando el ejercicio de la función pública, dicha afirmación, encuentra amparo en la redacción de la parte final del art. 25 del CP, cuando señala que el cómplice siempre responde n referencia del hecho punible cometido por el autor aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él, es decir, el legislador se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación.

Respecto a la figura de instigación, también es posible su admisión en la medida que el extraño determine al funcionario o servidor público para que abandone el cargo público, en ese sentido, es necesario establecer que en la parte agravada del art. 380 del CP, si bien se indica el verbo incitar, cuyo significado, en puridad, semánticamente resultaría ser el mismo concepto de instigador, por el influjo psicológico que impregna al autor, empero, a pesar de consignarse expresamente dicho verbo se trata de un autor directo y no así de un instigador; lo afirmado responde al hecho que la técnica de tipificación advierte que los delitos fijados en la parte especial contienen al autor directo, por lo tanto, se deberá recurrir a la parte general para identificar y fundamentar las demás formas de intervención delictual, esto es, autoría mediata, coautoría, complicidad primaria y secundaria e instigación. En sentido similar, dicha técnica de tipificación aparece en el art. 113 del CP, respecto al delito de instigación al homicidio, por cuanto el instigador al homicidio, en puridad, resulta ser autor directo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 363 y 364.

5. Tentativa y consumación

D 0999 "(...) desde la óptica de los delitos de infracción de deber, el tipo penal aparece consumado con la infracción del deber especial de probidad, situación que, de conformidad con el Código de Ética, aprobado por Ley N° 27815, obliga al funcionario o servidor público a actuar con rectitud, honradez y honestidad, procurando satisfacer el interés general, dicha afirmación de deber desencadena un efecto en serie, es decir, lesiona la Administración Pública y genera un daño material al sistema estatal, todo ello, opera por cuanto, la infracción del deber especial fundamenta el injusto penal.

La forma agotada aparece identificada con todos los actos o manifestaciones efectuadas con posterioridad a la infracción del deber especial, es decir, deber de probidad, entre ellos tenemos, el retraso de las causas de los administrados".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 362 y 363.

D 1000 "El tipo penal analizado resulta ser un delito de resultado, por cuanto exige, además del abandono del cargo funcionarial, el daño en la Administración Pública, por lo tanto, se advierte el baremo configurador de los delitos de resultado, es decir, "espacio y tiempo", criterios vigentes entre la acción y el resultado concreto".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 358.

D 1001 "El delito tipificado en el primer párrafo del artículo 380 del Código Penal se consuma o perfecciona en el momento en que el agente abandona el cargo sin haber cesado formalmente en este y, con ello, se produce un inmediato daño al servicio que presta la institución pública donde trabaja el agente. Se trata de u delito de resultado verificable".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 307.

D 1002 "Al ser un delito de resultado, es posible que la conducta se quede en el grado de tentativa. Ello se produce cuando la conducta del agente es descubierta o denunciada antes de que se produzca el real daño que exige el tipo penal".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 308.

D 1003 "En el caso del segundo párrafo que regula el comportamiento agravado, aquel se consuma o perfecciona con el solo hecho de provocar o incitar el abandono injustificado y definitivo del cargo o empleo que vienen desempeñando otros funcionarios o servidores públicos. En consecuencia, estamos ante un delito que en doctrina se conoce como de mera actividad o peligro. Aquí no se requiere que realmente se produzca el abandono que motiva al agente".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 308.

D 1004 "El delito se consuma con el "abandono" del servicio que sea idóneo para perjudicarlo. Si se admitiera que el "daño al servicio" es un resultado típico", podría admitirse la posibilidad de la tentativa antes de la producción de este resultado típico. Pero, como a se vio arriba, el "daño al servicio" solamente constituye un elemento de "idoneidad" en el sentido que el abandono pueda potencialmente causarlo. Por lo tanto, y dado que no se aprecian actos previos reprochables penalmente, la tentativa no puede ser posible".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 264.

VIII

NOMBRAMIENTO Y ACEPTACIÓN INDEBIDA PARA CARGO PÚBLICO

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 381 **Nombramiento y aceptación indebida para cargo público**

El funcionario público que hace un nombramiento para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales, será reprimido con sesenta a ciento veinte días- multa.

El que acepta el cargo sin contar con los requisitos legales será reprimido con la misma pena.

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico

J 0075 "[...] El tipo legal de nombramiento ilegal no es un delito que afecte al patrimonio del Estado. Este ilícito penal busca proteger la expectativa normativa referida a la legalidad de los nombramientos de los sujetos públicos, protegiendo, de forma específica, el correcto funcionamiento de la Administración en cuanto a las pautas para el nombramiento y aceptación de cargos públicos. El agente público, en este delito, no tiene una relación funcional con un ámbito de gestión o recaudo de caudales de la Administración. Solo se castiga a quien, extralimitándose en sus funciones, abusa de su poder para incorporar ilegalmente personal a las reparticiones públicas.

En consecuencia, el bien jurídico tutelado en dicho delito es la preservación de la legalidad de los nombramientos de los funcionarios y servidores públicos, protegiendo la Administración Pública de la irregularidad en el ingreso a la función pública [Salinas Siccha, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. Grijley, Lima, 2009, p. 211]. Cabe destacar que, como delito de resultado, se requiere además de la propia ilegalidad del nombramiento, que este se refiera a contradicciones patentes del ordenamiento jurídico en relación con la importancia funcionarial del cargo y en violación del principio de mérito y capacidad para el acceso a la función pública [Abanto Vásquez, Manuel. Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano. Palestra Editores, Lima. 2003, p.270]. Por consiguiente, no es posible la duplica del término de prescripción de la acción penal".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 2304-2014-Lima, del 17 de marzo de 2015, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 7.

D 1005 "La figura penal en cuestión busca resguardar al funcionamiento de la administración del peligro que un nombramiento cuyo beneficiario no detente los requisitos extrínsecos pueda acarrearle. En esta dirección, se ha sostenido que lo protegido es la incolumidad del eficiente desempeño de los cargos públicos frente al riesgo que para ello involucra la falta de la idoneidad legalmente requerida".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, pp. 214 y 215.

D 1006 "Bien jurídico tutelado sería el óptimo desempeño de las tareas de la Administración, que puede verse afectado cuando personas que no cuentan con las condiciones inherentes al cargo, asumen el puesto en contravención a la normatividad aplicable; por otro lado, se afecta el principio de legalidad, cuando el funcionario competente abusando de su competencia funcionarial, la afecta cuando efectúa el nombramiento ilegal; desprovistos de cualquier consideración meta-jurídica".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 288.

D 1007 "El bien jurídico genérico que el legislador pretende proteger con la tipificación de las conductas recogidas en el tipo penal 381 lo constituye la recta Administración Pública. En tanto que el bien juicio específico es preservar la legalidad de los nombramientos de los funcionario y servidores públicos, protegiendo a la Administración Pública de irregularidades en el ingreso a la función pública, afirmando con ello el prestigio de la administración, que debe hallarse al margen de cuestionamiento sobre la idoneidad y calidad de sus recursos humanos".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 314.

D 1008 "El bien jurídico genérico que el legislador pretende proteger con la tipificación de las conductas recogidas en el tipo penal 381 lo constituye la recta Administración Pública. En tanto que el bien jurídico específico es preservar la legalidad del os nombramientos de los funcionarios y servidores públicos, protegiendo a la Administración Pública de irregularidades en el ingreso a la función pública, afirmando con ello el prestigio de la administración, que debe hallarse al margen de cuestionamientos sobre la idoneidad y calidad de sus recursos humanos".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 311.

2.2. Sujeto activo

D 1009 "El primer párrafo del artículo 381 recoge una figura delictiva especial, pues solo puede ser sujeto activo o autor aquella persona que reúne la condición o cualidad de funcionario público, se excluye en forma automática al servidor público".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 314.

D 1010 "En el supuesto del segundo párrafo estamos ante un delito común pues cualquier persona puede ser sujeto activo, incluidos claro esta los funcionarios o servidores públicos".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 315.

D 1011 "Por otro lado, es lugar común en la doctrina peruana argumentar que además de ser funcionario público el sujeto activo del delito en análisis debe tener la facultad o atribución en el interior de la Administración Pública, de hacer designaciones o nombramientos. Si en un caso particular se llega a determinar que el funcionario hizo el supuesto nombramiento ilegal no tenía competencia para ello, el delito en hermenéutica jurídica no se configura".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 314 y 315.

D 1012 "Sujeto activo de las acciones de proponer y nombrar solo puede ser un funcionario público; mas no cualquiera que revista tal condición sino solo aquellos que detenten facultades reglamentadas para proponer o designar".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 218.

D 1013 "En cambio, la acción de aceptación admite ser realizada por cualquier persona. Sin embargo, en cuanto a la acción típica regulada en el apartado final del artículo supone una designación previa, debe concluirse que la acción de aceptación configura un ilícito de propia mano. La consecuencia inmediata de ello es que los terceros solo pueden ser cómplices o instigadores, pero de ninguna manera coautores o autores mediatos".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 219.

D 1014 "En el caso de la aceptación de nombramiento ilegal (art. 381, segundo párrafo) hay elementos similares (y similares lagunas), aunque un diferente sujeto activo.

Sujeto activo del delito puede ser cualquier persona que acepta el nombramiento ilegal. Puede tratarse de un particular, pero también de alguien que ya era funcionario público y que acepta ahora el nombramiento para una función pública distinta; p. ej., un ascenso, un cargo político de mayor jerarquía".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 275.

D 1015 "El tipo legal precisa que autor de este delito es el funcionario público –no el servidor–, esto es, quien tiene poder de decisión con capacidad y competencia para nombrar. Ello pone de manifiesta la lata cuota de poder que concentra esta clase de funcionario. Solo puede hacer un nombramiento quien se halla en una posición oficial que le habilita para dicha función originaria del título de funcionario público".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, pp. 159 y 160.

D 1016 "Teniendo el panorama expuesto, podemos afirmar que el delito de nombramiento y aceptación ilegal de cargo público, respecto al primer supuesto previsto en el art. 381 del CP, sujeto activo, resulta ser un delito de dominio, específicamente, delito especial propio,

por cuanto el tipo penal demanda la presencia de un agente delictual cualificado, esto es, funcionario público; en ese sentido, dicha condición especial restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 366.

D 1017 "Respecto al segundo párrafo del art. 381 del CP, se advierte que el tipo penal se configura cuando el agente delictual sabiendo perfectamente que no reúne los requisitos establecidos en la ley, reglamentos, convocatorio o resoluciones, acepta el nombramiento para desempeñar un cargo o empleo público, por lo tanto, en este extremo, se trataría de un delito común, pudiéndolo cometer cualquier persona con capacidad de reprochabilidad".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 366.

D 1018 "Autor de la primera modalidad del injusto, solo puede ser aquel funcionario revestido de competencia funcionarial, para poder nombrar a una persona en cargo público, de forma que se trata de un delito especial propio; todo aquel que carece de dicha potestad funcionarial, esta fuera del ámbito de protección de la norma. Es decir, se requieren dos cualidades: primero, un funcionario público, en el marco de un ejercicio funcionarial activo y, segundo, con competencia para nombrar a funcionarios públicos".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 289.

D 1019 "En la segunda modalidad del injusto, autor puede ser un particular como un funcionario público que es nombrado a un cargo funcional de mayor jerarquía; pudiéndose observar una inducción, cuando aparece un hombre desde atrás que genera psicológicamente al autor el dolo de aceptar el cargo".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 290.

J 0076 "*Sujetos activos*. Se trata de un delito de encuentro en el que, mediante conductas descritas de manera autónoma, participan recíprocamente, en acto único y en calidad de autores, tanto el que nombra para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales como el que acepta el cargo sin contar con dichos requisitos legales. En el primer tipo penal, el sujeto activo es el funcionario público que, teniendo el poder para nombrar, no hace un uso adecuado de esa facultad. Se trata de un delito de infracción de deber, en el que el agente está investido de la capacidad de nombramiento; si no tuviera dicha calidad y ejerciese la atribución de nombrar a alguien en un cargo público incurriría en otro ilícito. En el segundo tipo penal, el sujeto activo es la persona que postula a un cargo público y que acepta la nominación sin contar con las exigencias establecidas legalmente. A diferencia del anterior supuesto es un delito común, pues puede ser cometido por cualquier persona.

Sala Penal Permanente. Casación N° 418-2019-Del Santa, del 02 de diciembre de 2020, magistrado ponente: Figueroa Navarro, considerando 8.1.

2.3. Sujeto pasivo

D 1020 "En cuanto al portador del bien jurídico, sujeto pasivo del delito es la Administración Pública en sentido subjetivo, esto es, como ente titular del interés protegido".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, pp. 219.

D 1021 "Sujeto ofendido es el Estado, como titular de todo el funcionamiento que toma lugar en la Administración Pública".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 290.

D 1022 "Sujeto pasivo siempre será el Estado, único titular del bien jurídico protegido con la tipificación del delito".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 315.

J 0077 "*Sujeto pasivo*. En ambos casos, el sujeto pasivo es la Administración Pública, como titular del bien jurídico protegido, en el que el servicio civil se ve perjudicado en su eficacia y eficiencia, en la observancia de la igualdad meritocrática y en la vigencia del principio de legalidad".

Sala Penal Permanente. Casación N° 418-2019-Del Santa, del 02 de diciembre de 2020, magistrado ponente: Figueroa Navarro, considerando 8.1.

2.4. Conducta típica

J 0078 "[...] 1. C. [...] [El] artículo 381 del Código Penal consigna como conducta típica no la del funcionario público que "nombra" sino la de aquel que "hace un nombramiento" para cargo público sobre persona en quien no concurren los requisitos legales. En tal sentido, "hacer un nombramiento" no describe un acto formal único, sino , que alude a un procedimiento que se desarrolla en etapas, el cual se inicia cuando el funcionario elige un determinada persona para que desempeñe un cargo público en particular, estableciendo, entre otras, las condiciones y horarios de trabajo, así como las funciones que desempeñara, y que finalizara cuando este lo disponga, siendo, por lo demás, su contratación un mero acto forma de carácter administrativo cargo de la entidad correspondiente".

Sala Penal Especial. Exp. N° 07-2007, del 04 de mayo de 2010, magistrado ponente: Prado Saldarriaga, considerando 5.

D 1023 "Nombrar, en el sentido del artículo, es designar oficialmente. Es destinar a una persona para desempeñar un empleo, como simple empleado público o funcionario público.

El párrafo final señala como verbo típico al de aceptar. Queda incriminada, pues, la conducta del aceptante, conducta cuya naturaleza misma exige la existencia de un presupuesto básico: la designación previa".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, pp. 215 y 216.

D 1024 "Se trata de la aceptación formal, esto es, aquella que se exhiba de acuerdo con las condiciones requeridas por la ley, la cual bien puede ser expresa (juramento) o tacita (ej. Toma de posesión efectiva)".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 216.

D 1025 "Por otro lado, es exigencia típica que el sujeto nombrado, propuesto o aceptante no reúna los requisitos legales para acceder al cargo de que se trate. Los requisitos legales son las condiciones personales establecidos por ley o el reglamento atenido a ella que debe llenar la persona para ocupar el cargo público, tales como la nacionalidad, la edad, la residencia, etcétera, sin que quepa computar dentro de tal concepto la idoneidad de la persona para desempeñar el cargo: no se refiere la ley a la carencia de capacidad de hecho; si, en cambio, se considerará incursos en este tipo penal el caso del postulante carente de capacidad de derecho, esto es, el inhabilitado para desempeñar el cargo público en cuestión aun cuando posea las restantes exigencias".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 218.

D 1026 "Hacer un nombramiento. El "nombramiento" consiste en la designación para un cargo público de una persona determinada. El nombramiento tiene que cumplir con las formalidades previstas en la ley y seguir determinados pasos previos: propuesta, concurso, nombramiento, entrega de posesión".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 271.

D 1027 "Cargo público. El nombramiento debe ir referido a cargos que involucren funciones públicas. Es impune, mediante este tipo penal, el nombramiento de funciones o actividades privadas, aunque puedan resultar aplicables a otros penales: "abuso de autoridad" (art. 376), "fraude a la administración" (art. 387), eventualmente "estafa" (art. 196)".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 272.

D 1028 "Ilegitimidad del nombramiento. El tipo penal vincula la ilegitimidad del nombramiento con la falta de cumplimiento de requisitos legales en la persona del nombrado mismo; p. ej., la falta de título profesional. No es ilegitimo el nombramiento "injusto" en el sentido que, entre varios postulantes, se escoja a quien sea el menos idóneo".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 273.

D 1029 "La aceptación del cargo consiste en la conducta del "nombrado" que muestra su conformidad con el nombramiento, sea por escrito o realizando las conductas destinadas a asumir el cargo. La simple designación, sin pronunciamientos ni actividad del nombrado que indiquen su aceptación, no constituye aún un delito".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 276 y 277.

D 1030 "Por otro lado, al no hacerse remisión expresa al primero supuesto, puede entenderse que esta desvinculado de este. Es decir, no se trataría de un supuesto por participación en el primer delito, sino de un delito autónomo. Por lo tanto, la "aceptación" de nombramiento ilegal seria punible, incluso si el funcionario que lo realizo hubiera actuado sin percibir la ilegalidad de tal nombramiento. Considero que esta interpretación es correcta, además de necesaria para cubrir supuestos que de otro modo quedarían impunes debido a la accesoriedad limitada de la participación".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 277.

D 1031 "Hacer un nombramiento define en el leguaje de la norma penal un acto formal requerido de requisitos materiales y subjetivos, constituyendo una de las formas, la más común, de incorporación de las personas (a partir de entonces, funcionarios o servidores de la Administración Pública). Es muy discutible que el acto de nombras también comprenda el de contratar, forma de acceso a la Administración Pública desprovista de determinadas formalidades y que no genera inicio de carrera pública. Las contrataciones públicas del personal obedecen a fuente formal distinta de la del nombramiento, no obstante que en ciertos sectores judiciales existe la propensión a equiparar tales vectores de funcionarios públicos".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 160.

D 1032 "Los requisitos legales son los requisitos que están establecidos en la ley o reglamento, incluso en la Constitución para el caso de a los funcionarios públicos (ejemplo: vocales y fiscales supremos nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura). No puede considerarse el estar al día en el pago de las cuotas a un colegio profesional como un requisito legal (por ejemplo, que el sujeto propuesto no haya pagado la cuota al Colegio de Abogados, al Colegio Médico, etc.), a los efectos de perfeccionar la figura penal del artículo 381 del Código Penal".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, pp. 160 y 161.

D 1033 "Es importante señalar que este tipo penal no ingresa a todo tipo de nombramientos, solamente está referido a los nombramientos que tienen como destino u objeto un cargo público, mas no así un servicio público".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 161.

D 1034 "Bajo ese contexto, tenemos que agregar la inexistencia de los requisitos legales en el sujeto no cualificado, esto implica que el funcionario público inobserva el procedimiento fijado, con anticipación para el respectivo nombramiento regular, esto implica la falta de cualquiera de los requisitos fijados para el cargo aludido; por ejemplo, falta de título profesional, falta de experiencia en el rubro, ausencia de capacitaciones, etc. Situación que evidencia un escenario al margen del sistema legal, conducta delictual realizada por el sujeto cualificado quien actúa con conocimiento del desvalor de la acción".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 368.

D 1035 "En este extremo, la técnica de tipificación aparece avocada al sujeto activo no cualificado, esto es, la persona que acepta l cargo ilegalmente, en ese sentido, el verbo rector "aceptar", según la RAE, proviene del latín acceptare, por lo tanto, el significado del citado verbo, implica: "recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga". Ante ello, se tiene que el sujeto no cualificado, con pleno conocimiento que no cuenta con los requisitos establecidos por la normatividad, acepta el cargo otorgado por el funcionario público, ingresando a la esfera laboral con la finalidad de gozar de los beneficios propios de la actividad laboral; por ejemplo, el bachiller en ingeniería civil que acepta el cargo de gerente de infraestructura de una entidad edil sabiendo que para desempeñar el citado cargo se requiere tener el título de ingeniero".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 368.

D 1036 "El delito analizado, contiene una estructura activa, es decir, necesita que el agente delictual, especial y común, emita, fenomenológicamente, un acto en el mundo real, es decir que el funcionario público haga el nombramiento ilegal y el no cualificado acepte el nombramiento aludido. Respecto a las formas omisivas, (omisión propia e impropia), no es posible su admisión, por cuanto la redacción típica exige un accionar activo, propios de los delitos de comisión, por lo tanto, no es posible la forma omisiva".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 368.

D 1037 "Primer punto a saber, es el concerniente al "nombramiento"; aquel acto, típicamente funcionarial, importa la designación del funcionario público, vía la expedición de una resolución por la autoridad competente; (...)".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 290.

D 1038 "El nombramiento, por tanto, debe efectuarlo el funcionario competente para ello, observando las formalidades prescritas por la ley, nombrando a aquel que no satisface los requisitos legales para acceder al cargo. Si es que lo que se declara es la Nulidad de la Convocatoria pública, por ende, el nombramiento queda sin efecto legal, en mérito a la concurrencia de causales de nulidad, por irregularidades en el procedimiento, ello no es constitutivo del delito in examine".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 291.

D 1039 "Para poder saber si estamos o no frente a un nombramiento ilegal, debemos primero remitirnos a la normatividad extrapenal, a fin de complementar la materia de prohibición, en tanto los requisitos que se exigen para acceder a un determinado cargo público están contenidos en dispositivos legales –de naturaleza administrativa–, incidiendo en la caracterización de una norma penal en blanco".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 291.

D 1040 "Conforme lo anotado, para que se pueda cometer esta modalidad de nombramientos ilegales, se requiere que la asunción al cargo público, este condicionada a ciertos requisitos; si el cargo se creó formalmente y no se fijaron previamente los requisitos para acceder a él, no habrá tipicidad, en la medida que el disvalor de la conducta debe medirse necesariamente con la legalidad que regula su ejercicio".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 291.

D 1041 "Segundo punto a saber, es que el nombramiento debe referirse a un "cargo público", es decir, a una actividad comprendida en la Administración Pública; no debe perderse de vista, que los sectores públicos pueden también contratar con los particulares, cuando se tercerizan ciertos servicios como la limpieza pública, etc., al no estar en el plano laboral de la Administración, son entonces privados, los que no están incluidos en la tipicidad penal. No obstante, si la contratación administrativa revela aspectos de ilegalidad, podría incurrirse en el delito de Abuso de Autoridad".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 290.

D 1042 "La segunda modalidad del injusto, es la "aceptación ilegal del cargo", la cual aparece a posteriori, es decir, cuando el funcionario emitió la resolución ilegal de su nombramiento. En la doctrina se señala que se trata de un delito de acción reciproca con respecto al tipo anterior de nombramiento funcionarial ilegal".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 293.

D 1043 "Siguiendo el hilo conductor, se colige que no puede cometerse esta modalidad del injusto, si es que previamente no se da la primera modalidad, por ende, habría que aceptar en esta hipótesis el delito de participación necesaria; dicho en otras palabras: cuando toma lugar la aceptación el cargo, aparece el injusto en su bifronte tipificación, en cuanto a la configuración de la modalidad del nombramiento y de la aceptación".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 293.

D 1044 "La aceptación del cargo, puede ser entonces expresa o tácita; la primera toma lugar cuando el autor da su asentimiento al nombramiento, mientras que la segunda, cuando el agente realiza actos unívocamente (objetivos) demostrativos, que develan su conformidad con el nombramiento".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 294.

D 1045 "El artículo trescientos ochenta y uno del Código Penal consigna como conducta típica no la del funcionario público que "nombre", sino la de aquel que "hace un nombramiento" para cargo público sobre persona en quien no concurren los requisitos legales. En tal sentido, "hacer un nombramiento" no describe un acto formal único, sino, que alude a un procedimiento que se desarrolla en etapas, el cual se inicia cuando el funcionario elige a una determinada persona para que desempeñe un cargo público en particular, estableciendo, entre otras, las condiciones y horarios de trabajo, así como las funciones que desempeñara, y que finalizara cuando este lo disponga, siendo, por lo demás, su contratación un mero acto formal de carácter administrativo a cargo de la entidad correspondiente".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 309 y 310.

D 1046 "Asimismo, el primero supuesto delictivo regulado en el primer párrafo del artículo 381 del Código Penal de 1991, se verifica cuando el agente siempre funcionario público hace un nombramiento para cargo, empleo o trabajo público a una persona que no cuenta con los requisitos que exige la ley o reglamento para desempeñar cargo público.

De ahí que en un caos concreto debe verificarse la concurrencia de hasta tres elementos objetivos importantes: hacer nombramiento, cargo público y persona que no cuenta con los requisitos legales".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 311.

D 1047 "El funcionario público hace un nombramiento cuando elige y designa para un cargo o empleo público a una persona debidamente individualizada. El nombramiento para ser legal tiene cumplir con las formalidades previstas en la ley, reglamento o resolución administrativa de la institución pública donde se hace la designación. Naturalmente, ello supone observar la estricta confluencia de todos los requisitos legales exigidos en las calidades del aspirante. El incumplimiento doloso de estos requisitos es lo que torna penalmente relevante el supuesto de hecho. Lao misión de la observancia debida de los requisitos legales, por parte del funcionario, actúa aquí como presupuesto de la conducta del nombramiento ilegal de naturaleza activa".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 311.

D 1048 "El nombramiento que se hace a una persona determinada es para el desempeño de un cargo, empleo o trabajo público. Cargo o empleo público es aquel que ejercen o desempeñan los funcionarios o servidores públicos en la Administración Pública. En tal sentido, el nombramiento puede ser tanto para cumplir funciones propias de funcionario o funciones propias de un servidor público. El tipo penal no hace distinción entre ambas categorías".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 312.

D 1049 "Otro elemento objetivo fundamental en la tipicidad del delito lo constituye el hecho que la persona a quien se nombra para desempeñar cargo público no reúne los requisitos legales previstos en la ley, reglamento o resolución administrativa previamente emitida por la institución pública de que se trate".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 312.

D 1050 "El segundo párrafo del artículo 381 tipifica el hecho punible que se configura cuando el agente sabiendo perfectamente que no reúne los requisitos establecidos en la ley, reglamentos o resoluciones acepta el nombramiento para desempeñar un cargo o empleo público".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 313.

D 1051 "Aceptar el cargo es un comportamiento activo que debe exteriorizarse con actos positivos por parte del sujeto nombrado, no basta el aprobarlo o admitirlo. La pasividad o el no ejercicio real del cargo, pese a existir el nombramiento, hace atípica la conducta. La existencia de resolución que hace público el nombramiento no supone la aceptación, salvo que así lo establezca la ley".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 313 y 314.

J 0079 "*Conductas típicas*. En el artículo 381 se mencionan dos conductas típicas. Por un lado, se describe la conducta del sujeto activo calificado que "hace un nombramiento" para un cargo público. Por otro lado, la del sujeto activo común que "acepta el cargo". En el primer caso, el hacer un nombramiento, conforme al uso común del lenguaje, significa: **1.** la acción y efecto de nombrar; o, **2.** comunicar por escrito en que se designa a alguien para un cargo u oficio. A su vez, el nombrar significa: **a.** decir el nombre de alguien o algo; **b)** hacer mención particular, generalmente honorífica, de alguien o algo; **c)** elegir o señalar a alguien para un cargo, un empleo u otra cosa. En el segundo caso, el aceptar implica el recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga. Una primera aproximación al sentido de los tipos penales comprende cualquier acto de identificación, nominación y asignación de un cargo a una persona determinada y la consiguiente aprobación o aquiescencia de la persona nominada

o elegida para el desempeño del cargo. Sin embargo, la determinación jurídica del alcance de las conductas típicas debe obtenerse con criterios adicionales".

Sala Penal Permanente. Casación N° 418-2019-Del Santa, del 02 de diciembre de 2020, magistrado ponente: Figueroa Navarro, considerando 8.3.

J 0080 "*El cargo público como objeto del delito*. El acto de nombrar recae sobre un cargo público. El uso del término cargo público está relacionado con el de servicio público. Así, en la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y Remuneraciones del Sector Público se señala que esa ley tiene por objeto el garantizar la incorporación del personal idóneo para el desempeño de un servicio público. La obtención de tal fin se hace a través del desempeño en un cargo público remunerado. Una primera consecuencia es que el nombramiento en cargos particulares no forma parte del objeto del delito. Ahora bien, dicha denominación debe ser interpretada progresivamente. En la actualidad, este término es reemplazado por el de empleo público o de puesto público. Sea cual fuere la denominación utilizada, el común denominador es que la incorporación de personas es para el cumplimiento de un servicio público. De acuerdo con el artículo 2 de la Ley del Servicio Civil, los puestos públicos son asumidos por los siguientes servidores civiles: **a)** funcionario público, **b)** directivo público, **c)** servidor civil de carrera, **d)** servidor de actividades complementarias y **e)** servidores de confianza. En todos estos casos, quienes desempeñen el cargo, empleo o puestos públicos deben cumplir determinados requisitos o estándares mínimos para su nominación. Sin embargo, debe aclararse si en todos los casos dichas exigencias coinciden con el elemento objetivo del tipo penal del artículo 381".

"*Requisitos legales del puesto público*. En principio, el estatuto de los servidores públicos se rige por el principio de legalidad. Conforme al artículo 40 de la Constitución del Estado, es la ley la que regula el ingreso a la carrera administrativa y los derechos, deberes y responsabilidades de estos. Al respecto, la incorporación de personas para ocupar un puesto en el Estado debe responder a exigencias mínimas que permitan cumplir con la provisión adecuada de recursos humanos, para la programación e implementación de las políticas con valor público. Ahora bien, la incorporación al servicio civil se realiza a través de un proceso de selección, el cual tiene las siguientes modalidades de acceso: **a)** concurso público de méritos, **b)** contratación directa, y **c)** cumplimiento de requisitos de leyes especiales. Se incorporan conforme a esta última forma, los funcionarios públicos de elección popular, de designación o remoción regulada y de libre designación y remoción. En el mismo sentido, se encuentran los servidores de confianza. En este caso, de acuerdo con el artículo 59 de la Ley de Servicio Civil, el proceso de selección se limita al cumplimiento del perfil establecido para el puesto y no se requiere aprobar un concurso público de méritos. Pero en todos los casos, cuando en el tipo penal se utiliza el término "requisitos legales", se alude a las condiciones personales establecidas en el régimen general de los servidores públicos, independientemente de la modalidad de incorporación al Estado. Al respecto, solo se exige la verificación del cumplimiento objeto de los requisitos legales al tiempo del nombramiento; no se mide la capacidad de hecho o la idoneidad funcional demostrada en la práctica, tampoco se considera que la persona nominada o elegida haya cumplido con el requisito legal luego del nombramiento".

Sala Penal Permanente. Casación N° 418-2019-Del Santa, del 02 de diciembre de 2020, magistrado ponente: Figueroa Navarro, considerandos 8.4 y 8.5.

J 0081 "*Imputación objetiva.* La acción de nombramiento (cuyo correlato necesario es su aceptación) debe generar un riesgo prohibido que se concrete en un resultado imputable objetivamente. Ello implica precisar los alcances del bien jurídico protegido. Al respecto, no es suficiente ni propio afirmar que su contenido se satisface con una vaga mención al correcto funcionamiento de la administración. En realidad, esta dimensión excesivamente abstracta debe ser acotada en función de objetos jurídicamente protegidos. En el delito de nombramiento y aceptación ilegal de puesto público se protege el desarrollo del servicio civil basado en el mérito, la igualdad de oportunidades y el aseguramiento de la calidad del servicio público. Estas exigencias se relacionan con la finalidad estratégica de propender a la creación de un funcionariado de Estado de alto rendimiento, que trascienda a los gobiernos de turno, constituyéndose además en un mecanismo estructural de prevención de la corrupción. El resultado típico se produce, en el primer tipo penal, con la realización del acto administrativo de nombramiento a la cual está inescindiblemente unida la aceptación de quien se hace nombrar sin concurrir los requisitos legales, entendiéndose como acto único. La falta de los requisitos legales debe verificarse al tiempo del acto de nombramiento y aceptación. El cumplimiento posterior de los requisitos es irrelevante".

Sala Penal Permanente. Casación N° 418-2019-Del Santa, del 02 de diciembre de 2020, magistrado ponente: Figueroa Navarro, considerando 8.6.

3. Tipicidad subjetiva

D 1052 "El tipo penal exige "conocimiento de la ilegitimidad" del nombramiento, además de los otros elementos. Es discutible el dolo eventual, pero admisible en aquellos casos en los que el funcionario dudaba sobre el cumplimiento de los requisitos legales para el nombramiento. Lo que no exige el dolo es que el sujeto actúe a sabiendas de la "injusticia" del nombramiento; solamente necesita conocer la "ilegalidad"".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 274.

D 1053 "Es necesario el dolo directo, pues el sujeto activo, por exigencia del tipo legal, debe conocer que carece de los requisitos legales para ser nombrado. No interesa la existencia d dolo en el funcionario que hace el nombramiento ilegal".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 278.

D 1054 "La incriminación de ambas modalidades delictivas, supone el dolo en la esfera subjetiva del agente, conciencia y voluntad de realización típica; al agente ha de saber que estar procediendo a nombrar a un particular que carece de los requisitos exigidos por la Ley para acceder al cargo. Basta la conciencia del "riesgo típico"; por lo que el dolo eventual ha de ser admitido".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 295.

D 1055 "Del análisis del tipo penal 381 e concluye que se trata de un delito de comisión dolosa, no cabe la comisión por culpa. El agente, siempre funcionario público, con conocimiento de que está haciendo un nombramiento para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales, voluntariamente lo hace. En el supuesto del segundo párrafo, el particular o funcionario o servidor público con conocimiento que para aceptar un cargo público es necesario contar con requisitos legales que sabe que no los tiene, no obstante, voluntariamente acepta el cargo y comienza a ejercerlo".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 315.

D 1056 "Consideramos que el tipo penal solo acepta la comisión del delito por dolo directo, pues si el agente no conocía perfectamente los requisitos legales que debió reunir la persona a quien nombro para un cargo público, incurrirá en un error de tipo vencible o invencible según sea el caso particular. Igual ocurre en el segundo supuesto, si el agente no conocía perfectamente los requisitos legales que debió reunir para aceptar el cargo, incurrirá en error de tipo".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 315 y 316.

J 0082 "*Tipo subjetivo*. Ambas modalidades típicas son dolosas, entendidas como el conocimiento potencial del funcionario público de la insuficiencia en el cumplimiento de los requisitos legales de la persona nombrada para el puesto al que postula. En este último caso, el aceptante ha de tener el conocimiento de que sus condiciones personales no alcanzan las exigencias legales para el puesto público".

Sala Penal Permanente. Casación N° 418-2019-Del Santa, del 02 de diciembre de 2020, magistrado ponente: Figueroa Navarro, considerando 8.6.

4. Autoría y participación

D 1057 "Desde la óptica de los delitos de infracción de deber, aplicable al primer supuesto, conforme se viene indicando en los capítulos anteriores, únicamente, se admite autoría directa, negándose la posibilidad de incorporar las figuras de autoría mediata o coautoría, por cuanto, el deber especial contenido en la institución positiva, "Administración Pública"; fundamenta la autoría e injusto penal por el alto nivel personal del deber positivo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 373.

D 1058 "En el delito de nombramiento o aceptación indebida de cargo público, conforme se viene sosteniendo en otros apartados, tanto desde la óptica de los delitos de dominio y delitos de infracción de deber, admite la participación delictual en todos sus extremos, es decir, admite las formas de complicidad (primaria y secundaria); esto es, será partícipe el sujeto que coopera con el plan del autor cualificado. Respecto al primer supuesto, en el

proceso e hacer nombrar ilegalmente a una tercera persona que no cuenta con los requisitos legales, dicha afirmación encuentra amparo en l redacción de la parte final del art. 25 del CP, cando señala que el cómplice siempre responde en referencia del hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él, es decir, el legislador se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación. Con relación al segundo supuesto, al tratarse de un delito de dominio no existe problema para la admisión de la complicidad.

Respecto a la figura de instigación, también es posible en los dos supuestos delictivos, en la medida que el instigador despliegue influjo psicológico a favor del autor, sea para que se haga el nombramiento ilegal a favor del tercero que no reúne los requisitos para asumir el cargo, o se de en la medida que el instigador determine al sujeto no cualificado para que acepte el cargo indebidamente".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 373.

5. Tentativa y consumación

J 0083 "Que, ahora bien, el tipo legal del nombramiento ilegal es un delito de resultado y de naturaleza instantánea, pues solo se requiere para su consumación la oficialización del nombramiento con las formalidades del caso. Condición determinante para un nombramiento, según las disposiciones parlamentarias, era la propuesta de un Congresista a la Administración del Congreso, cuyo órgano competente, sobre esa base, emitió la resolución correspondiente. Ello ocurrió el tres de enero de dos mil siete, tal como ya se anotó y lo acepta el propio Procurador Público.

Siendo, pues, un delito instantáneo de resultado (Conforme: Rojas Vargas, Fidel: Delito contra la Administración Pública, 4° Edición, Grijley, Lima, agosto 2007, página 332), el Dies a Quo, como regla general y en principio, sería el tres de enero de dos mil siete. No es relevante, a estos efectos de la consumación, la fecha de terminación del nombramiento ilegal, pues no se trata de un delito permanente. El tipo legal destaca el hecho del nombramiento como verbo rector, que a su vez consolida el daño al bien jurídico tutelado por la ley".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 2304-2014-Lima, del 17 de marzo de 2015, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 6.

D 1059 "El hecho típico se consuma con la sola proposición, nombramiento o aceptación. Es delito de mera actividad y se perfecciona, entonces, tan pronto se ha cumplido legalmente el acto procesal o administrativo que constituye oficialmente propuesta, nombramiento y, en su caso, aceptación.

Las calidades o condiciones deben existir al momento de la proposición o del nombramiento y, en el caso del último párrafo, al de la aceptación. No obsta a la consumación del delito que los requisitos concurran posteriormente".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 220.

D 1060 "El delito previsto en el primer párrafo del tipo penal en análisis se perfecciona o consuma en el instante en que el agente-funcionario público hace el nombramiento oficial y con las formalidades de ley de la persona que no cuenta con los requisitos establecidos".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 316.

D 1061 "Es posible que la conducta se quede en el grado de tentativa. Por ejemplo, ocurrirá cuando el sujeto activo estando a punto de pública en El Peruano o notificar oficialmente la resolución de nombramiento es descubierto que estaba nombrando a una persona que no reunía los requisitos de ley, frustrándose de ese modo el nombramiento ilegal".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 316.

D 1062 "En el segundo supuesto se consuma el delito cando el agente admite voluntariamente y formalmente el cargo (con el juramento, firma de conformidad, asume el cargo, etc.), o según exija la formalidad del caso. Por la naturaleza misma de esta modalidad, es imposible que la conducta se quede en el grado de tentativa, toda vez que ante el nombramiento ilegal solo cabe no aceptar el cargo con lo cual no hay delito, o aceptar el cargo con lo cual se consuma el delito en hermenéutica".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 316.

D 1063 "La perfección delictiva –de la primera modalidad del injusto–, ha de verse cando el agente expide la resolución y/o el acto administrativo, que contiene el nombramiento, sin necesidad de que aquella haya sido públicada o notificada al interesado; la propuesta de contratación queda fuera de punición".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 295.

D 1064 "Consideramos que se trata de un delito de mera actividad, donde los actos anteriores a su concreta consumación están fuera del ámbito de protección de la norma, por lo que no resulta admisible el delito tentado; los actos posteriores, como la aceptación del cargo o su asunción por parte del nombrado, son a este efecto indiferentes. Para otro sector de la doctrina nacional, al ser el nombramiento un procedimiento susceptible de ser fragmentado, resulta admisible la tentativa".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 295.

D 1065 "En cuanto a la segunda modalidad del injusto, la perfección delictiva toma lugar cuando se produce la aceptación (expresa) del cargo, por parte del agente, sin tener que

verificarse el pleno ejercicio de la actividad funcionarial, pero cuando la aceptación es tácita, deben constarse actos concretos como la juramentación al cargo; la asunción efectiva del cargo no constituye Usurpación de Funciones, pues en este último no se da un nombramiento".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 295.

D 1066 "El delito de nombramiento o aceptación indebida para cargo público, resulta ser un delito de resultado, por cuanto, en la estructura típica, se advierte el baremo configurador de los delitos de resultado, es decir, "espacio y tiempo"; criterios vigentes entre la acción y el resultado concreto, por cuanto, se requiere que el funcionario público haga el nombramiento, subsecuente, en el curso causal delictual, es perfectamente posible advertir un intervalo de desvalor de la acción y el desvalor del resultado, admitiéndose por lo tanto la tentativa".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 368.

D 1067 "El delito materia de análisis no solo es un delito especial propio, respecto a la cualificación de los sujetos, sino que, respecto a la conducta, resulta ser un delito de infracción de deber, por cuanto conforme se viene sosteniendo en otros delitos de deberes funcionales, el supuesto de hecho contiene una institución, "Administración Pública", de la cual provienen deberes positivos, esto es, deber de probidad. En ese sentido, el sujeto cualificado (funcionario público) al hacer el nombramiento ilegal, además de infringir el deber especial, lesiona simultáneamente la institución antes mencionada, por lo tanto, estará perfeccionando el ilícito penal con la infracción del deber cualificado, fundamentando de esta manera el injusto penal.

La forma agotada, aparece identificado con todos los actos de manifestación efectuadas con posterioridad a la infracción del deber especial, es decir, deber de probidad, entre ellos tenemos el desarrollo de las actividades labores del sujeto no cualificado, nombrado ilegalmente en el sector público".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 372.

CAPÍTULO VI

Concusión

I

CONCUSIÓN

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

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[23].

TEXTO ORIGINAL

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.

PRIMERA MODIFICATORIA

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 y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa[24].

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico penal

D 1068 "Como todo delito de corrupción, el bien jurídico genérico protegido es el correcto y regular funcionamiento de la Administración Pública. En este sentido, la tipificación de este delito busca proteger, específicamente, el ejercicio de la función pública conforme

23 Texto vigente conforme a la modificación efectuada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22 de octubre de 2016 en el diario oficial *El Peruano*.

24 Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 de noviembre de 2013 en el diario oficial *El Peruano*.

a las normas que lo regulan. Esto implica que el servidor público no efectúe actos hostiles ni coaccione al administrado en el desarrollo de sus funciones".

CHANJAN DOCUMET, Rafael; TORRES PACHAS, David y GONZALES CIEZA, Marie. *Claves para reconocer los principales delitos de corrupción.* Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020, p. 36.

D 1069 "[S]e cuida el normal funcionamiento de la Administración Pública, evitando los abusos de los funcionarios o servidores públicos mediante los cuales obligan o inducen a una persona para que entregué a él o a un tercero cosas no debidas".

PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delitos contra la Administración Pública.* 2ª edición. Lima: Editorial Jurídica Portocarrero, 1997, p. 145.

D 1070 "El bien jurídico protegido sería la correcta actuación de los funcionarios y servidores públicos en las relaciones que entablan con los particulares, en tanto el ejercicio del cargo solo sirva para prestar un servicio público conforme a los cánones de un Estado Constitucional de Derecho".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 301.

D 1071 "Se suele sostener que el bien jurídico afectado sería el normal orden y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado. Esta afectación resulta, en efecto, particularmente evidente en la concusión: La sociedad necesita de una Administración Pública equitativa, oportuna y eficaz, y ello solo se logra por medio de la honestidad de sus empleados".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 284.

D 1072 "El bien jurídico protegido con la tipificación del delito de concusión es el recto y regular funcionamiento, prestigio y buena reputación de la Administración Pública, unido a ello también se busca proteger la corrección y probidad de los funcionarios o servidores que ejercen funciones en la Administración Pública".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 327.

D 1073 "Lo que la norma penal protege con este específico delito es el normal funcionamiento y reputación de la Administración Pública, que resultan puestos en peligro con los comportamientos abusivos y de finalidad patrimonial ilegítima desarrollados por el sujeto activo".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos.* Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 168.

D 1074 "Por lo tanto, considero que, desde una perspectiva genérica, el objeto de protección resulta ser la Administración Pública, asimismo, desde el punto de vista específico, el legislador busca proteger el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacifico, 2018, p. 383.

J 0084 "Respecto al **bien jurídico tutelado**, protege el regular y el correcto desenvolvimiento, el prestigio y la buena reputación de la Administración Pública, en la cual sus integrantes, funcionarios y servidores públicos, deben tener una actuación funcional al margen de abusos de poder de connotación patrimonial".

Sala Penal Transitoria. Apelación N° 25-2017-Lima, del 19 de noviembre de 2020, magistrado ponente: Castañeda Otsu, considerando 9.1.

2.2. Sujeto activo

- Sujeto activo solo puede serlo el servidor o funcionario público

D 1075 "Solo puede ser sujeto activo del delito de concusión, previsto y sancionado en el artículo 382, aquella persona que tiene la calidad o cualidad de ser funcionario o servidor público. Es presupuesto para ello que la persona tenga un vínculo laboral vigente con alguna entidad estatal, según lo previsto en el artículo 425 del Código Penal".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 327.

D 1076 "En cuanto al sujeto activo de delito, se trata aquí de cualquier funcionario o servidor público que se halle en la posibilidad de abusar del cargo. Entendiéndose aquí el término "cargo" en sentido amplio para conglobar al poseído por el funcionario como –en la medida que ello sea posible– por el servidor".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 168.

D 1077 "Sujetos activos pueden ser tanto los funcionarios como los empleados o servidores públicos en ejercicio. Incluso si éstos han cesado en sus funciones, si el bien o beneficio patrimonial es producto de un acto abusivo cometido durante el ejercicio de cargo. Puede ser autor tanto quien se prevale o abusa del cargo, como quien efectivamente se halla ejerciendo en el ámbito de su competencia.

Autor puede ser igualmente el funcionario o servidor de hecho (nombrado irregularmente o el que asume caso tal en un gobierno de facto). si se trata de un usurpador de funciones o de un particular que aparenta cargo para delinquir, estaremos frente a la comisión de un delito de extorsión o de robo. La autoría puede ser simple o compuesta (caso de coautoría)".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4ª edición. Lima: Grijley, 2007, pp. 360 y 361.

D 1078 "El sujeto activo del ilícito penal es el funcionario o servidor público que obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente para sí o para otro, un bien o beneficio patrimonial".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios.* Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 156).

J 0085 "Que, la conducta atribuida al encausado Nicolás Quispe Pereira, de acuerdo a la tesis fiscal, se subsume en la hipótesis normativa descrita en el artículo trescientos ochenta y dos del Código Penal, concordante con el artículo cuatrocientos veinticinco del Código Penal, que sanciona al 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 beneficio patrimonial, con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años. Asimismo, de acuerdo al inciso tercero del artículo cuatrocientos veinticinco del Código Penal, la condición de funcionario o servidor público incluye al vínculo de particulares contratados –bajo cualquier naturaleza, es decir, contratación en base al régimen privado o al sistema laboral público– por la Administración Pública, siempre que se refiera a personas que prestan sus servicios técnicos o profesionales al interior o fuera de las instituciones estatales –en sentido amplio– y cuyas contribuciones llegan a constituir función pública.

Que, en el caso del encausado tenía la condición de Terminalista en la agencia del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil de la ciudad de Andahuaylas, y era el encargado de realizar actividades de Administración Pública en general, conforme a los contratos de locación de servicios que obran en autos a fojas cincuenta y uno y trescientos noventa y seis, siendo en dicha condición que fue comisionado al Distrito de San Antonio de Cachi con la finalidad de proporcionar atención en el trámite de cambio de libreta electoral de tres cuerpos por el documento nacional de identidad a personas de escasos recursos económicos, por tanto sus actividades se ajustan perfectamente a la condición especial del delito incriminado".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 790-2011-Apurímac, del 27 de marzo de 2012, magistrado ponente: Rodríguez Tineo, considerando 4.

J 0086 "Que, al respecto la calidad o condición especial del agente –sentenciado Pizarro Sutta– no puede ser considerada como circunstancia agravante a tenerse en cuenta como una situación para imponer e parámetro máximo de la pena fijada por ley, toda vez, que un razonamiento de este tipo significa merituar una circunstancia agravante sobre otra situación gravosa existente, puesto que, el delito de concusión comprendida en el artículo trescientos ochenta y dos del Código Penal, esta sistematizada dentro de los "delitos cometidos por funcionarios públicos", cuyos parámetros de penalidad han sido previstos por el legislador en un Capítulo aparte, valorando precisamente la calidad de funcionario o servidor público; en otros términos, los parámetros legales de punición, en su mínimo y máximo, han sido establecidos considerando la naturaleza del agente, esto es, porque cometió el delito como funcionario o servidor Publio, vulnerando sus deberes especiales con la Administración Pública en cualquier de sus ámbitos, por lo tanto, es reprochable que tal condición sea nuevamente valorada para la imposición de la pena mayor en grado. El juicio de valor antes señalado no es caprichoso, contrariamente a ello guarda estrecha relación con una interpretación sistemática del Código Penal,

que en su artículo cuarenta y seis "A" considera como circunstancia gravante la condición del sujeto activo de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad o funcionario o servidor público, pero solo cuando se tratan de "delitos comunes" y no así en los delitos contra la Administración Pública".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 3861-2011-Lima, del 15 de agosto de 2012, magistrado ponente: Rodríguez Tineo, considerando 9.

J 0087 "(...) Sujeto activo. El tipo legal exige una cualidad especial de los intervinientes del hecho punible, ya que el autor no puede ser cualquier persona, sino que debe ostentar el cargo de funcionario o servidor público. Se trata de un delito de infracción del deber especial positivo. (...)".

Sala Penal Transitoria. Apelación N° 25-2017-Lima, del 19 de noviembre de 2020, magistrado ponente: Castañeda Otsu, considerando 9.2.

2.3. Sujeto pasivo

D 1079 "El sujeto pasivo –por descansar en él la titularidad del sujeto pasivo, ya que estamos ante delitos de función– es el Estado. Los perjudicados directos, particulares o personas jurídicas o colectivos sociales en general son víctimas del accionar delictivo del agente".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 169.

D 1080 "Sujeto ofendido es el Estado, como cabeza de toda la actuación que toma lugar en el seno de la Administración Pública, que se ve afectado cuando los funcionarios públicos se aprovechan de su investidura para coaccionar a los particulares, a fin de obtener todo tipo de ventaja".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 303.

D 1081 "Es cualquier persona titular del interés lesionado o expuesto en peligro con la acción dolosa del agente, pero, básicamente, es el Estado, estando al interés preponderante del bien jurídico tutelado".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 156).

D 1082 "Por nuestra parte, consideramos que el Estado resulta ser el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "Administración Pública". (...) Por lo tanto, es necesario precisar, conforme se viene explicando en los comentarios del delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales, que, si bien existen perjudicados, en este caso, terceras personas afectadas por el accionar del funcionario o servidor público, empero también es cierto que, contra dichas personas normativamente no existe afectación, por lo tanto, no

podrían ser considerados como agraviados o perjudicados teniendo únicamente el estatus de denunciantes, por cuanto en los delitos contra la Administración Pública existe un trato discriminados respecto del bien jurídico, es decir, lo único que se protege es la correcta funcionalidad de la Administración Pública y sus deberes especiales derivados de dicha institución, ante ello, a pesar que la acción delictual recaiga sobre el tercero y este aparezca afecta, dicha afectación no alcanza protección penal por lo singular del bien jurídico, el mismo que ha sido encomendado al Estado como titular del mismo; (...)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 378.

D 1083 "[E]l sujeto pasivo de este delito no será el particular que promete o entrega el beneficio, pues el principal afectado con la configuración del tipo penal es el Estado peruano, al afectarse los intereses de la Administración Pública".

CHANJAN DOCUMET, Rafael; TORRES PACHAS, David y GONZALES CIEZA, Marie. *Claves para reconocer los principales delitos de corrupción*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020, p. 36.

J 0088 "(...) **Sujeto pasivo y agraviado.** El sujeto pasivo y el agraviado lo constituyen las entidades u organismos del Estado. (...)".

Sala Penal Transitoria. Apelación N° 25-2017-Lima, del 19 de noviembre de 2020, magistrado ponente: Castañeda Otsu, considerando 9.2.

2.4. Conducta típica

- **Modalidad típica de obligar a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial**

D 1084 "OBLIGAR es sinónimo de "constreñir" y significa compeler por la fuerza a otro para que haga o ejecute algo, sin llegar a una violencia o amenaza en el sentido de la "extorsión" (art. 200). (...) En realidad la diferencia está en que la intimidación de la concusión es aquella que implica "el anuncio del sufrimiento de un perjuicio derivado de un acto de poder de la autoridad". Es decir, se trata de una amenaza de sufrir algún perjuicio derivado de la propia Administración Pública (no expedir una resolución, dar un contenido distinto a la resolución, demora, etc.) y no de cualquier otro perjuicio común (daños a la propiedad, lesiones, muerte, privación de la libertad, etc.). No se requiere "expresión física" del constreñimiento sobre el cuerpo de la víctima, de sus cosas o de sus demás seres queridos. Tampoco es necesario un "amedrentamiento directo" o un "exigir descarado"; basta que se haga comprender, temer al particular, mediante el poder del funcionario".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 289.

D 1085 "Se configura el delito de concusión en una primera modalidad, cuando el agente-funcionario o servidor público, abusando del cargo que ejerce en la Administración Pública,

obliga a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para un tercero, un bien o un beneficio patrimonial. Este supuesto delictivo se materializa cuando el agente en ejercicio de sus funciones con conocimiento y voluntad impone, obliga, fuerza, coacciona, somete o constriñe la voluntad de su víctima con la finalidad que esta le dé o prometa dar en un futuro inmediato un bien o beneficio indebido.

El verbo obligar empleado por el legislador en la fórmula legislativa es sinónimo de constreñir y significa compeler por la amenaza a otro para que haga o ejecute algo, sin llegar a una amenaza en el sentido del delito de extorsión, previsto y sancionado en el artículo 200 del Código Penal. La diferencia entre una y otra radica en que la intimidación del delito de concusión es aquella que implica el anuncio del sufrimiento de un perjuicio derivado de la propia Administración Pública (no expedir una resolución, resolver un asunto de modo diferente a las pretensiones de la víctima, demorar la emisión de la resolución o en la ejecución del contenido de la resolución, denunciarlo por evasión tributaria, ordenar su detención, etc.); en tanto que en el delito de extorsión el agente amenaza a su víctima con un perjuicio común (daños a la propiedad, lesiones, muerte, privación de libertad, despido del trabajo, etc.). En la concusión no se requiere que la amenaza sea directa o un exigir descarado por parte del agente, basta que la amenaza se realice en términos que la víctima comprenda la intención el agente-funcionario o servidor público".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 320 y 321.

D 1086 "Obligar quiere decir ejercitar violencia de baja intensidad, amenaza o presión sobre una persona, de modo tal que altere, el proceso formativo de su voluntad y le determine a una acción u omisión diversa de aquella otra que (sin la coacción) habría realizado y que, en este caso, afecta su patrimonio. Implica entonces tanto una coacción física material, una imposición o forzamiento sobre la persona como una coacción o presión sicológica (amenaza, intimidación). La coacción sicológica, a su vez, puede ser, siguiendo a Pagliaro, absoluta o relativa. La primera se presenta cuando la víctima está a merced del sujeto activo, sin otra opción que ceder a las intenciones delictivas del mismo; la segunda, cuando lo querido por el sujeto activo requiere cierta colaboración de la víctima, teniendo esta la opción de elegir entre el ceder a la presión o el rechazarla. Ambas coacciones sicológicas son relevantes penalmente.

Lo anterior nos lleva a considerar que el funcionario o servidor se vale casi siempre de situaciones de dificultad o irregularidades de índole diversa que a manera de aspectos vulnerables ofrece la víctima (amenazas de denunciarle por delito tributario si no le entrega dinero, o de detenerla, o de comunicar a la autoridad administrativa una irregularidad que afectará la permanencia del servidor público en la institución, etc.)".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4ª edición. Lima: Grijley, 2007, pp. 365 y 366.

D 1087 "Según la RAE, el verbo "obligar" proviene del latín obligare, por lo tanto, el termino aludido, semánticamente, significaría "mover e impulsar a hacer o cumplir algo, compeler, ligar. Ganar la voluntad de alguien con beneficio u obsequios". Siendo así, el sujeto cualificado, funcionario o servidor público, muestra un accionar amenazante frente al tercero, advirtiéndole un perjuicio producto de un acto administrativo en el cual participa en razón

del cargo funcionarial. Dicha amenaza puede ser comunicada en diversas modalidades, directas o indirectas; la razón fundamente está orientada en el sentido que el tercero administrado tenga conocimiento del acto amenazante o intimidatorio desplegado por el sujeto cualificado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacifico, 2018, p. 379.

J 0089 "Que, por otro lado, debe señalarse que el dinero que recibió el imputado Solano Sáez fue de la proveedora Carmen Luisa Padilla Adarmes –novecientos cincuenta nuevos soles– que correspondía por los honorarios que contractualmente había cobrado, por lo que tal acto de disposición implicaba un desprendimiento del dinero que teóricamente le correspondía a ella y no a los fondos públicos, razón por la cual es de estimar que no se configuran los presupuestos de la descripción típica del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, porque dicho dispositivo legal exige, entre otros supuestos, que los fondos o caudales materia de apropiación pertenezca al Estado (...). Lo que si se acredita es el delito de concusión, pues el funcionario acusado abusó de su cargo para obligar a una proveedora a entregarle indebidamente una suma de dinero. El encausado le giró un cheque por 1300 nuevos soles, con la condición de que la proveedora le entregue 950 nuevos soles".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 1906-2009-Huancavelica, del 31 de mayo de 2010, magistrado ponente: Calderón Castillo, considerando 5.

J 0090 "Que, en la delimitación de los componentes materiales del tipo penal de concusión, debe quedar establecido que dicho ilícito penal es un delito de infracción del deber que acoge como verbos rectores constitutivos dos modalidades comisivas alternativa "obligar" e "inducir", el primero de ellos se configura con el ejercicio de la amenaza o presión sobre el sujeto pasivo de la acción, afectando la voluntad de este último a través de la coacción psicológica –vis compulsiva– ejercida, en virtud de ello el sujeto activo obliga a la persona a que le entregue para si un beneficio de contenido patrimonial, mientras que la segunda variante comisiva –inducir– no se encuentra referida a cualquier propuesta u ofrecimiento que realice el agente, sino que requiere que en la misma debe operar un engaño o falsedad relevante que provoque en el particular la disposición de otorgar o prometer un beneficio de estricto contenido patrimonial".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 895-2010-Lima, del 18 de mayo de 2011, magistrado ponente: Villa Bonilla, considerando 5.

J 0091 "Asimismo, cabe precisar que respecto al delito de concusión, tipo penal que tiene como verbos rectores obligar o inducir, entiéndase al primero como el ejercitar violencia de baja intensidad, amenaza o presión sobre una persona, quien es forzada en su voluntad a acceder a la ilegitima pretensión de otorgar un bien o un beneficio patrimonial al agente; y en el segundo caso, implica vencer la voluntad de la persona, mediante la persuasión, el convencimiento, la apariencia, haciendo uso de estratagemas, falsedades, engaños o silencios que tengan suficiente fuerza determinadora para que la víctima de o prometa dar un bien o un beneficio patrimonial (véase Rojas Vargas, Fidel, Delitos contra la Administración Pública, cuarta edición, Grijley, Lima, dos mil siete, paginas trescientos sesenta y tres y siguientes)".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 3248-2011-Lima, del 06 de noviembre de 2012, magistrado ponente: Villa Stein, considerando 3.2.

- **Modalidad típica de inducir a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial**

D 1088 "Inducir es algo similar a "persuadir "mediante engaño o mentiras. No debe entenderse que es igual al grado de participación de "Instigación o inducción". Este engaño también tiene que basarse en una situación referida a la actividad funcionarial; p. ej. que ha salido una nueva ley que exige el pago de determinados impuestos, o que ha elevado las tasas. (...).

Nada impide que la "inducción" se realice por omisión; así cuando se calle y, según las circunstancias, el silencio es idóneo para llevar a error al administrado. P. ej., 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".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 290 y 291.

D 1089 ""Inducir", por su parte, supone persuadir o convencer a la víctima a fin de que ofrezca un bien o beneficio patrimonial. En el caso de la inducción se trata de un proceso psicológico formador de la voluntad de entregar o prometer que el agente del delito realiza en la mente y las decisiones del afectado; para tales efectos, los medios de los que se puede valer el agente serán de una gama diversas (engaños, estratagemas, apariencias de realidad, en relación al objeto material del delito)".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 172.

D 1090 "En otros términos también se puede conceptualizar esta modalidad punible como aquel supuesto delictivo que se materializa cuando el agente, siempre funcionario o servidor público en pleno ejercicio de sus funciones públicas estimula, instiga, induce o provoca a su eventual víctima para que le dé o prometa dar en un futuro inmediato un bien o beneficio patrimonial indebido.

El medio que emplea el agente-funcionario o servidor público consiste en vencer la voluntad de la víctima mediante la persuasión, el convencimiento, la apariencia, haciendo uso de estratagemas, falsedad, engaños o silencios que tengan la suficiente fuerza que determinen finalmente a la víctima que esta le dé o promete dar el bien o un beneficio patrimonial.

Es común en la doctrina nacional sostener que el delito de concusión en la modalidad de inducción, puede ser perpetrado por omisión tal como ocurrirá cuando el agente-funcionario calla o guarda silencio ante una pregunta del administrado sobre el monto de la tasa que debe pagar; induciéndole de esa forma a pagar más de lo realmente debido".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 322.

D 1091 "La "inducción" hace alusión a una presión psicológica de cierta intensidad, de suficiente idoneidad para poder quebrantar la resistencia del sujeto pasivo, y así determinarla en un quehacer conductivo; importa influenciar directamente sobre la esfera decisoria (volitiva) de un individuo.

No es propiamente la instigación, que se encuentra reglada en el artículo 24 del CP, pues acá no se dirige al instigado a cometer un hecho punible, sino que aquel caiga, a merced de la propuesta indebida del *intraneus*; donde la presión psicológica ha de referirse a una actuación típicamente funcionarial, es decir, el convencimiento debe obedecer a la realización de un acto administrativo o jurisdiccional (el cierre del establecimiento comercial, la imposición de una multa, la no concesión de una licencia, etc.).

Para tal efecto, el agente puede valerse del engaño, la mentira, ardid u cualquier otro medio dirigido a torcer la voluntad del sujeto pasivo, y así influenciar decididamente en su esfera decisoria, siempre que dichos elementos estén relacionados con el abuso del poder funcionarial".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 308.

D 1092 "La inducción que efectúa el autor, debe estar orientada a que el particular le entregue un bien o le prometa su entrega, debiendo existir una relación normativa entre el acto de la entrega con la proposición determinativa del agente; (...) la cual puede ser cometida también mediando omisión; por ejemplo, los silencios o la inercia del funcionario ante la incertidumbre de la persona que obran para dar o prometer dar, siempre que el silencio pueda ser reputado como concluyente, para determinar una determinada situación generadora de una obligación por parte del particular".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 309.

D 1093 "El verbo "inducir", según la RAE proviene del latín, *inducere*, por lo tanto, el contenido significativo del citado verbo consiste en "mover a alguien o algo o darle motivo para ello", es decir, se trata de un influjo psíquico desplegado por el autor frente a un tercero, con la finalidad que se cumpla la voluntad el primero de los citados. En ese sentido, respecto al delito de concusión, el sujeto cualificado ejerce influjo determinante en el tercero con la finalidad que este último entregue o prometa un bien o beneficio patrimonial en favor del funcionario o servidor público, vinculado al hecho o a favor de un tercero.

Es necesario precisar que la influencia tiene que ser determinante, viciando la voluntad del administrado, por cuanto, si este último tiene la capacidad de negarse a la pretensión desleal y espuria del sujeto cualificado, no es posible la invocación del verbo "inducir", por la idoneidad del medio empleado, encontrándonos ante un supuesto de atipicidad relativa, no teniendo contenido delictivo el injusto penal".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacifico, 2018, pp. 380 y 381.

J 0092 "Que, respecto al delito de concusión, la acción típica de este ilícito penal consiste en abusar del cargo obligando o induciendo a una persona a dar o prometer indebidamente

(a un funcionario o a otro) un bien o un beneficio patrimonial; que se entiende por abuso del cargo una arbitrariedad, por cuanto se trata de un acto extralimitado, es decir, fuera del marco legal; que el verbo obligar es constreñir, precisar o compeler por la fuerza a que uno haga o ejecute una cosa; e, inducir es instigar, persuadir o mover a uno, el agente busca que la víctima le entregue o le prometa indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial; (...)".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 787-2012-San Martín, del 23 de octubre de 2013, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 7.

J 0093 "Asimismo, la inducción requerida por el tipo penal consiste en vencer la voluntad de la persona mediante la persuasión, el convencimiento, la apariencia, haciendo uso de estratagemas, falsedades, engaños o silencios que tengan la suficiente fuerza determinadora para que la víctima de o prometa dar el bien o beneficio patrimonial. Por su parte, el término indebido hace referencia a que la exigencia haya sido hecha sin causa justificada o ilegalmente a obligar o inducir, sin amparo alguno de las leyes o reglamentos, a dar o prometer un beneficio".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 217-2011-Amazonas, del 29 de febrero de 2012, magistrado ponente: Salas Arenas, considerando 4.7)

J 0094 "(...) En cuanto al verbo rector, la segunda modalidad se refiere a **la inducción**, que se verifica cuando el agente funcionario o el servidor público, abusando del cargo que ejerce al interior de la Administración Pública, induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para tercero, un bien o beneficio patrimonial. El sujeto activo, en el ejercicio de sus atribuciones públicas estimula, instiga, induce o provoca a su eventual víctima para que esta le dé o prometa dar en un futuro inmediato un bien o beneficio patrimonial indebido. (...)".

Sala Penal Transitoria. Apelación N°25-2017-Lima, del 19 de noviembre de 2020, magistrado ponente: Castañeda Otsu, considerando 9.2.

- **Las modalidades típicas de obligar o inducir a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, deben ser realizadas por el funcionario o servidor público mediante un abuso de su cargo**

D 1094 "La expresión utilizada por el legislador "abusando del cargo" debe entenderse como al mal uso que hace el funcionario o servidor público del cargo que ostenta para valerse de él con el deliberado propósito de obligar o inducir a una persona a dar o prometer indebidamente para sí o para otro un bien o un beneficio patrimonial. Se abusa del cargo haciendo mal uso de sus atribuciones, calidad, facultades o poder del cual goza. Lo fundamental es el uso abusivo de su calidad, lo cual puede coincidir o no con las atribuciones o funciones de las que goza el agente. El uso de esta calidad para los fines descritos no tiene límites de espacio o tiempo; de manera que el agente bien puede cometer este hecho punible estando de licencia temporal, fuera de su jurisdicción, de vacaciones, etc. En el agente hay una extralimitación de su calidad, pues no tiene sustento legal alguno para actuar de la manera en que lo hace; es

decir, obligar o inducir a un tercero, dar o prometer indebidamente, para sí o para otro un bien o un beneficio patrimonial. (...).

El término "abuso del cargo" debe entenderse en el sentido lato, amplio, genérico. El abuso del cargo está asociado con la arbitrariedad expresada en la acción extralimitada del agente, quien ejerce su cargo fuera del marco normativo que sustenta sus atribuciones o facultades. El agente invoca su calidad de funcionario o servidor público para obligar o inducir.

Es un tipo penal especial de abuso del cargo orientado a la finalidad de obtención de bienes o beneficios patrimoniales utilizando para tal fin la coacción y el convencimiento con contenido intimidatorio".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios.* Lima: Gaceta Jurídica, 2018, pp. 150 y 151.

D 1095 "Se entiende por abuso de cargo aquella situación que se produce cuando el agente-funcionario o servidor público hace mal uso del cargo que la Administración Pública le ha confiado con la finalidad de obtener un beneficio patrimonial indebido, a sea para él o para un tercer.

Hay abuso de cargo las veces que este es ejercido fuera de los casos establecidos por la ley, los reglamentos o instrucciones del servicio o sin la observancia de la forma prescrita, incluso cuando el funcionario hace uso de un poder de su competencia en la forma debida, pero para conseguir un fin ilícito. El tipo penal que recoge el delito de concusión sanciona al sujeto público que "aprovechándose de manera abusiva de su cargo obtiene un provecho patrimonial".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 323.

D 1096 "El profesor Rojas Vargas, resumiendo la doctrina nacional, establece en forma contundente que el tipo penal ha circunscrito el abuso al cargo, es decir a la calidad, no al abuso de atribuciones o funciones, como por ejemplo se hace en el artículo 376 del Código Penal, que regula el delito de abuso de autoridad. Esto permite entender de manera clara que no es necesario ni imprescindible que el obligar o inducir se realice en pleno ejercicio de las atribuciones o funciones del funcionario o servidor público para configurarse la concusión. Basta que el agente haga valer abusivamente su cargo, así se encuentre de licencia o vacaciones. Y claro, se hará abuso del cargo público siempre y cuando se tenga aún el cargo. Si, por el contrario, el vínculo laboral con la Administración Pública concluyó ya sea por vencimiento de contrato, cese, despido, etc., y, luego de ello, se produce el acto de obligar o inducir a la víctima que dé o prometa dar un bien o beneficio patrimonial, el delito de concusión es imposible que se configure".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 323 y 324.

D 1097 "El sujeto público abusa del cargo cuando desnaturaliza los alcances reglados y discrecionales del puesto o empleo que el Estado –o, en sentido amplio, la Administración

Pública– le ha concedido para usos oficiales determinados, al utilizarlos para producir acciones o resultados extrafuncionales y, en este caso, con finalidades patrimoniales ilícitas que le benefician personalmente o a terceros.

El abuso del cargo resulta así un medio del que se vale el agente, en el entramado de la conducta típica, para la realización del delito implicando ello un prevalimento, esto es, el hacer valer la fuerza, influencia o impacto del cargo para hacer fácil o más viable el logro de sus objetivos ilícitos. No es estrictamente solo abuso de funciones o de atribuciones, sino que supone, en una comprensión más amplia, abuso de la calidad poseída (posición oficial, ventajas, prerrogativas o imagen proyectada). Esta manera de aprovechamiento de la que haga gala el sujeto activo revela una inaceptable colisión con el mandato constitucional de servicio a la nación a la que están obligados todos los agentes públicos".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, pp. 169 y 170.

D 1098 "Primer punto a saber es el concerniente al "abuso del cargo"; la materialidad del injusto de concusión aparece siempre y cuando se advierta que el *intraneus* ha hecho uso de su investidura funcional para constreñir la voluntad del particular y, así inducirlo a prometer entregarle para sí o para un tercero un bien patrimonial. De forma, que es el prevalimiento del cargo funcionarial lo que dota de sustantividad a esta figura delictiva, basta que se aprecie que la ventaja indebida fue obtenida por otros medios, para dar por negada la tipicidad penal por este delito".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 303.

D 1099 "Por otro lado, "obligar o inducir a la persona a dar o prometer, debe tomar lugar de forma indebida", instituyéndose en un elemento normativo del tipo, cuya presencia y acreditación construye el núcleo del desvalor del injusto. Lo indebido implica aquello que no sea legal, aquella actuación el funcionario que no se encuentra amparada por la legalidad normativa, acometiendo una conducta reñida, reprobada por el ordenamiento jurídico. Consecuentemente, no será indebida aquella inducción que realiza el agente sobre el particular, par que aquel pague sus impuestos o que siga un procedimiento para el trámite de una licencia, pero si dicha inducción se dirigida a la obtención de un beneficio patrimonial, seria constitutivo del delito d Cobro Indebido, por más que le dinero ingrese al fisco, en tanto el funcionario ha realizado un cobro ilegal".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 311.

D 1100 "Según la RAE, abusar implica "hacer uso excesivo, injusto o indebido de algo o de alguien". En ese sentido, el funcionario o servidor público, en ejercicio del cargo público actúa al margen de la normatividad que regula sus funciones.

En ese contexto, deviene en importante, para dotar de contenido al tipo penal, que el sujeto cualificado se encuentre vinculado o habilitado por el cargo funcionarial, caso contrario no existiría cualificación en el sujeto activo, así como tampoco vinculación con el deber especial

de protección del bien jurídico tutelado, subsecuentemente el tipo penal no tendría contenido, encontrándonos en un supuesto de atipicidad relativa".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacifico, 2018, p. 379.

J 0095 "Que el delito de concusión atribuido a los procesados está previsto en el artículo 382 del Código Penal, que prevé contra "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 (...)"; para la configuración de este tipo penal, se requiere que un funcionario o servidor público, haciendo uso abusivo de su cargo exija o haga pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos; es decir, constituye una exigencia indebida y arbitraria que pude ser explicita o encubierta; resultando que el agente no oculta a la víctima que él está exigiendo arbitrariamente algo indebido, siendo sus componentes materiales de tipicidad del comportamiento: o) abuso del cargo, b) obligar o inducir o una persona a dar o prometer, c)el elemento normativo: indebidamente, d) el objeto de lo concusión: un bien o un beneficio, y e) el destinatario: paro si o para otro".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 304-2010-Lima, del 14 de abril del 2011, magistrado ponente: Pariona Pastrana, considerando 3.

J 0096 "Que, con relación al delito de concusión, al analizar los cargos imputados no es posible subsumirlos dentro del tipo penal que describe el artículo 382 del Código Penal, pues para ello requiere: i) que el sujeto activo tenga la calidad de funcionario público, pero esta calidad no es forma sino funcional, esto es, en el ejercicio de actos inherentes a su competencia; ii) que el funcionario haga abuso de su cargo, es decir, efectúe un mal uso de la calidad que le ha sido otorgada, o ejercer el cargo de forma contraria a la encomendada; y, iii) que este abuso del cargo incida sobre la voluntad del sujeto, viciando la misma, convirtiéndose en un constreñimiento o en una inducción, es decir, con lleva el uso de violencia, la que es ejercida sobre la víctima para doblegar su voluntad, de tal modo que acceda a sus ilegítimas pretensiones, según el tipo penal *sub júdice*, en dar –entregar, transferir algo a alguien– o prometer –efectuar un ofrecimiento futuro– en forma indebida –prestación sin sustento alguno– un bien o un beneficio patrimonial para sí o para otro, es decir, que la prestación ilícitamente obtenida puede tener como destinatario final tanto al sujeto activo o para una tercera persona; (...)".

Primera Sala Penal Transitoria. R.N. N° 1601-2006-Huaura, del 28 de enero del 2009, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 6.

J 0097 "Sobre el delito de concusión: 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 las víctimas quien es forzada en su voluntad a acceder a las ilegitimas pretensiones del autor, es decir, cuando la exigencia del beneficio patrimonial ha sido hecha sin causa justificada o debida, convirtiéndola en abusivo".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 3151-2011-Lima, de 11 de julio de 2012, magistrado ponente: Salas Arenas, considerando 4.1.

J 0098 "Que el contenido del tipo penal del artículo 382 del Código Penal, (...), tiene como referencia dos verbos rectores: obligar e inducir, que a su vez puede ser dividido hasta en dos conductas punibles claramente diferenciadas, empero, también es indispensable verificar la concurrencia de otros elementos objetivos que dan tipicidad al delito de concusión y que serían determinantes, así tenemos el abuso de cargo, el que debe ser entendido como aquella situación que se produce cuando el funcionario o servidor público hace mal uso del cargo que la Administración Pública le ha confiado con la finalidad de obtener un beneficio patrimonial indebido, sea para él o para un tercero. Este abuso de cargo existe las veces que este es ejercido fuera de los casos establecidos por la ley, los reglamentos o instrucciones del servicio o sin la observancia de la forma prescrita, incuso cuando el funcionario hace uso de un poder de su competencia en la forma debida, pero para conseguir un fin ilícito".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 381-2011-Lima, de 15 de agosto de 2012, magistrado ponente: Rodríguez Tineo, considerando 3.

J 0099 "En efecto, en el presente caso no existe suficiencia probatoria capaz de enervar la presunción de inocencia que le asiste a todo justiciable, no solo por la rectificación de la versión inicial del agraviado, sino porque además no hay ningún elemento que la corrobore; adicionalmente no se da uno de los elementos objetivos de la modalidad típica que materializa el injusto como es el "abuso del cargo" del sujeto activo, esto es, en el marco de la función vigente y real, ya que no estamos ante el tipo penal de "abuso de autoridad", por cuanto "(...) el abuso fuera de las propias funciones del sujeto activo no tiene que ver directamente con un atentado del propio funcionario contra el funcionamiento de la Administración Pública (...)", por cuanto en el delito de Concusión el funcionario ha de ser el legalmente competente para realizar el hecho que amenaza perpetrar a cambio de un beneficio indebido; y que en el caso de autos, no era competencia del acusado el cumplir con la orden de captura o requisitoria, sí lo hubiera".

Segunda Sala Penal Transitoria. R.N. N° 867-2015-Lima, del 07 de abril de 2017, magistrado ponente: Chávez Mella, considerando 5.

J 0100 "[L]a descripción legal del tipo penal de concusión acoge como elemento objetivo el ejercicio abusivo del cargo público, los siguientes términos: "El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, (...)"; que este comportamiento permite sostener que en efecto el acto abusivo debe adscribirse a las funciones inherentes al cargo público que detenta el sujeto activo, en virtud del cual desarrolla la acción típica ("obliga" o "induce"), no contemplándose como un supuesto típico el abuso de un cargo ajeno, ello resulta evidente puesto que no se puede abusar de un cargo que no se ostenta, dado que el sujeto no se encuentra en una posición idónea para ello, al carecer de las facultades que le confiere dicho cargo, siendo insostenible que alguien abuse de algo que no es suyo porque no se encuentra dentro de su esfera de dominio, pues el concepto de abuso presupone el precio uso de las facultades con las cuales se pretende abusar".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 895-2010-Lima, del 18 de mayo de 2011, magistrado ponente: Villa Bonilla, considerando 4.

J 0101 "Con relación al delito de concusión es pertinente precisar que la consumación de este ilícito requiere en primer término el abuso del cargo por parte del funcionario público, que es sinónimo de hacer mal uso de la calidad funcional que le ha sido otorgada al sujeto activo funcionario o servidor público, aprovechando ilícitamente el agente de las facilidades y ventajas que le confiere el cargo".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 217-2011-Amazonas, del 29 de febrero de 2012, magistrado ponente: Salas Arenas, considerando 4.6.

J 0102 "Que, el contenido del tipo penal del artículo trescientos ochenta y dos del Código Penal, que ha sido materia de acusación y de juzgamiento, tiene como referencia dos verbos rectores: obligar e inducir, que a su vez puede ser dividido hasta en dos conductas punibles claramente diferenciadas, empero, también es indispensable verificar la concurrencia de otros elementos objetivos que dan tipicidad al delito de concusión y que serían determinantes, así tenemos el abuso de cargo, el que debe ser entendido como aquella situación que se produce cuando el agente funcionario o servidor público hace mal uso del cargo que la Administración Pública le ha confiado con la finalidad de obtener un beneficio patrimonial indebido, sea para él o para un tercero. Este abuso de cargo existe las veces que este es ejercido fuera de los casos establecidos por la ley, los reglamentos o instrucciones del servicio o sin la observancia de la forma prescrita, incluso cuando el funcionario hace uso de un poder de su competencia en la forma debida, pero para conseguir un fin ilícito".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 3861-2011-Lima, del 15 de agosto de 2012, magistrado ponente: Rodríguez Tineo, considerando 3.

J 0103 "(...) **Abuso de cargo**, configurada como aquella situación que se produce cuando el funcionario o el servidor público hacen mal uso del cargo que la Administración Pública le confió con la finalidad de obtener un beneficio patrimonial indebido, ya sea para él o un tercero. El cargo se ejerce fuera de los casos establecidos por la ley, los reglamentos, instrucciones del servicio o sin la observancia de la forma prescrita, incluso cuando el funcionario hace uso de un poder de su competencia en la forma debida, pero para conseguir un fin ilícito. La exigencia ha sido hecha sin causa justificada, sin amparo legal, pues el funcionario o servidor público actúa arbitrariamente al obligar o inducir, sin amparo alguno de las leyes o normativa infralegal, a dar o prometer un bien o un beneficio económico para sí o para otro. (...)".

Sala Penal Transitoria. Apelación N° 25-2017-Lima, del 19 de noviembre de 2020, magistrado ponente: Castañeda Otsu, considerando 9.2.

- Dar o prometer dar indebidamente un bien o un beneficio patrimonial

D 1101 "Además se exige que la inducción o la obligación de dar o prometer tiene que estar dirigida directamente hacia una persona determinada, se entiende que podrá ser una persona natural o física, o una persona jurídica, que tiene necesariamente una persona física que lo representa, aunque la persona jurídica no podrá ser sujeto pasivo del delito, ya que siempre será el Estado peruano.

La forma típica de cómo el agente puede "acceder" a los medios: bien o beneficio patrimonial, es mediante dos formas concretas:

- En primer lugar, "dar" significa entregar, proporcionar o transferir indebidamente un bien o beneficio patrimonial al agente como consecuencia de los actos de obligar o inducir arbitrarios; se exige la "entrega", en la cual el agente activo reciba físicamente, o reciba en su "mano" por parte de la víctima, el bien o beneficio patrimonial; en otras palabras, debe haber una entrega material e inmediata.
- Mientras que en la segunda se exige la "promesa", donde se espera una expectativa a futuro (pero no remoto) de un bien o beneficio patrimonial, expectativa generada por el propio agente activo. En otras palabras, prometer significa obligarse a efectuar de manera indebida en un futuro inmediato la entrega o transferencia de un bien o beneficio patrimonial a favor del agente público a consecuencia de los actos de obligar o inducir arbitrarios. Aquí resulta irrelevante si la víctima haya aceptado o no la futura entrega del bien o beneficio hacia el agente activo".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, pp. 345 y 346.

D 1102 "Dar significa entregar, transferir algo a alguien y prometer, obligarse a hacer o a dar alguna cosa con contenido económico. En el primer caso hay entrega material inmediata; en el segundo solo una expectativa de una entrega futura. Lo dado o prometido debe ser una cosa cierta, tangible, concreta.

La promesa debe ser seria, pero no necesita cumplir con formalidades civiles, ni siquiera que se dé por escrito. No importa si la promesa deviene en imposible, pero si el funcionario sabía que la promesa era imposible de cumplir, no puede haber tipicidad de la conducta; podía discutirse si aquí todavía existía alguna posibilidad de aplicar el tipo de coacciones (art. 151)".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 291 y 292.

D 1103 "Bien o beneficio patrimonial. Podría parecer que el tipo penal peruano no exige algún valor económico en el bien dado o prometido, si se entendiera que cuando se refiere a un "bien o beneficio patrimonial", el adjetivo patrimonial solamente se referiría al "beneficio" y no al "bien". (...).

No obstante, si se lee bien, debe entenderse que la disyuntiva busca una analogía entre "bien" y "beneficio patrimonial". Luego puede entenderse que el "bien", materia de la concusión, debe tener un valor patrimonial. Con ello se trata de "dinero", "título valor" o cualquier otro provecho, beneficio o goce de contenido económico, e incluso derechos sobre las cosas".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 292.

D 1104 "Dar significa entregar, proporcionar o transferir indebidamente un bien o beneficio patrimonial al agente como consecuencia de los actos arbitrarios de obligar o inducir. En tanto que prometer significa obligarse a efectuar de manera indebida en un futuro inmediato la entrega o transferencia de un bien (muebles, inmuebles, semovientes, dinero, joyas,

mercaderías, etc.) o beneficio patrimonial (acciones, participación en empresas, descuentos en los precios, paquetes turísticos, etc.) en favor del agente como consecuencia de los actos arbitrarios de obligar o inducir".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 324 y 325.

D 1105 "En el primer supuesto, hay una entrega material inmediata a favor del agente o un tercero; en tanto que, en el segundo supuesto, solo existe una expectativa de una entrega futura. Lo dado o prometido indebidamente debe ser una cosa cierta, tangible, concreta y con valoración patrimonial, quedando de esa manera fuera del tipo penal en hermenéutica jurídica, por ejemplo, exigencias de beneficios sexuales o beneficios honoríficos. El dar o prometer un bien o beneficio patrimonial es indebido cuando no hay sustento legal para tal exigencia".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 325.

D 1106 "El tipo penal hace aquí la distinción entre bien y beneficio patrimonial, entendiéndose por lo primero un objeto mueble o inmueble pecuniariamente valorizable (mercancías, joyas, dinero, títulos valores, casas, predios, etc.) y por lo segundo toda utilidad ventaja o ganancia medibles igualmente en términos de dinero que no configuren propiamente la noción material de bien (así, promociones, descuentos, paquetes turísticos, empleos, etc.)".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 174.

D 1107 "Nótese que el tipo penal en comentario solo habla de un "bien o "beneficio patrimonial".

- Ahora entendemos por el término de "bien" todo lo que constituye el patrimonio, integrado por bienes muebles o inmuebles.
- Por "beneficio patrimonial" es todo lo que satisface la codicia económica, como regalos, créditos, empleos, licencias, promociones y otros, que generen beneficio patrimonial sin desembolso económico; puede entenderse a cualquier forma de enriquecimiento económico, como por ejemplo al agente activo (funcionario o servidor) le hacen prometer que él va a administrar un centro comercial.

En definitiva, el tipo penal reprime una conducta que tenga objetos netamente patrimonialistas (bien o beneficio patrimonial), a diferencia de los delitos de corrupción, donde los objetos corruptores pueden ser patrimoniales (donativo o promesa de donativo o beneficio) o extramatrimoniales (ventajas políticas o sexuales, por ejemplo).

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 347.

D 1108 "El obligar puede ser dar un bien o un beneficio patrimonial, o a prometer en un futuro dicho bien o beneficio; quiere decir esto, que el acto de constreñimiento ha de ser

dirigido a la obtención de un beneficio patrimonial mediando su entrega inmediata o la promesa de entrega a *posteriori*".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 307.

D 1109 "El bien o beneficio patrimonial, ha de ser entendido como todo objeto apreciable económicamente, susceptible de ser valorado en el mercado, constituyendo dinero en efectivo, bienes muebles (automóviles, computadora, joyas, pasajes de avión, etc.), títulos valores, alimentos, acciones utilidades, participaciones sociales y cualquier otra providencia –de símil naturaleza–; pueden comprenderé también las acreencias, puede que el funcionario sea deudor del particular; exigiéndole que se dé por satisfecha la deuda, a pesar de no haberla honrado en su totalidad.

Importa un beneficio de cualquier otra índole, como la obtención de una plaza laboral para un allegado (amigo, familiar, etc.), de ahí que se haya puesto de relieve en el enunciado normativo, que el destinatario del bien patrimonial puede ser para otro, quien puede ser un particular o un funcionario o servidor público. Este último puede ser quien reciba directamente el bien patrimonial por parte del sujeto pasivo, que al intervenir cuando el delito ha sido ya consumado, no sería factible dar un título participativo como complicidad, sin embargo, podría estar incurso en el delito de lavado de activos".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 307.

D 1110 "Si se trata de una promesa de entrega del bien, esta no tiene que efectivizarse, para dar por cumplida la realización típica, la cual debe ir aparejada de cierta posibilidad fáctica, la entrega de un aeroplano no parece ajustarse a dicha caracterización".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 307 y 308.

D 1111 "Respecto al verbo rector "dar", según la RAE proviene del latín *dare*, es decir, "ofrecer materia para algo. Conferir, proveer en alguien un empleo u oficio", en ese contexto, la redacción típica exige que el terceo administrado entregue al funcionario o servidor público, quien operan en razón del cargo específico, un bien o beneficio patrimonial a favor del mismo sujeto cualificado o de tercero, quien también mantiene vinculación con el funcionario o servidor público requirente. Siendo así, el verbo "dar" es de naturaleza activa y de comisión instantánea, por lo tanto, basta que el tercero administrado entregue el bien o beneficio patrimonial para que el tipo penal alcance perfeccionamiento consumativo, por lo tanto, el tipo penal resulta ser, en este extremo, delito de mera actividad.

Con relación al verbo "prometer", la RAE, conforme aparece detallado en el apartado anterior, indica que proviene del latín *promissa*, situación que, semánticamente nos conlleva a entender que se trata de una "expresión de la voluntad de dar a alguien o hacer por el algo. Persona o cosa que promete por sus especiales cualidades". En ese sentido, "prometer" implica la existencia de un ofrecimiento o posibilidad inminente de concretar en tiempo próximo, dicha promesa deberá tener connotación tangible, esto es, material, presupuesto por el cual el sujeto

cualificado compromete la función pública encomendada en razón del cargo, por lo tanto, se puede advertir que el legislador opto por criterios de política criminal, adelanto la barrera de punibilidad, puniendo situaciones posibles y venideras, por lo tanto en este extremo, el tipo penal resulta ser de mera actividad y peligro abstracto".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacifico, 2018, p. 381.

- Destinatario del bien o beneficio recibido

D 1112 "El destinatario del bien o beneficio patrimonial al que entrega o promete entregar la víctima como consecuencia del hecho punible, sin duda, será el propio agente-funcionario o servidor público, o en su caso, un tercero gratificado en el tipo penal como "para otro" que puede ser otro funcionario, un servidor público, una persona natural o una persona jurídica. De modo alguno, puede aceptarse la posibilidad que el término "otro" en el tipo penal 382 del Código Penal, abarque también a la Administración Pública, toda vez que si el bien o beneficio patrimonial llega a ingresar a las arcas de la Administración Pública el delito en análisis no se verifica".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 325 y 326.

D 1113 "Para la modalidad de concusión que se perfecciona con la frase "obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial", la perfección de la tipicidad consumadora del delito requerirá que efectivamente se verifique este extremo de ingreso al ámbito patrimonial del sujeto activo del bien o beneficio ilegalmente obtenido. El otro al que alude la norma bien puede ser un familiar, amigo, acreedor del sujeto activo, una persona jurídica, etc. Por lo común, suele suceder que ambos, el sujeto activo como el tercero, sean los beneficiados.

La situación jurídica de este "otro" o "tercero" que se beneficia sigue la suerte del receptador o del cómplice. En el primer caso, de presumir el tercero la procedencia dudosa del bien que recibe; mientras que, en el segundo caso, de haber estado confabulado con el sujeto activo para recepcionar dicho bien. La tesis de la coautoría, en esta segunda hipótesis, para el "otro" particular es inaceptable, igualmente si se trata de un funcionario o servidor que no cumple con los requisitos de tipicidad de la norma penal en estudio.

En el caso de que el beneficiario ignore o no pueda serle posible presumir la etiología causal del hecho ilícito su conducta no asumirá relevancia penal".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 175.

D 1114 "El destinatario de bien o beneficio patrimonial tiene dos aristas, la primera referida al mismo sujeto cualificado, esto es, funcionario o servidor público, quien opera ejerciendo un acto abusivo o influencia contra el tercero administrado, en este caso, el sujeto cualificado, quien opera en razón del cargo funcionarial específico, tiene competencia respecto a la pretensión del tercero administrado, por lo tanto, el bien o beneficio patrimonial solicitado recae favor del citado funcionario o servidor público.

El segundo supuesto, refiere la intervención de un tercero, a quien se le asigna la cláusula "para otro", en ese sentido, dicha persona, si bien fáticamente, no aparece al momento de los actos funcionariales abusivos desplegados por el sujeto cualificado, empero también es cierto que dicha persona tiene una vinculación directa con el agente delictual cualificado, por lo tanto, en este extremo, nos encontraríamos ante un delito de encuentro, es decir, los sujetos intervinientes tienen un mismo objetivo delictual, empero se encuentran en lados opuestos, a pesar de ello las conductas delictivas necesitan complementariamente, terminando por encontrarse al momento de la lesión o puesto en peligro del bien jurídico; por lo tanto, según señala la Cas. N° 841-2015 Ayacucho, la intervención del "tercer", al encontrarse expresamente descrita en el tipo penal, nos advierte el estatus de cómplice primario".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacifico, 2018, pp. 381 y 382.

3. Tipicidad subjetiva

- **Se configura solo con la presencia de dolo directo**

D 1115 "La redacción misma de la fórmula legislativa prevista en el artículo 382 del Código Penal nos induce a sostener sin duda alguna que se trata de un delito de comisión netamente dolosa. No cabe la comisión por culpa o negligencia por parte del agente".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 328.

D 1116 "Por la forma como está construido el tipo penal, el dolo del agente ha de ser directo, pues resulta dudoso que el agente pueda obrar con dolo eventual y buscar un beneficio patrimonial para sí o para otro en el marco de un abuso del cargo. El elemento lucrativo de la finalidad de la acción con la que dirige su comportamiento el agente confirma asimismo la presencia de dicho dolo".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 176.

D 1117 "La acriminación viene informada por el dolo del agente, conciencia y voluntad de realización típica; el agente obliga o induce al particular a la entrega de un bien patrimonial, sabiendo que se trata de un acto indebido".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 312.

D 1118 "Se exige dolo directo, pues el sujeto activo busca el beneficio para sí o para otro. Aunque no se dice expresamente, con esto se incluye en realidad un elemento subjetivo especial: el "ánimo de lucro"; pues no puede consistir en otra cosa el conocer y querer un beneficio patrimonial a favor propio o de un tercero".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 295.

J 0104 "Que sin embargo, para poder determinar la configuración del delito objeto de acusación se debe valorar si se cumplen 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 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, 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".

Segunda Sala Penal Transitoria. R.N. N° 1433-2007-Madre de Dios, del 03 de marzo del 2008, magistrado ponente: Calderón Castillo, considerando 5.

- Requiere la presencia de un elemento adicional al dolo: el ánimo de lucro

D 1119 "De la lectura del tipo penal, se concluye también que se trata de un delito en el cual, a parte del dolo, es necesaria la concurrencia de un elemento subjetivo adicional al dolo: el ánimo de lucro. Es decir, el agente orienta su comportamiento guiado o motivado en el logro de un beneficio patrimonial en su propio beneficio o de un tercero. De modo que, si en un hecho concreto no se verifica que el agente haya obrado con el ánimo de lucro, sino por el contrario con el ánimo de hacer una broma a la víctima, por ejemplo, el delito de concusión no se verifica".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 328 y 329.

4. Autoría y participación

- Es un delito funcionarial por lo que la calidad de autor solo puede recaer sobre el sujeto cualificado

D 1120 "Injusto de la naturaleza descrita en el artículo 382 del CP, importa un delito típicamente funcionarial, donde la cualidad de autor solo la puede tener aquel que se encuentra revestido de las potestades funcionariales que le confiere la Ley y la Constitución, sea como funcionario o servidor público.

El núcleo del injusto supone el abuso del poder funcionarial, por lo que el agente ha de actuar en mérito al ejercicio de la actividad pública y así provocar en el particular el *metus públicae potestatis*, el temor que debe infundir al ciudadano para lograr doblegar su resistencia volitiva".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 302.

D 1121 "En ese sentido, podemos afirmar que, respecto al sujeto activo, el delito de concusión resulta ser un delito de dominio, específicamente, delito especial propio, por cuanto el tipo penal precisa la presencia de un agente delictual cualificado, esto es, funcionario o servidor público, en ese sentido, dicha condición especial restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacifico, 2018, p. 377.

J 0105 "[D]e la estructura típica del artículo 382 del Código Penal, se advierte que se trata de un delito especial, que exige determinada cualidad del agente, lo que conlleva a establecer que la esfera de los autores está limitada, en este caso solo funcionarios públicos; siendo así los procesados nombrados no tenían tal calidad, por lo tanto, no se les puede atribuir dicho ilícito penal".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 956-2011-Ucayali, del 21 de marzo del 2012, magistrado ponente: Salas Arenas, considerando 4.1.9..

- Admite las formas de complicidad (primaria y secundaria)

D 1122 "El delito de concusión, conforme se viene sosteniendo en otros apartados, tanto desde la óptica de los delitos de dominio y delitos de infracción de deber, admite la participación delictual en todos sus extremos, es decir, admite las formas de complicidad (primaria y secundaria), esto es, será partícipe el sujeto que coopera con el plan del autor cualificado, en ese mismo extremo, respecto al supuesto delictual de entregar o prometer el bien o promesa patrimonial indebida a favor de "otro", nos encontraríamos ante un delito de encuentro, es decir, los sujetos intervinientes tienen un mismo objetivo delictual, empero se encuentran en lados opuestos, a pesar de ello las conductas delictivas se necesitan complementariamente, terminando por encontrarse al momento de la lesión o puesto en peligro del bien jurídico".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacifico, 2018, p. 387.

D 1123 "Por lo tanto, respecto al "otro" o "tercero", podrá ser cómplice en la medida que, habiendo desplegado actos contributivos a favor del plan delictual del funcionario o servidor público, para recibir tanto la entrega o promesa del bien o del beneficio patrimonial indebido, dicha responsabilidad encuentra respaldo en la medida que el tercero a quien se le entregara el bien o beneficio indebido tenga conocimiento del escenario delictual, caso contrario, su participación es inocua".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacifico, 2018, p. 387.

D 1124 "Respecto al instigador, tendrá responsabilidad en circunstancias que haya determinado o desplegado influjo psicológico a favor del autor, esto es, funcionario o servidor público, para que obligue o induzca al tercero interesado con el acto funcionarial, todo ello con la única finalidad de obtener el bien o promesa patrimonial indebida".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 388.

- La persona que entrega o promete no es partícipe del delito de concusión

D 1125 "La persona que entrega o promete no es partícipe del delito de concusión, sino que es víctima de la conducta del funcionario, ya que este la obliga o induce a realizar actos contrarios a su voluntad. Sin embargo, el sujeto pasivo de este delito no será el particular que

promete o entrega el beneficio, pues el principal afectado con la configuración del tipo penal es el Estado peruano, al afectarse los intereses de la Administración Pública. (...).

Como ya se mencionó, este delito solo sanciona al funcionario, mas no a la persona que da o promete un beneficio. Tomando en cuenta que en el delito de cohecho activo genérico sí se sanciona al particular que da o promete a un funcionario algún tipo de contraprestación, es importante analizar por qué en el caso del delito de concusión el sujeto que entrega o promete no es responsable penalmente.

Es claro que no hay razón para que el dar o prometer un beneficio indebido a un funcionario sea un hecho lícito y conforme a derecho. Sin embargo, en este caso en específico, lo que sucede es que existe un temor que resulta del poder del funcionario y de lo que este podría hacer en contra del sujeto de no cumplir con lo pedido.

También podría suceder que el particular sea inducido a error a causa de un engaño efectuado por el funcionario, con lo cual la persona creería estar actuando conforme a derecho al prometer o hacer la entrega del beneficio patrimonial.

Como hemos advertido, la víctima del delito de concusión se ve sometida a una situación de vulnerabilidad provocada por las conductas del sujeto activo. En tales casos se aprecia que la víctima es instrumentalizada a través del error o la coacción para obtener el beneficio patrimonial.

En los casos de concusión, la víctima entrega el beneficio indebido al funcionario por la coacción o error provocado por este".

CHANJAN DOCUMET, Rafael; TORRES PACHAS, David y GONZALES CIEZA, Marie. *Claves para reconocer los principales delitos de corrupción.* Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020, pp. 36 y 37.

5. Tentativa y consumación

D 1126 "El delito, en la modalidad de obligar o inducir a dar, se perfecciona o consuma en el instante en que la víctima se desprende del bien o del beneficio patrimonial y le entrega al agente o a un tercero. En tanto que en la modalidad de obligar o inducir a prometer, el delito se perfecciona o consuma en el momento en que la víctima se compromete a entregar, en un futuro inmediato, el bien o beneficio patrimonial a favor del agente o de un tercero. Para nada se toma en cuenta si a lo que se comprometió el agente a cambio del beneficio pedido (no expedir una resolución, resolver el asunto de un modo diferente a las pretensiones de la víctima, demorar la emisión de la resolución o en la ejecución del contenido de la resolución, denunciarlo por evasión tributaria, ordenar su detención, etc.) se cumplió o no. Tal aspecto es irrelevante para efectos del perfeccionamiento del delito de concusión".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 330.

D 1127 "El delito de concusión se trata de un delito de técnicas legislativas de protección mixta, en la medida que tiene dos verbos rectores de ejecución progresiva, y en función a ello también dependerán los grados de ejecución delictiva: en la parte cuando el tipo penal contenido en el artículo 382 exige: "El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo,

obliga o induce a una persona a dar....), cuando ya la víctima ha realizado la entrega del bien o beneficio patrimonial, aquí a nuestro juicio existe una afectación directa al bien jurídico institucional "Administración Pública", por lo tanto aquí existe un delito de resultado lesivo. En consecuencia, en este extremo existirá la posibilidad de actos de interrupción en los grados de ejecución: por ejemplo, el agente público está esperando en un parque de la ciudad la entrega de un sobre conteniendo dinero, sin embargo, luego de un operativo policial intervienen a dicho agente público antes de que la víctima le entregue el dinero, aquí existirá una tentativa punible (artículo 16 del Código Penal).

Ahora bien, cuando el tipo penal 382 exige: "El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente (...)", aquí la circunstancia es mucho más difícil por lo relativo en los espaciamientos en los grados de ejecución, ya que la promesa indebida tiene que nacer del propio agente activo y no de la víctima, con lo cual al no haber contrapartida de la víctima, y teniendo en consideración que la promesa es solo una posibilidad en el futuro, a nuestro juicio, estamos ante un delito de peligro, no hay exigencia desde nuestro punto de vista de un resultado lesivo hacia el bien jurídico".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal.* 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 351.

D 1128 "Por tratarse de un delito plurisubsistente, es decir, que admite más de una modalidad de comisión, el delito se considera consumado en dos hipótesis:

a) Cuando se produce la entrega del bien o beneficio patrimonial mediante compulsión o inducción; y

b) Cuando se produce el ofrecimiento de entrega de bien o beneficio patrimonial mediante compulsión o inducción. Como se apreciará, cada hipótesis a su vez admite un desdoblamiento en función al verbo rector que defina la acción".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos.* Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 176.

D 1129 "La tentativa es fácilmente apreciable en la primera hipótesis, dado que en la misma pueden verificarse actos materiales de resultado, lo que permite especiar los actos ejecutivos que van de la acción al resultado, lo que no siempre ocurre con el ofrecimiento".

ROJAS VARGAS, Fidel. Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 176.

D 1130 "En la hipótesis delictiva de obligar, basta para su consumación que el agente haya realizado actos de constricción –idóneos y suficientes–, para doblegar la voluntad de la víctima, sin necesidad de que se haya producido la aceptación de la víctima, menos que se haya dado la entrega del bien patrimonial. Mediando dicho análisis, no resulta admisible el delito tentado".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 311.

D 1131 "En el supuesto delictivo de la inducción, vemos que el agente debe ejercer una presión sicológica sobre el particular, determinando su decisión a la entrega del bien patrimonial, por lo que es también un delito de mera actividad, donde no puede identificarse –actos anteriores (los actos dirigidos a convencerla)–, de suficiente peligrosidad objetiva, para ser reputados como delito tentado".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 312.

J 0106 "El delito de concusión, se encuentra regulado en el artículo trescientos ochenta y dos del Código Penal, que establece: "El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona o dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o beneficio patrimonial (...)"; asimismo, debemos indicar que el referido delito es un delito de consumación mixta de resultado y actividad (que no descarta la modalidad omisiva en el supuesto de la inducción) y que contiene dos modalidades básicas; el de concusión mediante constricción (violencia o amenaza) y el de concusión mediante inducción o convencimiento, por ello los núcleos rectores posibilita técnicamente la presentación de las dos siguientes modalidades o supuestos típicos como son: a) obligar a una persona a dar o prometes y b) inducir a una persona a dar o prometer, por lo que ambas modalidades tiene un sistema de consumación doble. Siendo el primer caso, el delito se consuma en dos momentos distintos al verificarse o producirse la entrega del bien o beneficio mediante compulsión (delito de resultado) o al producirse la promesa (delito de simple actividad). Idéntica situación ocurre en el segundo caso o supuestos típicos –Fidel Rojas Vargas, Delitos contra la Administración Pública, cuarta edición, dos mil siete, pagina trescientos setenta y uno, editorial Grijley – Lima–".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 1469-2011-Lima, del 16 de octubre de 2012, magistrado ponente: Neyra Flores, considerando 4.

II

COBRO INDEBIDO

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE:

Artículo 383 **Cobro indebido**

El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años e inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36[25].

TEXTO ORIGINAL:

Artículo 383.- Cobro indebido

El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico

D 1132 "El bien jurídico genérico protegido es el normal y recto desenvolvimiento de la Administración Pública, en tanto que el bien jurídico protegido específico lo constituye la corrección y probidad de los funcionarios o servidores que ejercen funciones en la Administración Pública".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 338.

D 1133 "Por nuestra parte, considero que, desde una perspectiva genérica, el objeto de protección resulta ser la Administración Pública, asimismo, desde el punto de vista específico, el legislador busca proteger el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos que tienen frente a la Administración Pública".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 395.

D 1134 "Estamos frente a una conducta típicas de "exacciones ilegales", denotando sus propias particularidades en relación al delito de concusión, donde el bien jurídico protegido viene informado por la correcta actuación de los funcionarios y servidores públicos, con

25 Texto vigente conforme a la modificatoria efectuada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22 de octubre de 2016 en el diario oficial *El Peruano*.

arreglo al principio de legalidad y, a su vez la libre voluntad de los particulares, que puede verse distorsionada cuando el *intraneus*, exige un pago indebido".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 314.

J 0107 "Que, la conducta reseñada ha sido encuadrada en el presente caso, en el artículo trescientos ochenta y tres del Código Penal (cobro indebido), que establece la punición para "El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace para o entregar contribuciones o emolumento no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal..."; debiéndose indicar que el bien jurídico tutelado en el referido delito está referido al regular y correcto desenvolvimiento, el prestigio y la buena reputación de la Administración Pública, derivada de una actuación funcional al margen de abusos de poder de connotación patrimonial más en concreto en el presente caso, a la necesidad de objetividad y profesionalismo en la actividad de los sujetos públicos en la labor recaudadora de contribuciones, así como de su corrección y probidad; (...)".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 1041-2009-Ayacucho, del 09 de junio de 2010, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 3)

D 1135 "En esta misma dirección, a nuestro juicio, el abuso del cargo público para obtener provecho indebido, lógicamente, afecta a la Administración Pública, en su actuación de legalidad a través de sus órganos, pero también es cierto reconocer que el directamente perjudicado es el administrado –particular, persona jurídica o también un funcionario o servidor público–, quien finalmente se ve afectado por haber dispuesto de su patrimonio por un servicio que podría ser gratuito –en el caso de la inexistencia del tributo– o a costo inferior del que paga –cuando el cobro es excesivo–".

FRANCIA ARIAS, José Luis. "¿El aumento repentino y sin responder los parámetros de la ley de presupuesto, de las dietas por parte del alcalde y sus regidores constituye exacción ilegal o peculado? Hacia una (re) interpretación del delito de exacciones ilegales". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal.* Tomo 103. Lima: Gaceta Jurídica, enero de 2018, p. 131.

2.2. Sujeto activo

D 1136 "Tratándose de un delito especial, el círculo de posibles agentes de este delito se reduce a la calidad de funcionario o servidor público. Resulta lógico pensar que, en principio, puede cometer este delito aquel funcionario que se encuentra debidamente habilitado para exigir el tributo, de manera que en un primer espacio de potenciales autores se circunscribe a los recaudadores de tributos, puesto que son los que tienen directamente el trato con el administrado".

FRANCIA ARIAS, José Luis. "¿El aumento repentino y sin responder los parámetros de la ley de presupuesto, de las dietas por parte del alcalde y sus regidores constituye exacción ilegal o peculado? Hacia una (re) interpretación del delito de exacciones ilegales". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal.* Tomo 103. Lima: Gaceta Jurídica, enero de 2018, p. 131.

D 1137 "Según el Código Penal peruano, el sujeto activo en este delito solamente lo puede realizar un funcionario o también un servidor público, es decir se trata de un delito de infracción de deberes institucionales; aunque debemos advertir que quien tiene las prerrogativas y atribuciones para decidir, por ejemplo, en relación a sueldos, remuneraciones o emolumentos es quien está ubicado en la cúspide de una organización institucional estatal, es decir, solo un funcionario público.

El servidor público será eventualmente un mero colaborador doloso –cómplice o inductor– por la carencia de atribuciones que solo estará reservada para el funcionario público; sin embargo, a nuestro criterio, autor de esta figura solo podrán ser quienes ocupan un "cargo" dentro de la Administración Pública (funcionario)".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, pp. 368 y 369.

D 1138 "Es el "funcionario público", pero no necesariamente aquel que tenga dentro de sus facultades una específica destinada a "exigir, hacer pagar o entregar"; basta que haga esto ejerciendo las potestades generales que ya tiene de recaudar de los particulares cantidades exigibles a estos.

Para otro lado, el sujeto puede actuar de manera "directa" o "indirecta", o sea a través de otros funcionarios o de terceros".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 298.

D 1139 "[E]l sujeto activo puede ser cualquiera de los funcionario o servidores público que tiene la potestad de exigir o hacer pagar o entregar contribuciones, abusando del cargo, o tenga la disponibilidad jurídica para ello".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018, pp. 163-164).

D 1140 "No necesariamente será el recaudador, el tesorero, etc., también puede ser sujeto activo el alcalde, pese a no tener función específica de recaudador, pues puede abusar del cargo, exigiendo una contribución indebida a favor de la Administración Pública; de allí la importancia de diferencias el abuso del cargo del abuso de la función, al que se refiere la legislación italiana. Ambos abusos son idóneos y no se puede hablar de una usurpación de funciones específica porque el titular del pliego (alcalde) tiene la disponibilidad jurídica para fijar contribuciones indebidas".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 165.

D 1141 "El sujeto activo es el funcionario o servidor público, tanto el que posee atribuciones para exigir el pago o hacer pagar como aquel que se vale del cargo o de su condición funcional para efectuar cobros o lograr entregas no adeudadas.

El sujeto activo puede ejecutar la conducta típica por sí mismo o utilizando a terceras personas a su nombre".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 178.

D 1142 "En efecto, solo puede ser sujeto activo del delito de exacción ilegal, previsto y sancionado en el artículo 383, aquella persona que tiene la calidad o cualidad de ser funcionario o servidor público. Es presupuesto para ello que la persona tenga vínculo laboral vigente con alguna entidad estatal según lo previsto en el artículo 425 del Código Penal".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 339.

D 1143 "Sujetos activos de este delito solo pueden serlo aquellos funcionarios o autoridades que pueden exigir derechos, aranceles, etc., como forma de pago a su actividad, no así aquellos que perciben directamente su sueldo de la Administración, sin estar facultados para exigir ningún tipo de derecho".

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte especial*. 22ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 935.

J 0108 "Que, en el caso de autos, la conducta imputada al encausado (...) fue enmarcada por el Ministerio Público en el artículo trescientos ochenta y tres del Código Penal que sanciona al "funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos en cantidades que excedan a la tarifa legal". Conforme a la descripción típica citada, destacan para el análisis del presente caso los siguientes elementos del tipo penal: i) El sujeto activo solo puede ser el funcionario o servidor público que posea atribuciones para exigir o hacer para o aquel que, sin tener dichas facultades, abuse de su cargo para realizar la exigencia indebida; ii) El abuso del cargo debe concretizarse por el agente valiéndose del cargo que tiene para inducir, engañar o sorprender a la víctima –de manera arbitraria– a dar o prometer indebidamente; y, iii) el requerimiento que efectúa el agente mediante las conductas "exigir" y "hacer pagar o entregar" debe tener sustento en la fuerza de autoridad propia del cargo del agente, por lo cual resulta necesaria una intimidación o coacción contra la víctima aunque sea en mínima intensidad".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 2121-2010-Cusco, del 26 de mayo de 2011, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 3.

J 0109 "Que, la conducta reseñada ha sido encuadrada en el presente caso, en el artículo trescientos ochenta y tres del Código Penal (cobro indebido), que establece la punición para "El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace para o entregar contribuciones o emolumento no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal..."; debiéndose indicar que (...) resulta ser sujeto activo en este delito el funcionario o servidor público que posea atribuciones para exigir o hacer pagar; también el que exige, sin ser competente abusando del cargo (ver obra Delitos Contra la Administración Pública, Fidel Rojas

Vargas, cuarta edición, enero dos mil siete, editorial Grijley, paginas trescientos sesenta y uno y trescientos ochenta y cuatro)".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 1041-2009-Ayacucho, del 09 de junio de 2010, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 3)

2.3. Sujeto pasivo

D 1144 "Sujeto pasivo es el Estado, ya que es este quien se ve afectado como institución por la conducta delictiva del sujeto activo. El particular o la persona jurídica (privada o pública) que es directamente afectada con la conducta del agente, si bien no es el titular del sujeto pasivo del delito, resulta el perjudicado material directo (víctima)".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 178.

D 1145 "Sujeto ofendido es el Estado, como titular de las actividades públicas que toma lugar en la Administración, desde un plano mediato, pues desde un plano inmediato será el particular (o funcionario), que se le exige el pago de una contribución ilegal o el pago de una tasa que excede la tarifa legal".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 317.

D 1146 "Es el Estado, pero también los particulares son quienes soportan el abuso de los funcionarios o servidores públicos. Recordemos que la acción dolosa del agente orienta a conseguir o lograr del particular pagos no exigidos o superiores a los legalmente establecidos".

HUARCAYA RAMOS, Betty. "El delito de exacción ilegal". En: REVILLA LLAZA, Percy (coordinador). *Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p. 198.

D 1147 "Por nuestra parte, consideramos, conforme venimos sosteniendo en diversos aperados, que el Estado es el titular del bien jurídico y, subsecuentemente sujeto pasivo del delito mencionado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 391.

2.4. Conducta típica

D 1148 "La acción dolosa del agente se orienta a conseguir o lograr del particular pagos no exigidos legalmente o superiores a los legalmente establecidos. Aun cuando la norma penal no lo señala expresamente, el delito puede ser cometido por el agente directa o indirectamente, a través de un determinado servidor público".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 162.

J 0110 "Que en el presente caso, el punto en controversia es referente a que el encausado habría cobrado en su remuneración, los tres días que falto injustificadamente a laborar como docente al centro educativo Clorinda Matto de Turner, inasistencia que regularizo posteriormente pero que fue rechazada por no haber presentado documento que justifique dichas faltas; siendo así, al no solicitar en forma regular la licencia correspondiente, se le efectuó el pago de su remuneración mensual como si hubiera asistido a laborar normalmente; ahora si bien es cierto, la conducta del encausado no fue la correcta, empero, esta no justifica el ilícito penal imputado, por cuando en su condición de servidor público, no ha cumplido con los requisitos para la configuración de la misma, es decir que no ha abusado de su cargo, ni ha exigido o hizo pagar emolumento en cantidades que excedan la tarifa legal exigida; asimismo, no se aprecia de la copia de la boleta de remuneración del mes de noviembre obrante a fojas cuarenta, que este haya cobrado un sueldo excedente al que le correspondería, sino, no se le efectuó el descuento de ley respectivo por la falta injustificada que realizo, tal conforme consta a fojas doscientos cincuenta y cuatro pues se le apertura proceso administrativo por el presunto abandono del cargo, así como de la Resolución Directoral de fojas cuatrocientos treinta y uno de fecha uno de julio de dos mil diez, en la que resuelve instaurar el proceso administrativo al encausado (...)".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 2618-2010-Cusco, del 15 de noviembre de 2011, magistrado ponente: Neyra Flores, considerando 4.

- Verbos rectores: "exigir" pagar o entregar y "hacer" pagar o entregar

D 1149 "Según la RAE, el verbo "exigir" proviene del latín *exigere*, por lo tanto, el término aludido, semánticamente, significaría "pedir imperiosamente algo a lo que se tiene derecho". Siendo así, el sujeto cualificado, funcionario o servidor público, demanda o requiere imperiosamente, tanto al tercero administrado o al sistema de Administración Pública, contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa leal, por lo tanto, en este extremo, el tipo penal alcanza perfeccionamiento con la sola exigencia indebida, tratándose en este extremo de un delito de mera actividad, por la naturaleza activa e instantánea del verbo rector.

El supuesto analizado, advierte que el sujeto cualificado, funcionario o servidor público, quien abusando del cargo específico que viene ejerciendo, y siempre bajo el escenario amenazante, logra que el tercero administrado o la Administración Pública paguen contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal. La situación expuesta advierte que el sujeto cualificado no solo exige, sino que, además, se requiere la materialización de la exigencia, es decir, se demanda un resultado concreto, definido por el pago de las demás contribuciones o emolumentos indebidos, por lo tanto, en este extremo, se advierte un espacio temporal entre el desvalor de la acción y del resultado, tratándose de un delito de resultado.

Según la RAE el verbo "entregar", proviene del latín integrare, término que implica, según la entidad autorizada en semántica: "dar algo a alguien, o hacer que pase a tenerlo", por lo tanto, conforme se advierte de la redacción típica, el sujeto cualificado habilitado en el ejercicio del cargo funcional, y siempre bajo el escenario amenazante, logra que el tercero administrado o la Administración Pública, materialmente, entreguen contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal. Por lo tanto, el apartado aludido, tan igual que el considerando anterior (hacer pagar), requiere la existencia de un resultado concreto, definido

por el pago d las contribuciones o emolumentos indebidos, por lo tanto, en este extremo, se advierte un espacio temporal entre el desvalor de la acción y del resultado, tratándose de un delito de resultado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 392.

D 1150 "El delito de exacción ilegal o cobro indebido, tiene tres supuestos, los cuales advierte una configuración propia del verbo rector, así tenemos que respecto al primer supuesto, esto es, cuando el sujeto cualificado, abusando de su cargo funcionarial, exige al tercero administrado o a la Administración Pública contribuciones o emolumentos indebidos o en cantidades excesivas a la tarifa legal, en este extremo, se advierte el verbo rector, "exigir", resulta ser un verbo activo y de comisión instantánea, por lo tanto, se trata de un delito de mera actividad, resultando irrelevante que el tercero administrativo o Administración Pública cancele las contribuciones o emolumentos solicitados.

Con relación al segundo y tercer supuesto típico, determinados por el "hacer pagar" o "entregar" las contribuciones o emolumentos, en este extremo, conforme se advierte con meridiana claridad, el tipo penal exige la materialización de un resultado, es decir, que el tercero administrado o la Administración Pública realicen los pagos respectivos, por lo tanto, al existir un desvalor de la acción y del resultado, determinado por el baremo espacio-temporal, el tipo penal resulta ser de resultado, exigiéndose la materialización del pago en términos de contribución o emolumentos".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 393 y 394.

D 1151 "Exigir es reclamar, demandar. No basta con el simple "solicitar", si no hay que "demandar imperiosamente". Esta modalidad debe significar un menor injusto que el "obligar" de la concusión básica, lo cual se refleja en la menor penalidad de las "exacciones"; el menor desvalor de la acción, en relación con la concusión, puede encontrarse en la "violencia" mínima del "exigir" y en la falta del elemento "ánimo de lucro" de las "exacciones. (...).

Hacer pagar implica hacer dar en pago dinero o documentos con poder cancelatorio. Y hacer entregar es hacer dar algo que cumple una función económica. Ahora bien, esto no dice cuál es el "medio" que deberá utilizar el sujeto activo para "hacer pagar o entregar". Y esto es lo que se suele pasar por alto también en la doctrina. Si en el primer supuesto ya está prevista la modalidad de "exigir", si el uso de "violencia" constituye un mayor injusto previsto para la "concusión", en el contexto de esta modalidad de "exacciones ilegales" solamente habrá lugar para el "engaño". Efectivamente debe entenderse que la exacción ilegal, en esta segunda modalidad, se refiere a conductas engañosas mediante cualquier acto positivo (que incluye los "actos concluyentes positivos", los que no son propiamente "omisiones"). P.ej., se presenta directamente la acotación falsa, como si fuera verdadera, para que el particular pague supuestos derechos.

El simple aprovechamiento de un error espontáneo del administrado no es típico, pues el tipo exige "actividad abusiva del funcionario con respuestas compulsivas en el sujeto pasivo". Solo habría tipicidad si el error hubiera sido provocado por el sujeto pasivo y existiera una entrega de un bien o un pago".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 299 y 300.

D 1152 "Exigir es demandar, reclamar; no exige el que solicita, sino el que "demanda" imperiosamente "hacer pagar es dar en pago, dinero o documentos con poder cancelatorio; ejemplo: cheques; hacer entregar es hacer dar algo que tenga valor o cumpla una función económica; cobrar es percibir en pago, todas son formas de intimidación, aunque pueda existir una intimidación tácita surgida de la condición de autoridad del sujeto activo. O bien mediante falsas liquidaciones o interpretaciones, que induzcan a pagar más de lo que en realidad se debe; o por el aprovechamiento del error, del pagador, que espontáneamente ofrece pagar más de lo que debe. (...).

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

La ausencia de coerción o de engaño sobre la víctima desplaza la concurrencia de esta figura penal por la de cohecho pasivo. Sin embargo, este patrón dista de ser ideal en muchos casos donde el funcionario público no utiliza de manera ostensible la coerción, sino que se vale de otros medios menos atemorizantes, pero no por ello menos efectivos.

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

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal.* 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, pp. 374 y 375.

D 1153 "Los verbos rectores en el tipo son los vocablos "exigir" y "hacer pagar o entregar". Gramaticalmente, "exigir", en una de sus acepciones, significa demandar imperiosamente. También obligar, compeler, constreñir, etc., que son núcleos típicos de la acción concusionaria unidos al adverbio indebidamente. Recordemos que el ejercicio de la función pública es un concepto normativo, el de contribuciones también; asimismo, para la configuración del tipo el legislador ha recurrido al uso de un elemento normativo expresado en la frase: "no debido". La expresión "hacer pagar" o "hacer entregar" puede realizarse mediante cualquier medio: la persuasión, la amenaza velada o cierta, la astucia o el engaño, etc., requiriéndose, sin embargo, la concreción de un resultado; en cambio, en la "exigencia", por ser una condición de mera actividad, se consuma sin necesidad de resultado alguno. En este último supuesto no se admite la tentativa, en el primero sí".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios.* Lima: Gaceta Jurídica, 2018, pp. 162 y 163.

D 1154 "En la construcción de la fórmula legislativa del tipo penal, el legislador ha utilizado hasta tres verbos rectores. Estos identifican plenamente hasta tres conductas punibles que en conjunto denominamos delito de exacción ilegal.

La primera se verifica cuando el agente abusando del cargo que desempeña en la Administración Pública requiere, peticiona, demanda, pide, reclama o exige a la víctima (particular o el mismo Estado) contribuciones o emolumentos no debidos, o en cantidad que excede a la tarifa legal. Esta hipótesis delictiva se perfecciona con la sola exigencia del agente, independientemente de que la víctima realice lo que se le exige. (...).

La segunda conducta punible aparece cuando el agente abusando del cargo que desempeña en la Administración Pública hace desembolsar, sufragar o pagar a su víctima contribuciones o emolumentos no debidos, o en cantidad que excede a la tarifa legal. (...).

Y la tercera conducta delictiva se configura cuando el agente siempre funcionario o servidor público, abusando del cargo que desempeña en la Administración Pública, hace dar, conceder, ceder, otorgar, transferir, facilitar o entregar a la víctima (particular o el Estado) contribuciones o emolumentos no debidos, o en cantidad que excede a la tarifa legal. Aquí también, igual que en el anterior supuesto punible, el agente aparte de exigir logra en la realidad que la víctima de o entregue remuneraciones o emolumentos que realmente no debe".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 333 y 334.

D 1155 "La norma penal, al igual que en la concusión, coloca como primer requisito de la acción que el sujeto público abuse de su cargo para la ejecución de las conductas típicas, las mismas que pueden asumir hasta tres modalidades de comisión: exigir contribuciones o emolumentos, hacer pagar contribuciones o emolumentos y hacer entregar contribuciones o emolumentos. Las dos primeras pueden producirse acumulativa o progresivamente, constituyendo fases del *inter criminis* de la exacción ilegal o configurar modalidades autónomas de realización del delito.

a) Exigir contribuciones no debidas o por encima de la tarifa legal implica demandar enérgicamente al supuestamente obligado el cumplimiento de obligaciones, para con la Administración Pública, inexistentes o excesivas. En cambio, exigir emolumentos supone demandar o solicitar imperiosamente ingresos económicos no debidos o excesivos que irán a engrosar el patrimonio del funcionario o servidor público. Como es fácil inferir, estamos frente a dos hipótesis legales distintas que el legislador ha integrado en un mismo tipo penal, lo cual es técnicamente discutible.

b) Hacer pagar contribuciones o emolumentos no debidos o excesivos representa la ejecución material de la exigencia, que igualmente no ha merecido una distinción por parte del legislador a los efectos de incrementar el grado de ilicitud penal a través de la sanción estatal. Hacer pagar, sin embargo, también puede significar una conducta autónoma sin relación de progresividad –vista retrospectivamente– con la exigencia.

c) La tercera modalidad, hacer entregar contribuciones o emolumentos, mediante la cual también se puede cometer el delito de exacciones ilegales representa una fórmula típico-descriptiva controvertible, si es que la analizamos desde el elemento normativo "contribuciones", ya que comunica la idea de que la acción se dirige a terceras personas distintas de las supuestamente obligadas o de las obligadas a contribuir en cantidad menor a la exigida".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, pp. 178-180.

D 1156 "Cuando el agente reclama el pago del tributo –inexistente o en exceso–, lo hace con el convencimiento de que al administrado no le queda otro camino sino el de obedecer, precisamente porque este quiere evitar las represalias que se puedan tomar contra él. Conoce que si no paga lo requerido, no podrá tener acceso al servicio público solicitado (por ejemplo, la obtención de una licencia de apertura de negocio, el acceso a expedientes administrativos, la distribución de productos en el mercado, etc.); así fue desde el Derecho romano. Por lo tanto, a nuestro juicio, y contra la doctrina jurisprudencial, no es necesaria la concurrencia de la violencia psíquica para su comisión".

FRANCIA ARIAS, José Luis. "¿El aumento repentino y sin responder los parámetros de la ley de presupuesto, de las dietas por parte del alcalde y sus regidores constituye exacción ilegal o peculado? Hacia una (re) interpretación del delito de exacciones ilegales". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 103, Gaceta Jurídica, enero de 2018, p. 133.

D 1157 "También en esta tercera modalidad, el legislador hace referencia a los casos de dar o hacer que pase a tener el funcionario el exceso de la carga impositiva requerida o el dinero del tributo inexistente. Al igual que en el supuesto anterior, es viable la concurrencia de mecanismos mendaces para lograr el objetivo.

También en esta modalidad, la traslación del beneficio económica lo debe hacer el administrado al agente. Dado el origen y naturaleza del delito, a mi juicio, no cabe que sea el Estado el sujeto pasivo, sino el patrimonio particular del administrado".

FRANCIA ARIAS, José Luis. "¿El aumento repentino y sin responder los parámetros de la ley de presupuesto, de las dietas por parte del alcalde y sus regidores constituye exacción ilegal o peculado? Hacia una (re) interpretación del delito de exacciones ilegales". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 103, Gaceta Jurídica, enero de 2018, p. 134.

J 0111 "Que, en el caso de autos, la conducta imputada al encausado (...) fue enmarcada por el Ministerio Público en el artículo trescientos ochenta y tres del Código Penal que sanciona al "funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos en cantidades que excedan a la tarifa legal". Conforme a la descripción típica citada, destacan para el análisis del presente caso los siguientes elementos del tipo penal: i) El sujeto activo solo puede ser el funcionario o servidor público que posea atribuciones para exigir o hacer para o aquel que, sin tener dichas facultades, abuse de su cargo para realizar la exigencia indebida; ii) El abuso del cargo debe concretizarse por el agente valiéndose del cargo que tiene para inducir, engañar o sorprender a la víctima –de manera arbitraria– a dar o prometer indebidamente; y, iii) el requerimiento que efectúa el agente mediante las conductas "exigir" y "hacer pagar o entregar" debe tener sustento en la fuerza de autoridad propia del cargo del agente, por lo cual resulta necesaria una intimidación o coacción contra la víctima aunque sea en mínima intensidad".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 2121-2010-Cusco, del 26 de mayo de 2011, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 3.

- Abuso del cargo

D 1158 "Una condición elemental de la tipicidad objetiva, es que la conducta típica sea la lectura del abuso del poder funcionarial, de ahí que haya de concurrir el *metus públicae potestatis*; vinculación funcional que provoca la confianza del particular para acceder a lo solicitado por el *intraneus*. Dicho temor no puede alcanzarse cuando el funcionario es incompetente, nadie en su sano juicio le pagaría a un regidor la tasa por concepto de una solicitud administrativa y, si dicho funcionario se compromete a gestionar la aprobación de la solicitud –ante el órgano competente–, mediando el ofrecimiento de una dádiva, desencadena la tipificación por el tipo penal de tráfico de influencias".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 319.

D 1159 "Otro elemento objetivo importante del delito de exacción ilegal es verificar el hecho que el agente siempre funcionario o servidor público actúe en su propio beneficio patrimonial abusando del cargo que desempeña en la Administración Pública.

Se entiende por abuso de cargo aquella situación que se produce cuando el agente-funcionario o servidor público hace mal uso del cargo que la Administración Pública le ha confiado con la finalidad de obtener un beneficio patrimonial indebido.

Hay abuso de cargo, las veces que este es ejercido fuera de los casos establecidos por la ley, los reglamentos o instrucción del servicio o sin la observancia de la forma prescrita, incluso cuando el funcionario haciendo uso de un poder de su competencia en la forma debida, pero para conseguir un fin ilícito. Se trata de exigir o hacer pagar o entregar lo no adeudado al Estado y, en su caso, de existir deuda, exigirla o hacerla pagar en cantidad que excede lo realmente debido. (...).

Basta que el agente haga valer abusivamente su cargo, así se encuentre de licencia o vacaciones. Incluso, se configura el delito aun cuando el agente no tenga las atribuciones o competencia para cobrar las contribuciones o emolumentos. Lo que interesa es el abuso del cargo en que incurre el sujeto activo para sorprender a su víctima".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 336.

D 1160 "El delito materia de análisis, tiene similitud con el delito de concusión, previsto en el art. 382 del CP, en el cual se indicó la existencia del elemento descriptivo abusar del cargo, por lo tanto, nos remitimos a su contenido, es decir, según la RAE, indica que "abusar", implica "hacer uso excesivo, injusto o indebido de algo o de alguien". En ese sentido, el funcionario o servidor público, en ejercicio del cargo público, actúa al margen de la normatividad que regula sus funciones, por lo tanto, la amenaza impuesta, en términos similares que el delito de concusión, no tiene conexión con el acto amenazante previsto en el delito de abuso de autoridad y sus formas típicas derivadas, las mismas que aparecen en los arts. 376 y 376-A del CP, por cuanto, en estos últimos delitos aparecen la existencia de un acto funcional arbitrario, antojadizo, sin sustento, al margen de la normatividad, empero en el delito materia de análisis, se trata de un accionar específico circunscrito a la entrega o al hacer pagar contribuciones o emolumentos indebidos o en cantidad que superen la tarifa legal preexistente, por lo tanto, el criterio de especialidad marca la diferencia respecto a los delitos de abuso de autoridad y sus formas derivadas.

"Además de lo expuesto, se deberá tener presente que el sujeto activo, esto es, funcionario o servidor público, aparece vinculado o habilitado por el cargo funcionarial, es decir, se requiere un escenario funcionarial específico, caso contrario no existiría cualificación en el sujeto activo, así como tampoco vinculación con el deber especial de protección del bien jurídico tutelado, subsecuentemente, el tipo penal no tendría contenido, encontrándonos en un supuesto de atipicidad relativa".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 391 y 392.

D 1161 "ABUSO DEL CARGO. Igual que en el caso anterior, no se trata de que el funcionario utilice el cargo para cometer cualquier abuso (en este caso: abuso de autoridad o coacción), sino que el abuso se refiera a la actuación del sujeto dentro de sus propias funciones (aunque no sean necesario una función específica referida a la exigencia)".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 301.

J 0112 "Que, en el caso de autos, la conducta imputada al encausado (...) fue enmarcada por el Ministerio Público en el artículo trescientos ochenta y tres del Código Penal que sanciona al "funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos en cantidades que excedan a la tarifa legal". Conforme a la descripción típica citada, destacan para el análisis del presente caso los siguientes elementos del tipo penal: i) El sujeto activo solo puede ser el funcionario o servidor público que posea atribuciones para exigir o hacer para o aquel que, sin tener dichas facultades, abuse de su cargo para realizar la exigencia indebida; ii) El abuso del cargo debe concretizarse por el agente valiéndose del cargo que tiene para inducir, engañar o sorprender a la víctima –de manera arbitraria– a dar o prometer indebidamente; y, iii) el requerimiento que efectúa el agente mediante las conductas "exigir" y "hacer pagar o entregar" debe tener sustento en la fuerza de autoridad propia del cargo del agente, por lo cual resulta necesaria una intimidación o coacción contra la víctima aunque sea en mínima intensidad".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 2121-2010-Cusco, del 26 de mayo de 2011, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 3.

J 0113 "El delito de cobro indebido establece entre otros, que el funcionario mediante intimidación fática de la condición que le asiste, exige el pago o entrega de alguna contribución u honorarios no debidos, por lo que la voluntad del agente está dirigido a compeler la voluntad de otra persona para obtener dicho beneficio. Debe precisarse que aquello "no debido" (cobro indebido) es lo ilegitimo, esto es, aquella exigencia será ilegitima cuando no esté autorizada por la ley o reglamento vigente, o cuando siendo legal en si misma tiene por objetivo una suma que el particular ha pagado o que no debe".

Sala Penal Permanente, R.N. N° 3295-2012-Amazonas, de 06 de marzo de 2013, magistrado ponente: Pariona Pastrana, considerando 3.2.1.)

- Contribuciones o emolumentos

D 1162 "Con la expresión contribuciones la norma penal hace alusión, en una primera e inicial interpretación, a un concepto normativo tributario, con el cual se comprende a una especie de tributo cuya obligación de pago nace de los beneficios obtenidos por el obligado y derivado en la realización de obras o servicios públicos. Sin embargo, esta acepción estricta del término "contribución", no responde plausiblemente a los fines del ámbito de tutela de la norma penal, de modo que en derecho penal e emplea dicho vocablo en una acepción amplia para comprender también las tasas, impuestos, derechos.

Con la palabra emolumento la norma se está refiriendo a los ingresos (honorarios, indemnizaciones, sueldos, remuneraciones o cualquier otro derecho pecuniario de carácter personalizado) que perciben determinados funcionario o servidores públicos. Es discutible que integre dicho concepto las multas".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 181.

D 1163 "Como elemento objetivo importante es determinar si lo exigido o hecho pagar o entregar al agente por parte de la víctima, tiene la naturaleza de contribución o emolumento que exige el tipo penal Si lo exigido o lo hecho pagar o entregar son bienes que tienen otra naturaleza el delito de exacción ilegal no se configura.

En tanto que el término emolumento significa honorarios, sueldo o remuneración que recibe determinada persona a cambio de su trabajo, ya sea efectuada a favor de la Administración Pública o a favor de un particular.

Lo importante es determinar que la contribución o emolumento que exige el agente no sean debidos, es decir, no adeudados o, por lo menos, no en el momento exigido por estar ya pagados, por no existir deuda, alguna, por no ser la persona que debe, por tratarse de contribuciones derogadas, o simplemente por no existir legalmente impuesto o la obligación de pagar, o por estar eximido de pago, etc.".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 338.

D 1164 "Respecto al término "contribución"; según la RAE proviene del latín *contributio, onis*, lo cual significa "cuota o cantidad que se paga para algún fin, y principalmente la que se impone para las cargas del Estado". En ese sentido, el tipo penal no realiza un trato discriminador respecto al tipo de contribución, es decir, no se refiere únicamente a determinados impuestos, por ejemplo, a la renta tributaria o rentas municipales, sino por el contrario se refiere a cualquier tipo pago proveniente, obviamente, del tercero interesado o de la Administración Pública.

Con relación al término "emolumento", según la RAE provine del latín *emolumentum*, lo cual significa "utilidad, retribución. Remuneración adicional que corresponde a un cargo o empleo", por lo tanto, la redacción típica del delito analizado advierte la existencia de pagos indebidos vinculados a remuneraciones o salarios, los cuales no corresponden a la realidad,

dichos pagos aparecen habilitados, indebidamente, por el sujeto cualificado, los mismos que son efectuados a favor de la Administración Pública o en beneficio del tercero administrado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 393.

D 1165 "Segundo punto a saber es lo concerniente a las "contribuciones o emolumentos no debidos"; el tributo es el vínculo jurídico-obligacional, en mérito del cual el Estado, como ente recaudador (sujeto activo), exige a un particular (sujeto pasivo) el cumplimiento de un pago pecuniario por dicho concepto. Importa el derecho por parte del Estado y la obligación, por parte del particular, el pago de una imposición tributaria, expresada en términos dinerarios. Definición que, si bien se enmarca en una acepción privativa del Derecho Tributario, su aplicación en el juicio de tipicidad ha de implicar un contenido más lato, en cuanto a todo tributo (tasa, contribución), que genera un derecho al fisco y una obligación de pago al particular.

Por su parte, el emolumento es el salario o remuneración, que de forma periódica recibe un trabajador, por parte del empleador, en contraprestación por el trabajo prestado, por el tiempo que dure el contrato laboral. Constituye el beneficio o utilidad que reporta la realización de un determinado trabajo. (...).

Tanto la "contribución" como el "emolumento" deben estar expresados en una suma líquida de dinero, sea en efectivo, tarjeta de crédito o un título valor, debiéndose descartar el pago a través de un bien o cualquier tipo de dádiva. Exigir, hacer pagar o entregar otras cosas (como bienes o regalos) hace atípica la figura, pudiendo incurrirse en el delito de abuso genérico de autoridad (art. 376) o de concusión; y, si la dádiva parte de un pacto consensuado entre el particular y el funcionario, para que este último se abstenga de realizar un acto propio de sus funciones o para realizar los legalmente establecidos supondría un delito de cohecho. (...).

Luego la exigencia del pago (contribución o el emolumento), debe ser "no debido", lo que describe y define la ilegalidad del acto que realiza el autor; quiere decir esto, que lo que exige o hace pagar el funcionario es un monto de dinero que no se corresponde con la tarifa legal establecida o con la posibilidad de cobrar por concepto de honorarios".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 319 y 320.

D 1166 "El termino contribuciones sugiere, en primer lugar, un concepto de Derecho tributario: pago de cantidades exigibles en función de un servicio público prestado por la administración a la colectividad; es decir, el beneficio a cambio del cual se exige la contribución se concreta de manera general y no especialmente en la persona que lo paga.

Pero el concepto tributario de las "contribuciones" resulta demasiado estrecho y tampoco es obligatorio en el marco penal. Tampoco resulta sostenible identificar, sin más, a las "contribuciones" como sinónimo de "tributo". Me parece que es posible en este marco, ampliar la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en el sentido de "cuota o cantidad que se paga para cualquier fin", siempre que se entienda que tal pago es realizado por el sujeto a fin de obtener algo a cambio de la administración. Esta definición incluiría todo tipo de impuestos, contribuciones y derechos; pago de costos judiciales, etc.

En el caso de los emolumentos se trata de pagos de cualquier tipo que, a diferencia de las "contribuciones", no se dan a cambio de alguna prestación (directa o indirecta) de la Administración

Pública, pero si son exigibles por esta según la ley; p. ej., multas, indemnizaciones, sueldos o cualquier otro cobro.

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 301 y 302.

- Cantidad indebida o que excede la tarifa legal

D 1167 "La conducta penalmente relevante radica en requerir el pago del tributo más allá de los parámetros fijados por la Administración (por ejemplo, en los derechos exigibles a nivel municipal, los pagos se efectúan de acuerdo al TUPA, que fija un monto específico de dinero a abonar por la prestación del servicio público), entonces, será delito si el sujeto desborda estos parámetros impositivos y requiere un mayor monto pecuniario, no previsto por la ley u ordenanza autoritativa, estos son ilegales *ex post facto*, por exceso en la percepción de los derechos que tiene señalados el funcionario público (Viada y Vilaseca, 1890, p. 682)".

FRANCIA ARIAS, José Luis. "¿El aumento repentino y sin responder los parámetros de la ley de presupuesto, de las dietas por parte del alcalde y sus regidores constituye exacción ilegal o peculado? Hacia una (re) interpretación del delito de exacciones ilegales". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 103, Gaceta Jurídica, enero de 2018, pp. 136 y 137.

D 1168 "Lo no debido quiere decir que el obligado a pagar no tiene dicha condición, ya sea porque no existe deuda, porque ya la pago, porque no es la persona que debe, porque no existe legalmente el impuesto, por estar legalmente eximido, porque el impuesto o contribución se derogo, etc. Mientras que lo excesivo hace referencia a la existencia de una tabla o tarifa legal por encima de la cual el sujeto activo exige, hace pagar o entregar".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 182.

D 1169 "Aparece el supuesto cuando el agente siempre, abusando de su cargo, hace pagar a la víctima contribuciones o emolumentos en cantidades que exceden a la tarifa legalmente establecida".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 338.

D 1170 "La redacción típica advierte que las contribuciones o remuneraciones tienen que exceder el estándar establecido por la normatividad preexistente, es decir, se advierte una técnica legislativa cuantitativa, por lo tanto, se deberá recurrir a los tasas administrativas para definir el elemento descriptivo del tipo penal, dicho requisito nos advierte una clausula extra típica; por lo tanto, el cobro siempre opera en desmedro de la Administración Pública; en el caso que procede de sus arcas el pago de las contribuciones o remuneraciones, o del tercero administrado, caso contrario, respecto al extremo materia de comentario, la figura deviene en inexistente, encontrándonos e un supuesto de atipicidad relativa, por falta de un elemento del tipo objetivo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 393.

J 0114 "Que, la figura de exacción ilegal constituye un ilícito penal que estriba en pagos con los que es favorecido el agente público, sobre el objeto material que vienen a ser, las contribuciones o emolumentos, al cual se le condiciona el componente o carácter no debido", es decir, que la acción típica de exigir, hacer pagar o entregar– que recae sobre la remuneración debe detentar un contenido ilegitimo; ilegitimidad que –fuera de las distintas variables que pueda implicar–, conforme lo sostiene Manuel G. Abastos: "la exigencia será ilegitima cuando no está autorizada por la ley o reglamente vigente, o cuando siendo legal en si misma tiene por objeto una suma que el particular ha pagado o que no debe".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 3545-2011-Cusco, del 09 de agosto de 2012, magistrado ponente: Villa Bonilla, considerando 4.

J 0115 "(...) la conducta típica de exacción ilegal no se configura por el aprovechamiento personal que el agente realice sobe los bienes estatales o particulares, ni que implique una incorporación del dinero orientado al servicio público a su ámbito personal de dominio o a su acervo patrimonial privado, pues esta exigencia material se encuadra en el supuesto típico de peculado (...)".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 3545-2011-Cusco, del 09 de agosto de 2012, magistrado ponente: Villa Bonilla, considerando 4)

3. Tipicidad subjetiva

D 1171 "La redacción misma de la fórmula legislativa prevista en el artículo 383 del Código Penal nos induce a sostener sin duda alguna, que se trata de un delito de comisión netamente dolosa. No cabe la comisión por culpa o negligencia por parte del agente".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 339.

D 1172 "El agente-funcionario o servidor público con conocimiento que abusa de su cargo, en forma voluntaria, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumento no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal. Consideramos que por la naturaleza misma del delito, y tal como aparece redactado el tipo penal, solo es posible su comisión por dolo directo".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 339.

D 1173 "De la lectura del tipo penal, se concluye también que se trata de un delito en el cual aparte del dolo no se exige la concurrencia de algún elemento subjetivo adicional. Esto significa que a efectos de la tipicidad resulta irrelevante la verificación de algún móvil o motivación especial".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 340.

D 1174 "Ante lo expuesto, considero que el delito de cobro indebido o exacción ilegal solo es posible la admisión del dolo directo, por cuanto, los supuestos típicos exigen que el sujeto cualificado actúe con conocimiento y voluntad, sin representación de un daño posible, evidencia de ello se tiene que el agente delictual, abusando de sus atribuciones funcionariales mediante exigencias fuera del ámbito legal, busca lesionar el bien jurídico con la finalidad de obtener indebidamente la contribución o emolumento, es decir, el funcionario o servidor público tiene que tener conocimiento de la ilicitud de su acto, caso contrario la figura no existe por ausencia del tipo subjetivo, por cuanto, no se admite la forma culposa por no ser expresa, conforme señala el art. 12 del CP".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 397.

D 1175 "La acriminación de este delito solo puede darse a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el agente exige, hace pagar o hace que entregue el particular un emolumento o tarifa indebida, sabiendo de su ilegalidad.

El aspecto cognitivo del dolo ha de comprender todos los elementos constitutivos de la redacción normativa, con el matiz especial que un error sobre la naturaleza indebida, puede configurar a su vez un Error de Tipo o un Error de Prohibición, debiéndose descartar este último por las exigencias legales que demanda toda actuación funcionarial. Pudiéndose observar un equívoco sobre la actualización de las tarifas, cuando el funcionario desconoce que la Municipalidad ha otorgado un beneficio en la reducción de las alícuotas tributarias trimestrales, en tanto los órganos de gestión no han evacuado la información pertinente.

Aparte del dolo no se exige la acreditación de un ánimo de naturaleza trascendente, si es que quiere engrosar las arcas fiscales o engrosar más bien su bolsillo, es a efectos de tipicidad subjetiva, indiferente".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 323.

D 1176 "El dolo del agente, según sea la modalidad de exacción, deberá abarcar el conocimiento de que el delito exigido o hecho pagar o entregar no es delito a la Administración Pública, esto es, que no existe causa legitima para su cobro o no en la cantidad planteada por dicho agente. Lo mismo sucede con la modalidad que toma a los emolumentos como objeto material del delito. El agente, igualmente deberá conocer que está actuando abusivamente. Falsas o incorrectas representaciones mentales del quantum de la contribución o del emolumento, al descartar la presencia de la conducta dolosa convierten al ilícito en uno de corte administrativo".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 176.

D 1177 "El dolo abarca el conocimiento y la voluntad de la actuación indebida (fuera de las exigencias legales) o del exceso. Se discute si esta configuración típica admitiría también al "dolo eventual". Me parece que no, pues el sujeto no solamente debe conocer el carácter indebido, sino también que está abusando de sus funciones".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 306.

J 0116 "En efecto, bajo dicha premisa, y teniendo en cuenta la configuración típica del delito de cobro indebido, se aprecia de autos que no existe animo doloso por parte de los encausados; pues, estos se limitaron a dar cumplimiento con los dispuesto en Acuerdo de Concejo Municipal, sin que para ello se haya quebrantado alguna norma, pues conforme se ha referido en los considerandos precedentes, se estableció que los viáticos son asignaciones otorgadas, independientemente de la fuente de financiamiento o la relación contractual; al ser otorgado únicamente para cubrir gastos de alimentación, alojamiento, movilidad local por ello no puede considerase un cobro que no estuvo autorizado por ley, como así lo requiere la figura de cobro indebido para que se configure dicho ilícito penal".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 3295-2012-Amazonas, de 06 de marzo de 2013, magistrado ponente: Pariona Pastrana, considerando 3.2.3.

4. Autoría y participación

D 1178 "Vemos, entonces que se trata de un delito "especial propio", donde solo aquel que se encuentra investido de la función pública puede ser considerado autor; los particulares, si es que colaboran en el decurso de la realización típica, serán calificados como partícipes (complicidad). Desde un plano meramente fáctico, no advertimos la necesidad de que el *intraneus*, requiera de la colaboración de un tercero, para exigir al ciudadano un pago indebido; empero no puede descartarse que el *intraneus* se sirve de un tercero para exigir el pago".

"La co-autoría importa que dos o más funcionarios, ostenten conjuntamente una determinada labor pública, de cobrar un determinado impuesto, a su vez; que el hecho pueda ser atribuido como un todo a sus protagonistas".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 316.

D 1179 "El delito de cobro indebido, respecto al sujeto activo, desde la óptica de los delitos de dominio, resulta ser un delito especial propio, por cuanto la técnica legislativa restringe el radio de autores consignando a sujetos cualificados, esto es, funcionarios o servidores públicos. Por otro lado, respecto a la conducta, se advierte un injusto cualificado en razón de la existencia de una institución, esto es, "Administración Pública"; la misma que aparece ligada al funcionario o servidor público, existiendo una relación d deberes especiales propios de un escenario de salvamento, por lo tanto, el delito, en este extremo, resulta ser un delito de infracción de deber".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 390.

5. Tentativa y consumación

D 1180 "La tentativa en la modalidad de exigencia estará condicionada a que sea posible que se fragmenten los actos ejecutivos de modo tal que podamos abstraer un momento de ejecución y otro de consumación. No se representan problemas para encontrar tentativa en las otras dos modalidades de exacción con resultado material de entrega: supuestos en los cuales

la tentativa en sus diversas variedades se producirá en las fases o momentos anteriores a la entrega ya sea a la Administración Pública en el caso de las contribuciones, o al patrimonio del funcionario o servidor en el caos de los emolumentos".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 185.

D 1181 "Por nuestra parte, consideramos, respecto al primer supuesto, esto es, cuando el sujeto cualificado, abusado de su cargo funcionarial, exige al tercero administrado o a la Administración Pública contribuciones o emolumentos indebidos o en cantidades excesivas a la tarifa legal, no resulta posible invocar el delito tentado por tratarse de un delito de mera actividad, esto es, de comisión instantánea. Con relación al segundo y tercero supuesto típico, determinados por el "hacer pagar" o "entregar" las contribuciones o emolumentos, en este extremo, si sería posible admitir el delito tentado, por cuanto en los delitos de resultado, por la misma razón del baremo "espacio-temporal", es perfectamente posible el escenario tentado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 398.

D 1182 "La consumación es diferente según el verbo recto. En el "exigir" se trata de una "mera actividad" donde no es posible la tentativa, pues con el mero exigir ya se consumó el delito. EN cambio, en el "hacer pagar o entregar" se necesita un resultado: la realización en el sujeto pasivo de un pago o de una entrega. Esto sucede comúnmente cuando hay simple "inducción o engaño". Pero si hay una exigencia anterior al acto de engaño, ya se habrá dado la consumación en la primera modalidad".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 306.

D 1183 "El delito se consuma dependiendo de la modalidad en juego. La exacción mediante exigencia, al ser un tipo penal de simple actividad, posibilita que la consumación se produzca con el desarrollo de la conducta, sin requerir que se produzca el resultado material de la entrega de la contribución o emolumento. En cambio, en las otras dos modalidades que toman a los núcleos rectores "hace entregar" y "hace pagar", van a requerir que se verifique la presencia del contenido material de la exacción: la entrega de la contribución o, en la otra hipótesis, del emolumento".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 185.

III

COLUSIÓN SIMPLE Y AGRAVADA

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 384 **Colusión simple y agravada**

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

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa[26].

TEXTO ORIGINAL

Artículo 384.- Colusión

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.

PRIMERA MODIFICATORIA

Artículo 384.- Colusión

El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años[27].

SEGUNDA MODIFICATORIA

Artículo 384.- Colusión

El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente (1) al Estado o entidad u organismo del Estado,

---

26 Texto vigente conforme a la modificatoria efectuada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22 de octubre de 2016 en el diario oficial *El Peruano*.

27 Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 26713, publicada el 27 de diciembre de 1996, en el diario oficial *El Peruano*.

según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años[28].

TERCERA MODIFICATORIA

Artículo 384.- Colusión simple y agravada

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años[29].

CUARTA MODIFICATORIA

Artículo 384.- Colusión simple y agravada

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa[30].

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico-penal

D 1184 "El objeto de protección específico en cada modalidad es el interés patrimonial de la administración en un escenario dado por las contrataciones públicas y cualquier otra operación a cargo del Estado. El legislador orienta el reproche penal tanto al comportamiento desleal llevado cabo con la finalidad de defraudar al Estado, lo cual se traduce en la infracción de específicos deberes de función relacionados a la protección de los procesos de negociación públicos, como la producción de un perjuicio patrimonial".

ESPINOZA MONTES, Amelia Lida. "Perspectiva funcional del delito de colusión ilegal". En: *Actualidad Penal*. Volumen 39. Lima: Instituto Pacífico, setiembre de 2017, pp. 341 y 342.

28 Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 29703, publicada el 10 de junio de 2011, en el diario oficial *El Peruano*.

29 Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N° 29758 publicada el 21 de julio de 2011, en el diario oficial *El Peruano*.

30 Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 de noviembre de 2013.

D 1185 "Al igual que en los delitos de cohecho, en el delito de colusión el bien jurídico protegido es el correcto y normal funcionamiento de la Administración Pública".

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José y UGAZ HEUDEBERT, Francisco. *Delitos económicos, contra la Administración Pública y criminalidad organizada*. Colección de lo Esencial del Derecho N° 18. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2017, p. 121.

D 1186 "El bien jurídico genérico protegido en el delito de colusión es el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Los bienes jurídicos específicos son la legalidad, la probidad, la lealtad y la imparcialidad con las que los funcionarios o servidores públicos deben representar los intereses del Estado del ejercicio de sus funciones públicas. También lo es el patrimonio administrado por el Estado".

PARIONA ARANA, Raúl. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 25.

D 1187 "[E]n el delito de colusión no se protege propiamente el bien jurídico patrimonio estatal, pues cuando el delito tiene lugar el patrimonio ya se encuentra afectado; con lo cual la función del Derecho Penal fracasaría.

Por ende, lo que propiamente se protege es la vigencia de la expectativa que la sociedad tiene de que los intervinientes, y específicamente el funcionario a quien se le ha confiado la administración estatal en el marco de las contrataciones públicas, no abusarán de sus facultades para poner en peligro los intereses sociales (expectativa normativa). Por lo tanto, lo que el Derecho Penal protege son, propiamente, expectativas de conductas institucionalizadas".

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl. *Delito de colusión. Doctrina y jurisprudencia*. Lima: Editores del Centro, Lima, 2019, p. 136.

D 1188 "Es decir, el funcionario tiene que procurar que, dentro del cumplimiento de sus deberes, no se derive ningún output que dañe esfera de libertad de terceros (Estado), así como la de evitar que terceras personas pongan en peligro el adecuado desarrollo del proceso de contratación pública. Como ya lo ha indicado el Tribunal Constitucional, el funcionario tiene que actuar en el marco de una adecuada administración de sus funciones dentro de la contratación, respetando la transparencia en las operaciones, la libre competencia, el trato justo e igualitario de los potenciales proveedores".

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl. *Delito de colusión. Doctrina y jurisprudencia*. Lima: Editores del Centro, Lima, 2019, p. 139.

D 1189 "Asumiendo que el delito de colusión es uno de infracción de deber, el bien jurídico genérico es el normal y recto funcionamiento de la Administración Pública que es manifestación material del Estado.

En tanto que el bien jurídico protegido específico o particular, lo constituye la idoneidad y celo profesional en el cumplimiento de las obligaciones funcionales por parte de los funcionarios o servidores públicos".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 361.

D 1190 "De ahí que el bien jurídico específico penalmente protegido del delito en hermenéutica jurídica encuentra su fundamento en los deberes especiales que tienen los sujetos públicos al participar en las contrataciones representando a la administración, los mismos que se traducen en los principios de integridad, transparencia e igualdad de trato a los postores. Si bien podría alegarse razonablemente que el tipo penal pretende proteger el patrimonio del Estado, lo cierto es que el sustento de la norma prohibitiva no está en la generación del perjuicio económico al Estado o al sistema económico general, sino en el irregular desempeño funcional del funcionario o servidor público en el manejo del patrimonio público".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 364.

D 1191 "Considero que, desde una perspectiva genérica, el objeto de protección resulta ser la Administración Pública, asimismo, desde el punto de vista específico, el legislador busca proteger el principio de objetividad y la idoneidad del accionar de los funcionarios o servidores públicos plasmados en los deberes de lealtad y probidad necesarios en la Administración Pública".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 444.

D 1192 "El bien jurídico protegido ha de corresponderse con la naturaleza de la descripción típica, constituyendo también una manifestación de prevalimiento de la función pública; el funcionario se aprovecha de la posición de dominio que ostenta, al intervenir en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante, para defraudar al Estado u organismo estatal; se diría, entonces, que el interés jurídico tutelado adquiere un matiz patrimonialista, debiéndose acreditar un perjuicio económico en las arcas estatales, lo que no es tanto así, en tanto el término defraudar de ser entendido en su acepción correcta, de que el servicio no sea el idóneo para la población, lo que a la larga provoca un menoscabo patrimonial. Puede ganar un proveedor que oferta el precio más bajo del mercado, pero sus productos son de muy mala calidad, lo que a la postre va a generar una lesión al patrimonio estatal".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 330.

D 1193 "En relación al bien jurídico protegido en el delito de colusión, para un sector de la doctrina, lo que el legislador ha buscado proteger es el patrimonio administrado por la Administración Pública, abarcando en ella la legalidad del ejercicio funcionarial; para otro sector, el objeto de protección no puede basarse en un solo punto de vista, sino que este resulta múltiple: preservar el patrimonio público, garantizar la intangibilidad de los roles especiales que se desprenden de la función pública, y el mantenimiento de la lealtad institucional.

Finalmente, para otro sector, regido bajo la línea funcionalista, los efectos de dicha prohibición no se encuentran amparados en la existencia de un perjuicio al Estado, sino que el sustento recae en el irregular desempeño funcional del funcionario público.

El bien jurídico tiene dentro de sus principales características la funcionalidad de su estructura, razón por la que no se encuentra sujeto a una posición rígida, sino que, por el contrario, en su aplicación al delito de colusión concurre dos criterios: a) cualitativa (infracción de deberes funcionariales) y; b) cuantitativa (afectación al patrimonio del Estado). Solo desde un enfoque funcional se podrá cumplir con la finalidad protectora prevista por la norma penal.

Desde esta perspectiva, la base sobre la cual se materializa el delito de colusión es el patrimonio del Estado, cuya defraudación o no, además ocasionara, ya sea, una falta de lealtad institucional, un irregular desempeño funcionarial, o una falta de legalidad del ejercicio funcionarial, o, en su caso, el incorrecto desempeño del funcionario en el campo de acción de sus actividades".

CÁCERES JULCA, Roberto y CARRIÓN DÍAZ, Juan. *El Delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales.* Lima: Idemsa, Lima, 2011, p. 29.

D 1194 "En ambos niveles, el delito requiere de un grado importante de lesividad del bien jurídico: correcto funcionamiento de la Administración Pública, que legitime la relevancia penal del comportamiento, dejando fuera del ámbito de intervención penal las simples infracciones a la norma de contrataciones".

MANDUJANO RUBÍN, José. *Delito de colusión. Propuesta de fundamento y prueba*. Lima: Lex & Iuris 2018, p. 162.

D 1195 "La otra perspectiva considera que el bien jurídico penalmente protegido por el delito de colusión desleal, como en todos los delitos de funcionario público, encuentra su fundamento, más bien, en los deberes positivos especiales atribuidos a los funcionarios públicos por la institución del Estado. Si bien podría decirse que el tipo penal apunta a proteger el patrimonio del Estado, el sustento de la prohibición no está en la generación organizativa de un perjuicio al Estado o al sistema económico, sino en el incumplimiento de los deberes funcionariales del funcionario público. En este orden de ideas, no es la infracción al rol general, común a todos los ciudadanos, la que sustentaría la sanción penal, sino la inobservancia de un deber específico que vincula positivamente al funcionario público con los fines estatales. El punto de discusión será determinar cuál es ese deber positivo específico que lo vincula con los fines estatales.

Para poder responder a la interrogante planteada hay que partir del hecho de que a determinados funcionarios públicos, se les asigna la labor de negociar a favor del Estado en diversos contratos u operaciones con particulares. El deber positivo del funcionario público en este ámbito específico de actuación consiste en preservar los intereses patrimoniales del Estado, excluyéndose acuerdos con los particulares que impliquen un abandono de su posición de defensa. Como puede verse, no se protege el bien jurídico en sí mismo (el Derecho penal no interviene si un terremoto destruye edificios públicos o encarece altamente una obra pública esencial), si no en una relación normativa. La relación normativa que concretamente da sentido a la protección de los intereses patrimoniales del Estado es el deber positivo del funcionario público que interviene, por razón de su cargo, en una operación estatal, de resguardar los intereses de su representada. Ese deber es infringido de manera penalmente relevante si el funcionario público se concierta con la otra parte en la relación negocial para defraudar al Estado.

GARCÍA CAVERO, Percy. "El delito de colusión desleal". En: GARCÍA CAVERO, Percy y VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (directores). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2020, pp. 165 y 166.

D 1196 "El bien jurídico protegido en el delito de colusión ilegal debe interpretarse necesariamente en clave económica debido a que el tipo penal plantea la existencia de concertación y fraude. Ello lleva, por ejemplo, a excluir del ámbito de protección de la norma los actos jurídicos que no posean contenido económico-patrimonial, sino otra naturaleza v. gr., convenios, meros actos administrativos. En efecto, en el delito de colusión solo pueden tener relevancia en el ámbito del injusto penal la concertación que inciden sobre contratos administrativos que por su propia naturaleza y sentido tienen carácter patrimonial.

En tal sentido, la incidencia económica del contrato estatal debe ser directa e inmediata; de esta manera si el contrato posee un contenido no patrimonial o el acto jurídico tiene efectos económicos indirectos o remotos, dicho acto no ingresa al alcance del tipo penal.

En el delito de colusión no se protege el patrimonio estatal de todo daño y de cualquier afectación. Lo único que se prohíbe aquí son los comportamientos defraudatorios que se revelan y surgen a través de la concertación ente los funcionarios públicos y los terceros interesados en el proceso de contratación estatal".

CASTILLO ALVA, José. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, pp. 116 y 117.

D 1197 "Desde nuestra perspectiva la apreciación que el bien jurídico protegido del delito de colusión ilegal es el patrimonio del Estado peca por genérica y amplia, pues también en otros delitos, como el peculado o la malversación de caudales, se tutela el patrimonio estatal. La particularidad del delito de colusión ilegal reside en que el objeto de protección radica en la tutela de la contratación administrativa, en la que se proscribe toda forma de concertación, acuerdo previo o conjunción de voluntades que suponga la defraudación (perjuicio) al Estado.

Queda claro, entonces, que solo la contratación administrativa es protegida como el bien jurídico en el delito de colusión en la medida que posea un univoco sentido económico. En este delito solo se puede concertar y perjudicar al Estado en los contratos administrativos.

Asimismo, no se protege solo el proceso de contratación del Estado entendido como gasto público o erogaciones presupuestales. También se tutela los casos en los que el Estado ingresa a prestar un servicio o enajenar un bien, ya sea que alquile, venda o permute un bien o se entregue en concesión una determinada obra".

CASTILLO ALVA, José. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, pp. 116 y 117.

D 1198 "Como consecuencia de las distintas modificatorias que ha sufrido el tipo penal de colusión, y su final desglosamiento en una modalidad básica y otra agravada, consideramos correcta la posición que afirma que el objeto de protección está referido a la expectativa normativa de que no deberá quedar impune los comportamientos de los intervinientes, por un lado, el sujeto público, no deberá infringir sus deberes funcionariales y no abusará de su cargo concertándose con los interesados en las adquisiciones y contrataciones estatales a fin de perjudicar al Estado; por otro lado, el particular no infringirá el deber general de no participar en

un acto defraudatorio hacia el Estado. Esta expectativa es el objeto de protección tanto en la modalidad básica como agravada de la colusión; no obstante, si logra generarse un perjuicio patrimonial al Estado, se configurará la modalidad agravada; siendo así, el patrimonio estatal es un punto de referencia que nos permitirá diferenciar entre la modalidad básica y agravada de la colusión.

A nuestro entender este es el objeto de protección, toda vez que para que se configure el delito de colusión básico ya no es necesario que se ocasione un perjuicio patrimonial al Estado, sino que el fundamento de incriminación radica en la infracción de los deberes institucionales, mientras que, para la configuración de la colusión agravada, debe necesariamente, generarse un detrimento en el patrimonio estatal, siendo este último un objeto de protección adicional".

MENDOZA VAEZ, Paul. "El tipo penal de colusión. El elemento de contextualización y la probanza de la concertación y del perjuicio patrimonial". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal.* Tomo 101. Lima: Gaceta Jurídica, noviembre de 2017, p. 50.

D 1199 "Guardando coherencia con nuestras posiciones anteriores, tenemos a bien formular una segunda línea de ideas, que involucra sobe el particular al delito de colusión agravada, al considerar que el elemento "patrimonio público", encuentra cautela solo en este extremo del delito de colusión, previsto en el segundo párrafo del art. 384 del Código Penal, que reprime la conducta del "funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado.

Es la propia estructura típica del delito que de manera expresa –a diferencia de su tipo base– incorpora la elemento "defraudación patrimonial" como uno de sus componentes normativos; por consiguiente, resultará razonable sostener que, es bajo este supuesto que el legislador procuro velar por el patrimonio de la Administración Pública, mas así en el tipo base, donde de manera errada se ha pretendido buscar cautela".

NÚÑEZ RODRÍGUEZ, Segundo. "Reflexiones actuales en torno a la configuración típica del delito de colusión simple. ¡Andando a contracorriente!". En: *Actualidad Penal.* Volumen 43. Lima: Instituto Pacífico, enero de 2018, p. 164.

J 0117 "Su estructura es compleja, por cuanto:

El objeto de la tutela penal en el delito de colusión es variado, así tenemos que con él no solamente se trata de preservar el patrimonio del Estado puesto en movimiento en las diferentes operaciones comerciales a las que alude el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, sino también, garantizar la intangibilidad de los roles especiales que adquiere el funcionario o servidor público en calidad de Representante del Estado en las tratativas con el tercero interesado de contratar con la Administración Pública, y además, asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional de este, evitando así los actos defraudatorios".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 124-2018-Pasco, del 26 de abril de 2018, magistrado ponente: Neyra Flores, considerando 9.

J 0118 "En ese sentido, los funcionarios y trabajadores públicos tienen el deber de servir y proteger el interés general de la nación, lo que el Tribunal Constitucional ha denominado

el principio de "buena administración"; a su vez, menciona el deber de combatir todo acto de corrupción que se derive de los principios constitucionales que rige la contratación pública; esto es, la imparcialidad y trato igualitario a los postores.

Se precisa que las relaciones jurídicas que se protegen son: a) La relación de lealtad hacia el Estado. b) La confianza de la publicidad en la integridad del aparato estatal. c) El correcto funcionamiento interno de la Administración Pública. Asimismo, el deber está vinculado a la correcta actuación dentro de los cánones constitucionales del Estado de Derecho de la función administrativa, o como lo especifica un sector de la doctrina, los deberes especiales como, por ejemplo; de lealtad, de cautelar, proteger, e impulsar el correcto funcionamiento de la Administración Pública".

Segunda Sala Penal Transitoria. R.N. N° 1842-2016-Lima, de 06 de julio de 2017, voto de Calderón Castillo, Pachecho Huancas y Cevallos Vegas, considerandos 28 y 29.

J 0119 "Que en el delito de Colusión dos son los bienes jurídicos tutelados, siendo estos: a) la actuación conforme al deber que importe el cargo, y b) asegurar la imagen institucional, considerándose como sujetos activos de este a los funcionarios o servidores públicos; en tanto que, en el delito de Peculado el bien jurídico protegido es: a) el normal desarrollo de las actividades de la Administración Pública, que debe entenderse desde el punto de vista de garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública, y evitar el abuso del poder del funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad; siendo que la conducta prohibida está constituida por la apropiación o la utilización para sí o para otros de caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados".

Segunda Sala Penal Transitoria. R.N. N° 2029-2005-Lima, de 24 de mayo de 2006, considerando 3.

J 0120 "En el delito de colusión, los funcionarios o servidores públicos, aprovechando la posibilidad de su cargo, de intervenir en las diversas transacciones que firma el Estado, en calidad de representantes del mismo, lo defraudan al coludirse y favorecer a un tercero interesado en la firma de un contrato con el Estado. Violenta, de esta forma, los deberes de objetividad e imparcialidad, y perturba el normal funcionamiento de la Administración Pública, por lo que este es el bien jurídico protegido del ilícito penal en cuestión. El objeto de la tutela penal en el delito de colusión es variado. Con él no solamente se trata de preservar el patrimonio del Estado, sino también garantizar la intangibilidad de los roles especiales que adquiere el funcionario o servidor público, en calidad de representante del Estado, en las tratativas con el tercero interesado de contratar con la Administración Pública, asegurando los deberes de lealtad institucional y probidad funcional de este, evitando así actos defraudatorios".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 109-2017-Lima, del 15 de mayo de 2019, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 5.

J 0121 "(...) El bien jurídico tutelado –objeto protegido por el sistema penal– es (i) el correcto funcionamiento de los organismos del Estado en el ámbito de la contratación y de la liquidación –al proceso de contratación y, de otro lado, a lo que se debe pagar–, de manera que se garanticen los principios de economía y eficiencia en los procesos de gasto público, así

como, colateralmente, (ii) la evitación del riesgo contra los principios de objetividad, imparcialidad, transparencia, igualdad y libre concurrencia. En suma, legalidad del ejercicio funcionarial en el ámbito de la contratación pública en aras de la asignación eficiente de los recursos públicos [MONTOYA VIVANCO, YVÁN y OTROS: Manual sobre delitos contra la Administración Pública, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2015, p. 137]. (...)".

Sala Penal Permanente. Casación N° 1546-2019-Piura, del 05 de agosto de 2020, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 3.

J 0122 "(...) Este tipo delictivo, como fluye de su enunciado normativo, al establecer el objeto de tutela alude a la infracción del deber de lealtad que el funcionario debe guardar en la gestión de una contratación pública cuando intervine en el ejercicio de su cargo. (...)".

Sala Penal Permanente. Casación N° 392-2019-Áncash, del 30 de noviembre de 2020, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 2.

2.2. Sujeto activo

- **Solo puede serlo el funcionario o servidor público que ha intervenido por razón de su cargo en alguna etapa de las modalidades de una contratación estatal**

D 1200 "El delito de colusión desleal es un delito especial propio que exige, como requisito típico para poder ser autor del delito, tener la calidad de funcionario o servidor público. Esta exigencia típica no debe quedar, sin embargo, en una simple verificación puramente formal del estatus de funcionario o servidor público, pues el propio tipo penal indica expresamente que dicho funcionario o servidor público debe haber intervenido "por razón de su cargo" en alguna etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier otra operación a cargo del Estado. Con esta delimitación típica se hace necesario establecer que el funcionario o servidor público está vinculado funcionalmente con el contrato, concesión u operación en el que se colude con el particular para defraudar al Estado. Esta exigencia típica se explica con el hecho de que el delito de colusión desleal está configurado como un delito de infracción de un deber, por lo que es imprescindible que el funcionario o servidor público cuente con el deber positivo de resguardar los intereses estatales en la contratación, concesión u operación cuestionadas.

La doctrina penal coincide en señalar que no resulta necesario, para afirmar la vinculación funcional, que el funcionario público forme parte del ente público que resulta defraudado. Lo decisivo es que haya intervenido materialmente en el contrato, concesión u operación, cumpliendo una función pública con base en un título habilitante de naturaleza administrativa, laboral o civil. Esta intervención, sin embargo, no puede ser de cualquier orden, si no que presupone una capacidad decisoria sobre alguno de los aspectos negociables de la operación estatal. Por el contrario, si el funcionario se limita a ejecutar una decisión tomada por otro funcionario, no tendría que alcanzarle responsabilidad penal por el delito de colusión desleal. Si le consta la existencia de un acuerdo colusorio entre el funcionario público con facultad de decisión y el particular para defraudar al Estado, se le podrá imputar, en todo caso, un delito de omisión de denuncia o, de existir obligaciones de intervención, un delito de incumplimiento de deberes funcionariales".

GARCÍA CAVERO, Percy. "El delito de colusión desleal". En: GARCÍA CAVERO, Percy y VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (directores). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2020, pp. 173-175.

D 1201 "El delito de colusión ilegal es un delito especial propio cuya configuración típica se fundamenta en la competencia del funcionario Público de participar en un proceso de contratación estatal de obras, bienes, servicios o en cualquier otra operación a cargo del Estado.

Si bien se requiere la condición de funcionario público para cometer el delito a título de autor, no basta dicha calidad para tener por realizado el injusto penal, dado que es necesario contar con una competencia normativa específica para intervenir en los procesos de contratación pública".

CASTILLO ALVA, José. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 145.

D 1202 "Solo es autor del delito de colusión ilegal el funcionario público que actúa "por razón de su cargo" o, en la antigua regulación legal, con base a una comisión especial. No puede ser autor quien no es funcionario público o quien siendo funcionario carece de la competencia funcional para contratar.

En efecto, no basta con que se reúna la condición de funcionario público para que se cumpla con la tipicidad objetiva del delito. Es necesario, además, que el funcionario reúna una condición y cualidad específica cómo es que por razón de su cargo se encuentre facultado para participar: "en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado". Se requiere una capacidad jurídica y una competencia normativa específica como funcionario o como órgano que interviene en el proceso de contratación estatal en cualquiera de sus etapas. No se debe limitar la aplicación de la ley al funcionario que suscribe los contratos públicos".

CASTILLO ALVA, José. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 148.

D 1203 "La ley penal establece en el delito de colusión una doble restricción: i) Se requiere la condición de funcionario público. El delito no lo puede cometer un particular (autor inidóneo); ii) Se exige que el funcionario desde el punto de vista normativo (por razón de su cargo) intervenga en un proceso de contratación dentro del marco de sus competencias funcionales".

CASTILLO ALVA, José. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 149.

D 1204 "El origen normativo de la relación funcional específica (competencia para intervenir en un proceso de contratación) es la ley en sentido formal, el reglamento, los actos administrativos (v. gr., resolución administrativa), el Manuel de organización de funciones u otra clase de norma, ya sea de carácter general o específico, de un organismo o entidad pública que determina que un funcionario tiene facultades para intervenir en un proceso de contratación estatal.

La competencia funcional o la autorización para intervenir en un proceso de contratación se determina a partir de la legislación de contratación del Estado (v. gr., la Constitución, la ley y el reglamento de contratación pública) como también a través de otras disposiciones administrativas que regulan las distintas formas de contratación pública o las distintas

competencia de los funcionario públicos (Ley Orgánica de Municipalidades –Ley N° 27972–, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales –Ley N° 27867–, el Reglamento de organizaciones y funciones)".

CASTILLO ALVA, José. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, pp. 177-178.

D 1205 "Desde el punto de vista normativo, la configuración de una relación funcionarial específica depende en la gran mayoría de las veces de una regulación legal previa (en sentido amplio) que fija las competencia y funciones de un funcionario público. No es necesaria que dicha relación funcional específica sea efectuada por necesidad o conveniencia del servicio. La fuente normativa también puede revertir la forma de una delegación de funciones siempre que sea una delegación licita y dentro del os parámetros del derecho administrativo.

También se admiten otra clase de fuentes como es el caso de la expedición de una orden legítima e autoridad o la práctica administrativa consuetudinaria no contraria a la ley. En efecto, no solo es posible que se pueda designar a un funcionario público a través de un nombramiento, sino que adicionalmente puede ejercerse el cargo a través de una orden. Lo importante es que el funcionario sea competente y se encuentre autorizado".

CASTILLO ALVA, José. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, pp. 178-179.

D 1206 "Asimismo, es posible que el ejercicio del cargo provenga de una delegación de competencia, consecuencia de una posición jerárquica, ya sea formal o material, que el funcionario encargado del proceso de contratación realiza, por ejemplo, por razones de urgencia, de vacaciones etc.; siempre, claro está, que el superior tenga facultades de delegar y que no se transgreda la ley v.gr., al fijar la norma de manera particular una regla *intuito personae* respecto al funcionario al que se confían de modo exclusivo la participación en un contrato estatal.

Aquí se distingue entre la delegación de funciones jurídicamente permitida y lícita de aquella función indelegable o no permitida por el ordenamiento jurídico. En este último caso el delegado no tendrá la posición especial exigida por el tipo penal en caso se concerte con los particulares, de tal manera que su conducta se tendrá que subsumir en otros tipos penales v. gr., estafa, apropiación ilícita. En cambio, si en caos la función es delegable hay la posibilidad de que el delegado pueda ser autor idóneo del delito de colusión ilegal".

CASTILLO ALVA, José. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 182.

D 1207 "El sujeto activo del delito materia de análisis viene a ser, por todos, el funcionario o servidor público, pero no cualquier funcionario, sino aquel que por su competencia (en razón de su cargo) tiene la función de participar en los contratos administrativos, estructurándose el tipo penal como un delito especial propio con criterio material de imputación de infracción de deber especial.

Ahora bien, conforme al panorama de las fases de la actividad de contratación pública, el sujeto activo no es solo el funcionario encargado de decidir sobre la adjudicación del contrato administrado, sino todo aquel funcionario –o encargado especial– que tenga relación directa o indirecta con la contratación pública a través de sus actividades funcionariales".

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl. *Delito de colusión. Doctrina y jurisprudencia*. Lima: Editores del Centro, Lima, 2019, p. 96.

D 1208 "Conforme se puede apreciar, lo relevante en el establecimiento del sujeto activo no es la calidad del funcionario en sí, algo que estaba muy vinculado con la concepción de bien jurídico como infracción de deber del cargo (relación interna administración-funcionario), sino la competencia que vincule al funcionario con el objeto material del delito, la cual es la actividad administrativa vinculada con el contrato público, de tal forma que pueda vincular administrativamente al Estado".

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl. *Delito de colusión. Doctrina y jurisprudencia*. Lima: Editores del Centro, Lima, 2019, p. 97.

D 1209 "En tal sentido, el legislador ha utilizado como técnica de tipificación la del delito especial restrictivo por razón del cargo, es decir, que solo los funcionarios que tengan vinculación, por su cargo, con contratos administrativos –en cualquiera de sus fases– son sujetos activos del delito".

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl. *Delito de colusión. Doctrina y jurisprudencia*. Lima: Editores del Centro, Lima, 2019, p. 98.

D 1210 "Por ende, aquellos funcionarios, que tengan posibilidad material de intervenir en contratos administrativos, mas no forman parte de sus atribuciones, no serán sujetos activos, sino *extraneus* del mismo".

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl. *Delito de colusión. Doctrina y jurisprudencia*. Lima: Editores del Centro, Lima, 2019, p. 99.

D 1211 "El delito de colusión ilegal es un delito especial propio cuya configuración típica se fundamenta en la competencia del funcionario público de participar en un proceso de contratación estatal de obras, bienes y servicios o en cualquier otra operación a cargo del Estado.

Si bien requiere de la condición de funcionario público para cometer el delito a título de autor, no basta dicha calidad para tener por realizado el injusto penal, dado que es necesario contar con una competencia normativa específica para intervenir en los procesos de contratación pública".

CASTILLO ALVA, José. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, pp. 145 y 146.

D 1212 "En efecto, solo pueden ser agentes del delito de colusión aquellas personas que tienen la condición de funcionarios o servidores públicos. Pero ello no basta, es necesario que aquellos tengan dentro de sus atribuciones funcionales el deber específico de participar en cualquiera de las etapas de las adquisiciones o contrataciones, concesiones u otra operación semejante representando al Estado. Incluso el agente puede tener el deber de supervisar las adquisiciones o contrataciones se lleven con total normalidad y transparencia. En el hecho

concreto, debe verificarse la relación o vinculación funcional del agente con el objeto material del delito. Si no se verifica la relación funcional, el delito en hermenéutica no se configura".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 368.

D 1213 "El sujeto activo es un "funcionario público" con la función específica de participar en los contratos, suministros o licitaciones en los cuales comete el delito, tanto en el momento de la contratación como en el de la ejecución y ampliación, lo cual deberá determinarse con ayuda de las leyes administrativas que regulan las actividades públicas. Así, si el funcionario cometiera el delito en un proceso de licitación supervisado por otro funcionario (sin conocimiento de este), no cometerá el delito de "fraude a la Administración Pública", sino el de "usurpación de funciones" del artículo 362 o de "patrocinio ilegal" del artículo 385. No es imprescindible que el funcionario forme parte del ente público al que quiere defraudar".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 310.

D 1214 "Aquí el agente del delito posee doble calificación funcional. Por un lado, se trata de un funcionario o servidor público; por otro, es quien tiene signado por el contenido reglado de su cargo o por encargo especial la facultad de negociar a nombre del Estado –o en específico de la repartición pública– en las operaciones de negocios –en sentido amplio-con los interesados contratistas.

Esta doble calificación funcional descarta la idea que el delito lo pueda cometer cualquier funcionario o servidor público. Se nota así la presencia de una especial vinculación funcional entre el sujeto activo y el objeto del delito, que también se aprecia en el peculado".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 193.

D 1215 "El delito de colusión desleal tiene como sujetos activos al funcionario que participa –que interviene en los negocios públicos en razón a su cargo–, vale decir aquella persona que por ley es la llamada a contratar, a intervenir en los comités de adquisición, en los comités que se encargan de la ejecución de las obras o de la fiscalización de estas ejecuciones. Pero también la norma señala que puede ser autor de este delito aquella persona que recibe formalmente la comisión para negociar (fundamentalmente en contrataciones que requiere una alta especialización técnica), esto es, el mandato especial que la organización pública o el funcionario autorizado le encomienda esa función".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, pp. 193-194.

D 1216 "La redacción normativa –*in comento*–, describe una cualidad especial y particular del autor del injusto penal, en principio a la persona revestida de la función pública, sea como funcionario o servidor público, a condición de que intervenga –en razón de su cargo,

en contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 333.

D 1217 "Hemos de desentrañar el elemento "por razón de su cargo", según las normas administrativas, que regulan la esfera competencial de los funcionarios y servidores públicos (miembros del Comité Especial).

No se requiere que el funcionario posea de manera general un poder de decisión o forme parte de la alta estructura organizativa de la entidad estatal correspondiente. La ley solo exige que se actúe en razón del cargo o en base a una comisión especial".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 334.

D 1218 "El delito de colusión desleal es un delito especial propio que exige, como requisito típico para poder ser autor del delito, tener la calidad de funcionario o servidor público. Esta exigencia típica no debe quedar, sin embargo, de una simple verificación puramente formal del estatus de funcionario o servidor público, pues el propio tipo penal indica expresamente que dicho funcionario o servidor público debe hacer intervenido por razón de su cargo en alguna etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier otra operación a cargo del Estado. Con esta delimitación típica se hace necesario establecer que el funcionario o servidor está vinculado funcionalmente con el contrato, concesión u operación, en el que se colude con el particular para defraudar al Estado. Esta exigencia típica se explica en el hecho de que el delito de colusión desleal está configurado como un delito de infracción de un deber, por lo que es imprescindible que el funcionario o servidor público cuente con el deber de resguardar los intereses estatales en la contratación, concesión u operaciones cuestionadas".

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte Especial.* Vol. II. 2ª edición. Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 1098 y 1099.

D 1219 "La doctrina penal coincide en señalar que no resultan necesario, para afirmar la vinculación funcional, que el funcionario público forme parte del ente público que resulta defraudado. Lo decisivo es que haya intervenido materialmente en el contrato, concesión u operación, cumpliendo una función pública con base en un título habilitante de naturaleza administrativa, laboral o civil. Esa intervención no puede ser de cualquier orden, sino que presupone una capacidad decisoria sobre alguno de los aspectos negociales de la operación estatal. Por el contrario, si el funcionario se limita a ejecutar una decisión tomada por otro funcionario, no le alcanzará responsabilidad penal por el delito de colusión desleal. Si le consta la existencia de un acuerdo colusorio entre el funcionario público con facultad de decisión y el particular para defraudar al Estado, se le podrá imputar, en todo caso, un delito de omisión de denuncia o, de existir obligaciones de intervención, de incumplimiento de deberes funcionariales".

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte Especial.* Vol. II. 2ª edición. Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 1099 y 1100.

D 1220 "Se trata de un delito especial, lo cual implica que solo podrá ser cometido por aquella persona que ostenta la condición de funcionario o servidor público. Dado que la intervención de los particulares resulta imprescindible para la realización de dicho ilícito penal, estos deberían ser comprendidos como cómplices primarios (partícipes que otorgan un aporte indispensable para la realización del acto delictivo)".

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José y UGAZ HEUDEBERT, Francisco. *Delitos económicos, contra la Administración Pública y criminalidad organizada*. Colección de lo Esencial del Derecho N°18. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2017, p. 122.

D 1221 "El sujeto activo del delito de colusión es un funcionario público especial: "el funcionario o servidor público, quien tiene deberes especiales", como el de intervenir, por razón de su cargo, en cualquier etapa de los procesos de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado. Esta es una consecuencia de la estructura del tipo penal del art. 384 del CP y de su calidad como delito de infracción de deber".

PARIONA ARANA, Raúl. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 31.

D 1222 "Una cuestión sumamente polémica es la posibilidad de generar una vinculación institucional en virtud de un acto de organización puramente factico. Se trata de los casos en los que una persona se pone de hecho en el lugar del funcionario público competente y concierta desde esa posición con los terceros interesados para defraudar al Estado. La pregunta surge es si cabe castigar como autor del delito de colusión desleal a quien se ha colocado fácticamente en la posición del funcionario competente. Si el delito de colusión fuese un delito de dominio, la libertad organizativa permitiría admitir en estos casos una responsabilidad penal a título de autor. Posiblemente la mayor dificultad estaría en sortear el problema del principio de legalidad (concretamente el elemento típico que establece la calidad especial) más aún si nuestra regulación del actuar en lugar de otro se limita a la actuación en lugar de personas jurídicas. Sin embargo, y dado que partimos de la base de que el delito de colusión desleal es un delito de infracción de un deber, la libertad organizativa no puede ser un criterio de imputación valido para esta forma de estructuración del injusto penal. En este orden de ideas, habría que preguntarnos si cabe la generación de una vinculación institucional como funcionario público de una persona que no posee válidamente ese estatus.

Una respuesta única a la problemática planteada no resulta satisfactoria, pues deja de lado particularidades que son sustanciales para el análisis jurídico-penal. En este sentido, resulta pertinente proceder a diferenciar los casos. En los extremos están los casos en los que, por un lado, el funcionario público tiene un nombramiento nulo y, por el otro, los casos en los que una persona se ha arrogado unilateralmente la posición del funcionario público. En nuestra opinión, la teoría del funcionario público de hecho, desarrollado por la doctrina penal para sustentar la responsabilidad de sujetos que carecen de la calidad de funcionario público, solamente podría ser aceptada para el caso del funcionario público con nombramiento defectuoso, aunque debe preciarse que la razón por la que se sustenta la responsabilidad penal en estos casos no es el dominio del hecho del que asume fácticamente la posición de funcionario público, si no la confianza especial que genera su entrada en el cargo mediante un procedimiento aparentemente legítimo. La atribución del deber positivo no surge por el estatus de funcionario

público, sino por la confianza especial emanada del procedimiento seguido para llegar a ocupar el cargo de funcionario público. Este título de la vinculación institucional no puede abarcar, sin embargo, los casos de arrogación unilateral de la posición de funcionario público, por lo que el usurpador deberá responder solamente por el delito de usurpación de funciones y por los delitos contra el patrimonio que resulten aplicables a su actuación concreta (hurto, estafa, apropiación ilícita, etc.)".

GARCÍA CAVERO, Percy. "El delito de colusión desleal". En: GARCÍA CAVERO, Percy y VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (directores). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2020, pp. 176 y 177.

D 1223 "En efecto, este delito no puede ser cometido por cualquier funcionario o servidor público, sino únicamente por quienes ostentan un vínculo o relación funcionarial directa con el objeto de protección de la norma penal, es decir, con el correcto ejercicio de los deberes de negociación, imparcialidad y probidad en la aplicación de los fondos públicos durante los procesos de contratación pública. Por consiguiente, solo serán responsables penalmente aquellos funcionarios que actúen por razón de su cargo o comisión especial en la toma de decisiones durante los procesos de contratación pública; funciones que, asimismo, se encuentran previstas en la ley, el reglamento, o son conferidas mediante resolución administrativa emitida por la entidad.

En resumen, autor del delito de colusión será aquel funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, tiene una relación o vínculo funcionarial directo con los procesos de contratación pública a cargo del Estado (funcionario público con deberes especiales). Por tanto, si el funcionario o servidor público no se encuentra facultado o autorizado a intervenir en las contrataciones públicas, según disposición legal, resolución administrativa o según alguna función delegada, no será responsable del delito de colusión desleal".

PARIONA ARANA, Raúl. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, pp. 33 y 34.

J 0123 "Al ser un delito especial, el tipo penal de colusión restringe la cualidad del sujeto activo, a aquel que tenga la condición de funcionario o servidor público. Pero, no puede ser autor cualquier funcionario, sino solo aquel que ha intervenido por razón de esta función, en los contratos, licitaciones, suministros o cualquier operación semejante. Así también se ha pronunciado las Supremas Salas Penales en el Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116, en su fundamento jurídico número 9 refiere que: "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".

Segunda Sala Penal Transitoria. R.N. N° 1842-2016-Lima, de 06 de julio de 2017, voto de Calderón Castillo, Pacheco Huancas y Cevallos Vegas, considerando 21.

J 0124 "Respecto al tipo penal de colusión, debe precisarse que entre las características fundamentales que definen su naturaleza jurídica y funcionalidad procesal identificamos: i. Es un delito especial propio. El círculo de autores es restringido. Solo pueden ser sujeto activos del mismo los funcionarios públicos que actúen en razón de su cargo o por comisión especial.

El tipo legal exige una relación especifica; el funcionario público ha de tener facultades para intervenir, por cuenta del Estado, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante, y ha de utilizar ese nexo funcional para delinquir; y ii. El delito de colusión es un delito de participación necesaria –concretamente de encuentro–, que requiere de la intervención de un particular o *extraneus*, esto es, exige que el agente público-*intraneus*– se ponga ilícitamente de acuerdo con las partes implicadas en un contrato o acto –los interesados– que se quiere celebrar o se ha celebrado en perjuicio de los intereses de la Administración Pública –ambos sujetos apuntan a una misma finalidad típica. El carácter fraudulento del acuerdo colusorio reside, pues, en la "privatización" de la actividad funcional que realiza el funcionario público que, como tal, debe tender a representar y cautelar los intereses de la Administración Pública y no, por el contrario, a beneficiar a los particulares (...)–; en ese sentido, el tipo penal de colusión exige como presupuesto de su configuración la "concertación", consistente en ponerse de acuerdo de manera subrepticia con los interesados en lo que la ley no permite para beneficiarse a sí mismo y a los intereses privados, lo que debe darse de manera fraudulenta y causando perjuicio a la Administración Pública".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 1565-2012-Ica, de 19 de noviembre de 2013, magistrado ponente: Pariona Pastrana, considerando 5.1.)

2.3. Sujeto pasivo

D 1224 "El sujeto pasivo del delito es indudablemente el Estado, en tanto titular de los intereses patrimoniales, a cuya defraudación apunta el acuerdo colusorio entre el funcionario público y el particular. Si bien puede utilizarse de manera general la denominación de Estado, lo usual es que se trate de una institución u organismo público específico. La protección penal no se circunscribe a ciertas dependencias públicas, por lo que puede ser tanto las adscritas al Poder Ejecutivo, Legislativo o Judicial, como también el gobierno central, regional o local".

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte Especial*. Vol. II. 2ª edición. Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 1103.

D 1225 "En tal sentido, se entiende como sujeto pasivo del delito materia de análisis al Estado de forma general, y en concreto a las entidades y organismos del Estado donde se circunscribe el contrato administrativo. Es decir, el ente ejecutor, por donde se actúa y compromete –de forma directa– la actividad estatal, como p.e., los gobiernos regionales, los ministerios del Poder Ejecutivo, las municipalidades y sus distintas entidades; todos los cuales forman parte de la estructura estatal".

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl. *Delito de colusión. Doctrina y jurisprudencia*. Lima: Editores del Centro, Lima, 2019, pp. 118 y 119.

D 1226 "Es el Estado como único titular del bien jurídico vulnerado. La interpretación que se realice del sujeto pasivo debe ser amplia en la medida de lo diversos sectores del Estado, los organismos constitucionales autónomos o las diversas personas jurídicas de derecho público (Universidades, Sociedades de Beneficencia Pública, Essalud, Ministerio Público, Poder Judicial, etc.) suscriben contratos y diversas operaciones económicas que comprometen

de manera directa el presupuesto estatal y que, por tanto, pueden verse perjudicados en la disposición de sus intereses patrimoniales".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *La corrupción en las contrataciones del Estado. Un análisis del delito de colusión y negociación incompatible*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 53-54.

D 1227 "El sujeto pasivo en el delito de colusión es siempre el Estado y en concreto la entidad estatal que lleva a cargo el proceso de contratación en el que se realiza el acto de concertación.

El delito en la medida que supone la concertación defraudatoria de los intereses patrimoniales de la administración puede afectar a diversas entidades estatales v. gr., las municipalidades, a los Gobiernos regionales o a la concreta dependencia estatal a nombre de quien se celebra y/o ejecuta el contrato o la operación económica. La ley alude como sujeto pasivo "al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley".

CASTILLO ALVA, José. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, pp. 226 y 227.

2.4. Conducta típica

D 1228 "Definiremos al delito de colusión ilegal como aquel acuerdo o pacto ilegal entre un particular y un funcionario público que actúa con la finalidad de defraudar al Estado en ejercicio de sus atribuciones y en el marco de las contrataciones públicos o cualquier otro negocio jurídico, o como el ilícito en el que el funcionario público valiéndose de la concertación ilegal con un particular, ocasiona un perjuicio patrimonial al Estado".

ESPINOZA MONTES, Amelia Lida. "Perspectiva funcional del delito de colusión ilegal". En: *Actualidad Penal*. Volumen 39. Lima: Instituto Pacífico, setiembre de 2017, p. 341.

J 0125 "El delito de colusión desleal se configura cuando concurren los siguientes elementos normativos del tipo: **i)** El acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito. **ii)** Perjudicar a un tercero, en este caso el Estado. **iii)** Realizar ello mediante diversas formas contractuales para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial; que, en efecto, el delito antes citado importa que el funcionario público o servidor público que interviene en proceso de contratación pública en razón de su cargo concierta con los interesados defraudando al Estado; al respecto, debe tenerse en cuenta que el acuerdo colusorio entre las partes –el Estado y los particulares– esté referido a que las condiciones de contratación se establezcan deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado".

Sala Penal Transitoria. R.N. N°109-2017-Lima, del 15 de mayo de 2019, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 5.

J 0126 "(...) Desde luego no se puede catalogar la colusión con una estafa –no están presentes todos sus elementos típicos–, ni como un delito exclusivamente patrimonial. La tutela en los delitos contra la Administración Pública se centra en la actividad pública, en los servicios que se presta a los ciudadanos, en su actividad prestacional dirigida a la satisfacción de intereses generales [Suárez González, Carlos: Los delitos consistentes en la infracción de

un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios. En: AA.VV., La dogmática penal frente a la criminalidad en la Administración Pública, Editorial Grijley, Lima, 2001, pp. 161-163]; y, desde la concreta tipificación penal del delito de colusión en su correcto funcionamiento en el ámbito de la contratación, de manera que se garanticen los principios de economía y eficiencia en los procesos de gasto público. (...)".

Sala Penal Permanente. Casación N° 1546-2019-Piura, del 05 de agosto de 2020, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 3.

2.4.1. Elementos comunes del delito de colusión simple y colusión agravada

- La concertación

D 1229 "Concertarse, desde nuestra óptica, implica, necesariamente, una comunicación, entendida como un proceso donde se requiere por lo menos tres elementos: la fuente (emisor o codificador), el mensaje y el destino (receptor o decodificador) (Fernández Collado y Dahnke, 1995, p. 3); a estos elementos, se les suele agregar otros como el canal, el código y el contexto.

En ese sentido, lo trascendental y lo que diferencia a la concertación de otros mecanismos de corrupción, es la transmisión de mensajes, es decir: "el proceso de circulación del mensaje entre un emisor al receptor"; luego, el objeto, el mecanismo o medio, la cantidad de intervinientes que se emplee para ese tránsito es irrelevante en términos de imputación. En esa línea de pensamiento, concertarse es un proceso de circulación de un mensaje consensuado entre los intervinientes. Como notas adicionales, debemos indicar que el contenido del mensaje tiene que ser defraudatorio y que deben intervenir dos partes: el funcionario y el interesado".

JIMÉNEZ, Sergio. "¿Qué es concertarse? A propósito del elemento del tipo de colusión". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 114. Lima: Gaceta Jurídica, diciembre de 2018, p. 17.

D 1230 "El comportamiento típico en el delito de colusión encuentra su núcleo esencial en la **concertación** entre el sujeto público y el particular interesado en las contrataciones estatales, a partir de este elemento objetivo puede desencadenarse un peligro de afectación al patrimonio estatal, en cuyo supuesto se habrá configurado la modalidad básica, o puede generarse una afectación efectiva al patrimonio estatal, en cuyo supuesto estaremos en la modalidad agravada de la colusión. Es por ello, que al delito de colusión se le considera un delito de encuentro, es decir, necesariamente debe existir la participación de un sujeto público y un particular, de lo contrario no se configuraría el tipo penal.

La concertación del sujeto público con los interesados es el elemento más importante del tipo penal porque si no se da esta, no se configurará ningún supuesto de colusión. En esencia la concertación o acuerdo ilícito implica un amplio margen de pactos ilícitos, en evidente perjuicio de los intereses estatales. La concertación será ilícita siempre que vulnere los principios institucionales que rigen el correcto ejercicio de la función pública en materia de contrataciones públicas: la libre concurrencia y competencia, la imparcialidad, publicidad y trasparencia. La contravención de estos principios, significa el alejamiento de los sujetos públicos de la defensa de los intereses públicos que le han sido confiados".

MENDOZA VAEZ, Paul. "El tipo penal de colusión. El elemento de contextualización y la probanza de la concertación y del perjuicio patrimonial". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 101. Lima: Gaceta Jurídica, noviembre de 2017, pp. 53 y 54.

D 1231 "De acuerdo al proceso de tipificación, el delito de colusión (artículo 384 del CP) posee una estructura compleja, cuyos elementos descriptivos, normativos y subjetivos, componen las exigencias del tipo penal en él desarrollados. Precisamente, uno de los elementos que compone su compleja estructura está referido a la valoración de la acción, que a diferencia de otros delitos –como dijimos– en su estructura típica, "la concertación", no aparece como un elemento descriptivo, sino como un elemento normativo, sobre la cual, para tenerse como existente requiere de una previa valoración a partir de elementos jurídicos, culturales o subjetivos.

Bajo esa aclaración, "la concertación", es un auténtico elemento del tipo, que, para descartar su ausencia, y verificar su concurrencia sobre una determinada conducta, la base fáctica o proposición de configuración en el caso en concreto, requiere de una valoración a través del proceso de subsunción, que permita incrustar el aspecto de la conducta –a partir de elementos jurídicos, culturales o subjetivos– en lo que contenga la exigencia normativa del tipo penal. Para ello, la proposición fáctica de configuración debe aludir a la premisa normativa desarrollada en la ley penal, logrando que los hechos ocurridos traduzcan los verdaderos conceptos jurídicos que en ella se desarrollan".

BETETA AMANCIO, Espitz Pelayo. "El desvalor de la conducta de "concertación" en el delito de colusión. A propósito de la Casación N°661-2016-Piura". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 100, Gaceta Jurídica, octubre de 2017, p. 145.

D 1232 "Para nuestro ordenamiento jurídico, el núcleo central del delito de colusión radica en el verbo "concertar", que implica el acuerdo ilegal entre el particular interesado y el agente público que representa los intereses contractuales del Estado. Si en el caso concreto no se da un acto de concertación o acuerdo ilegal, entonces no se podría sancionar el hecho como delito de colusión, pese a que se produzca algún perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado. En todo caso, se deberá recurrir a otro ilícito penal (patrocinio ilegal, negociación incompatible u otros), dependiendo de la manifestación fáctica del comportamiento, o dejar su sanción a las normas administrativas aplicables de la ley de contrataciones u otras normas especiales".

PARIONA ARANA, Raúl. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 42.

D 1233 "El delito de colusión, como su nombre lo indica, consiste en un acuerdo o concertación ilegal entre un funcionario público y una o varias personas interesadas en obtener un beneficio del Estado a través del fraude. Esta conducta implica una distorsión de la función pública para lograr un resultado distinto al que debe perseguir la Administración Pública, orientada a los intereses generales y no particulares. Se trata de un delito denominado de participación necesaria en la medida en que se requieren dos sujetos realizando conductas distintas desde diversas posiciones, pero con la finalidad de obtener un mismo resultado: defraudar al Estado".

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José y UGAZ HEUDEBERT, Francisco. *Delitos económicos, contra la Administración Pública y criminalidad organizada*. Colección de lo Esencial del Derecho N° 18. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2017, p. 120.

D 1234 "Creemos que desde el punto de vista jurídico penal debe aceparse la noción amplia de concertar entendida como "pactar, ajustar, tratar o acordar un negocio y no el

significado de concertar limitado a "acordar el precio e algo", dado que no es necesario que haya concertación y, con ello, el delito de colusión ilegal que las partes se pongan de acuerdo o fijen el precio o valor (exacto o referencial) de un bien, servicio, obra o concesión. En efecto puede concurrir el delito de colusión ilegal cuando las partes pactan el direccionamiento o favorecimiento en un contrato estatal, aun cuando no hayan concertado el precio o el valor de los bienes, servicios o las obras objeto de dicho contrato. La ley no exige un nivel de detalle tan riguroso como para que la colusión abarque el precio o el valor íntegro (o aproximado) del contrato estatal. En todo caso, lo que si se exige es que haya acuerdo en alguno de los aspectos esenciales del contrato estatal, según la etapa de contratación en la que se encuentre v. gr., el acuerdo colusorio debe determinar, por lo menos la clase de bienes, servicios u obras materia del contrato estatal (criminalizado)".

CASTILLO ALVA, José. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 231.

D 1235 "La concertación si bien puede ser realizada en un solo acto es posible que se configure a través de una pluralidad de actos o acciones de los funcionarios y los terceros interesados. El acuerdo ilegal puede ser un acto como también un conjunto de actos dirigidos a plasmar una decisión y sellar una concertación concusionaria.

No se requiere para la configuración del tipo penal que se acredite que entre las partes que concertaron en perjuicio del Estadio medio alguna contraprestación pecuniaria".

CASTILLO ALVA, José. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, pp. 231-232.

D 1236 "Debe tratarse de un acuerdo colusorio real, es decir, debe haber efectivamente ocurrido y estar referenciando en sus circunstancias –en la medida de lo posible– de modo, tiempo y lugar. Las sospechas de acuerdo colusorio, la presencia de algunos indicadores objetivos de dicha situación de ilegalidad merece ser esclarecidas en una investigación fiscal, pero para dictar una sentencia condenatoria ha de acreditarse la concertación ilegal, más allá de toda duda razonable, como un suceso que realmente ocurrió".

CASTILLO ALVA, José. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 232.

D 1237 "La concertación –o el concertar ilegalmente– a la que alude la ley es ante todo un hecho que describe la conducta de dos partes: por un lado, la conducta del funcionario público y, por otro lado, la conducta del contratista que como todo suceso del pasado descrito a través de una proposición fáctica debe acreditarse utilizando todos los medios probatorios permitidos por la ley procesal. De igual forma, como todo hecho descrito en una proposición lingüística debe tener unas coordenadas temporales o espaciales. La concertación no es un elemento indeterminado, a tempore, sin criterios precisos en cuanto al modo, tiempo y lugar, sino que requiere unas necesarias coordinadas espaciales y temporales. Dichas coordenadas son un requisito intrínseco que se extiende a todo suceso con relevancia jurídica y, en especial, con trascendencia jurídico-penal (v. gr., un homicidio, un robo, una violación debe tener un tiempo y espacio histórico en el que ocurrieron) y que se relaciona también con la vigencia y respeto del ejercicio de alguno de los derechos fundamentales y las garantías mínimas del debido proceso como es el derecho a ser informado de la imputación, el derecho a contradecir los cargos que forma parte del contenido esencial del derecho de defensa, ya que solo cuando se delimite

la (probable) comisión de un delito en sus coordenadas de tiempo y espacio es posible que la persona imputada pueda defenderse y de esta manera pueda presentar su prueba de descargo".

CASTILLO ALVA, José. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 232.

D 1238 "De igual manera, el acuerdo colusorio debe ser un acuerdo serio, verosímil y de plausibilidad racional. El requisito de la seriedad de la concertación permite descartar lo acuerdos extravagantes, de imposible realización, ya sea fáctica o jurídicamente, tal como ocurre, por ejemplo, cuando se concierta la venta de la Catedral de Lima, de Palacios de Gobierno, de la Plaza de Armas de Lima o, en general, se trata de un contrato estatal de imposible realización o ejecución.

Por último, debe tratarse de un acuerdo que posea un objeto contractual definido o determinado en sus aspectos esenciales y que recaiga sobre bienes, obras o servicios. En el caso de las concesiones su objeto también debe estar determinado. El bien, el servicio u obra puede existir o tratarse de un bien, servicio u obra futura. Debe delimitarse en todo caso la clase de contrato v. gr., si se trata de un contrato de bienes o de servicios; asimismo debe precisarse el objeto del contrato en cuanto a su especie o género. No es necesario que se determine en el acuerdo colusorio la cantidad, el tiempo de realización o el precio del contrato".

CASTILLO ALVA, José. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 233.

D 1239 "La concertación como forma comisiva del delito de colusión puede ser directa o a través de persona interpuesta. La concertación es directa cuando el acuerdo al que arriban las partes se produce sin la intermediación de una tercera persona. Aquí los funcionarios acuerdan con lo terceros las condiciones del contrato, el direccionamiento del mismo o determinada condición en la ejecución del contrato. En la oclusión por persona interpuesta el acuerdo ilegal entre los funcionarios y el contratista se lleva a cabo a través de otras personas que facilitan, promueven, concretan o logran la concertación. Aquí la relación entre el funcionario público y el contratista no es directa o inmediata, sino que por diversas razones (v. gr., seguridad, confianza, comodidad, etc.) el acuerdo se produce y fija a través de terceros los que se desempeñan como intermediarios en la concertación y cierre de la concertación. Los terceros pueden ser particulares, trabajadores de la empresa contratista, personas encargadas de hacer loby o también puede tratarse de funcionarios públicos, etc.".

CASTILLO ALVA, José. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 252.

D 1240 "La conducta típica del delito de colusión desleal requiere que el funcionario público competente se concierte con el particular en la preparación, celebración o ejecución de un contrato, concesión u otra operación estatal con la finalidad de defraudar los intereses patrimoniales del Estado. No hay duda que el concierto supone un acuerdo o pacto, pero lo decisivo es que esta concertación excluya toda negociación entre las partes de la operación (el Estado y el particular), de manera tal que se establecen deliberadamente condiciones que benefician al particular en detrimento de los intereses patrimoniales del Estado. En este orden de ideas, la mala negociación realizada por un funcionario público no podrá calificarse de colusión desleal, sino, en todo caso, de una infracción administrativa sancionable con las medidas disciplinarias previstas por la ley. Si se prueba solamente que la contraprestación del

Estado no resultó proporcional con lo recibido, lo único que quedará demostrado es que el funcionario negocio mal, pero no necesariamente que se coludió con el particular".

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte Especial*. Vol. II. 2ª edición. Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 1103-1104.

D 1241 "Aunque el tipo penal no es explícito al respecto, el acuerdo entre el funcionario público y el particular debe ser idóneo para defraudar patrimonialmente al Estado. La idoneidad del perjuicio no puede entenderse, sin embargo, como una simple potencialidad causal. El proceso de normativización de la tipicidad que caracteriza a la teoría del delito actual, pone de manifiesto que todos los elementos deben estar informados decisivamente por el contexto social. En este orden de ideas, una conducta riesgosa no necesariamente realiza el tipo penal por el solo hecho de tener la potencialidad de producir el resultado lesivo, sino que únicamente lo será en la medida que la entidad del riesgo producido no se ajuste a Derecho. Por consiguiente, la tipicidad de la conducta no se sustenta únicamente en el dato objetivo de su peligrosidad, sino que es necesario determinar si, en el contexto social en el que esta conducta tuvo lugar, su peligrosidad resulta socialmente intolerada.

A partir de las consideraciones precedentes puede señalarse que para poder considerar típico el acuerdo colusorio, resulta necesario que el funcionario público acuerde con el particular la imposición de condiciones menos ventajosas para el Estado de las que se podrían haber alcanzado en ese momento mediante una labor de negociación".

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte Especial*. Vol. II. 2ª edición. Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 1105.

D 1242 "En principio, con la concertación ilícita se excluye de la tratativa formal del negocio a los otros competidores que buscan obtener la buena pro (ser elegidos) de la Administración Pública, para la ejecución de obras, servicios, adquisición o venta de bienes, pues ya con el acuerdo ilícito se realiza el direccionamiento del proceso administrativo a favor del tercero o terceros interesados".

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl. *Delito de colusión. Doctrina y jurisprudencia*. Lima: Editores del Centro, Lima, 2019, p. 182.

D 1243 "Un elemento central de la concertación ilícita es, por ello, el acuerdo subrepticio, con lo cual se hace referencia a la direccionalidad del proceso a favor de un particular interesado, que es la finalidad central del pacto".

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl. *Delito de colusión. Doctrina y jurisprudencia*. Lima: Editores del Centro, Lima, 2019, p. 183.

D 1244 "De tal forma que, se está ante una concertación, un acuerdo de dos sujetos que con su conducta envían un solo mensaje a la sociedad de no conducirse por las reglas del procedimiento administrativo, sino de obtener directamente un contrato público.

Lo antes mencionado se deriva de la configuración del delito de colusión como un delito pluripersonal, de participación necesaria, específicamente como delito de convergencia, donde tanto el funcionario como el particular interesado direccionan su actuar a la consecución de

un mismo fin, desde posiciones similares dentro de un proceso de contratación, donde el interesado no es sujeto pasivo del delito y no se encuentra en una posición vulnerable respecto al funcionario. Es decir, se requiere necesariamente del aporte de cada uno de los sujetos, de tal forma que la conducta de ambos forma una unidad del sentido jurídico penal.

Además, el acuerdo entre las partes contiene un marco amplio de tratativas que deriven en un acuerdo final; algo muy similar a los acuerdos que se van asumiendo sobre las cláusulas de un contrato, donde el acuerdo definitivo se establece una vez aprobada todas las cláusulas del contrato, pues solo ahí tendrá sentido. Por ello, si el funcionario y tercero interesado llegan (p.e.) a veinte acuerdos sobre los términos del contrato no se estaría ante veinte delitos de colusión, sino ante unas tratativas dirigidas a un acuerdo final".

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl. *Delito de colusión. Doctrina y jurisprudencia*. Lima: Editores del Centro, Lima, 2019, pp. 186 y 187.

D 1245 "Algunos autores consideran que el acuerdo debe contener un interés económico; sin embargo, el tipo penal no exige tal sentido en el pacto, pues conforme al bien jurídico penalmente protegido, lo primordial en dicho acuerdo es defraudar aquella expectativa que se tiene en el regular procedimiento dentro de un contrato público.

De la misma forma, el acuerdo no requiere de una precisión sobre los actos a realizar que afectarán el proceso administrativo; no se requiere establecer los bienes, monto económico, acto administrativo a realizar, que permitirán que el tercero interesado, o la empresa a la cual representa, obtenga la buena pro o el pago del bien o servicio establecido en el contrato; y es que la expectativa que se tiene sobre la actividad en el escenario de contratación, no se encuentra relacionada a la protección del patrimonio, donde si se tiene que establecer el bien o beneficio económico que obtendrá el interesado, sino la desviación en la conducta del funcionario público en el marco del proceso de contratación pública".

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl. *Delito de colusión. Doctrina y jurisprudencia*. Lima: Editores del Centro, Lima, 2019, p. 189.

D 1246 "La figura de "concertación" o "acuerdo colusorio" se constituye desde la estructura normativa como el único medio que permite atribuir responsabilidad penal por delito de colusión, dado que el legislador no ha previsto otra modalidad.

Tanto la concertación ilegal, idónea para defraudar el bien jurídico protegido en este delito (tipo base), como la defraudación al patrimonio del Estado (tipo agravado) debe haberse generado como consecuencia de la actuación conjunta de voluntades, entendida como acuerdo colusorio; de lo contrario, tal comportamiento será atípica o, en su caso, orientado a otra figura delictiva.

CÁCERES JULCA, Roberto y CARRIÓN DÍAZ, Juan. *El Delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales*. Lima: IDEMSA, Lima, 2011, p. 30.

D 1247 "El acuerdo colusorio que exige el tipo penal debe manifestarse de forma bilateral, por lo que no basta con la manifestación de voluntad de una de las partes para beneficiar a la otra, se requiere necesariamente un acuerdo compartido de voluntades. Puede manifestarse de diversas maneras, oral o escrita, como ejecutarse a título oneroso o gratuito. Tampoco debe confundirse la concertación con una "mera solicitud" que no guarde idoneidad para defraudar el patrimonio del Estado".

CÁCERES JULCA, Roberto y CARRIÓN DÍAZ, Juan. *El Delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales.* Lima: IDEMSA, Lima, 2011, p. 32.

D 1248 "Una de las consecuencias de la imputación objetiva es que los conciertos colusorios estén orientados a la creación de un riesgo prohibido, por tanto, tales actuaciones deben ser aptas, es decir, idóneas, eficaces, para defraudar el patrimonio público. No basta con la sola relación causal, entre acción (concertación) y resultado (perjuicio al patrimonio del Estado). Es por ello, una exigencia necesaria que la concertación sea previa a toda defraudación, manteniendo más que un nexo de causalidad, una relación que pueda ser imputada a los intervinientes por la creación de un riesgo prohibido en el suceso típico".

CÁCERES JULCA, Roberto y CARRIÓN DÍAZ, Juan. *El Delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales.* Lima: IDEMSA, Lima, 2011, pp. 32-33.

D 1249 "La concertación del agente público con los interesados implica un amplio margen de pactos ilícitos, componendas o arreglos en perjuicio evidente de los intereses estatales en juego. Se puede concertar mediante diversas modalidades confabulatorias, para presentar, por ejemplo, precios simulados –sobrevaluados o subvaluados–, admitir calidades inferiores a las requeribles, o derivar directamente de las operaciones ventajas o intereses particulares o para otros fines. El término interesados, sin duda, se refiere a los particulares o personas jurídicas o naturales que negocian con el Estado. Por medio de ellas el Estado adquiere bienes, servicios y realiza obras en beneficio de los administrados".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 354.

D 1250 "El guardar silencio no equivale a concertar, desde el punto de vista normativo y estructural, que exige el tipo penal. Concertar es una acción eminentemente activa. Quien guarda silencio o calla no obra en concierto para perjudicar al Estado, simplemente realiza un comportamiento omisivo que facilita la comisión del delito por otros".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 355.

D 1251 "Conforme se advierte del escenario expuesto, la concertación no puede ser entendido como un acto unilateral, por el contrario, resulta ser un acto bilateral, en el cual aparecen inmerso, mínimamente, dos personas de diversos estatus, esto es, funcionario o servidor público, interviniente en razón del cargo, y los interesados, siendo cualquier persona con capacidad de reprochabilidad, ambos vinculados al proceso de contratación pública, por lo tanto, siempre se exige la presencia de dichas personas, por cuanto no existirá concertación delictual únicamente entre interesados (*extraneus*), ya que técnicamente es imposible delito de colusión entre cómplices, tampoco existirá colusión entre sujetos cualificados (*intraneus*) quienes intervienen, específicamente, en razón del cargo, por cuanto no es posible el pacto colusorio, únicamente, entre autores".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 407.

J 0127 "En ese sentido, se tiene que los elementos del tipo son: a) la concertación, entendida como el acuerdo subrepticio producido entre los funcionarios con los terceros interesados en los contratos, suministros, licitaciones o similares, y b) la defraudación, que es el "objeto de la concertación ya sea como finalidad a alcanzar (colusión simple) o como resultado necesario (colusión agravada)". Esta defraudación puede concretizarse a través de diferentes medios e instrumentos".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 124-2018-Pasco, del 26 de abril de 2018, magistrado ponente: Neyra Flores, considerando 10.

J 0128 "No se puede exigir que el pacto colusorio sea notorio o público, o sometido a los órganos de control. La naturaleza de este tipo penal radica en el quebrantamiento de normas administrativas o procedimientos específicos, plazos y regularidad de formas para la perpetración de determinado acto. El delito de colusión se halla compuesto por una pluralidad de actos, no se trata de una sola conducta en la que previamente sus perpetradores se basaron en el cumplimiento aparente de normas de carácter administrativo".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 224-2018-Pasco, del 29 de octubre de 2018, magistrado ponente: Chávez Mella, considerando 7.

J 0129 "Por otro lado, respecto al delito de colusión desleal, cabe mencionar que la concertación se erige como uno de los elementos objetivos centrales para su configuración, relacionada al acuerdo ilegal entre el particular interesado y el agente público que represente los intereses contractuales del Estado, siempre en un contexto de clandestinidad y con una finalidad de defraudación, esto es, mediante la inclusión de pactos contractuales menos ventajosos para los intereses estatales. En la concertación del agente público con los interesados, subyace un amplio margen de acuerdos ilícitos, componendas o arreglos en perjuicio evidente del Estado, teniendo lugar mediante diversas modalidades confabulatorias. Verbigracia: precios simulados [sobrevaluados o subvaluados], admisión de una calidad inferior a la requerible, derivar de las operaciones ventajas o intereses particulares o para otros fines, o también porque se paga más por un producto de una determinada calidad o porque se paga un precio determinado por un bien de menor calidad, habiendo concierto entre las partes".

Segunda Sala Penal Transitoria. R.N. N° 2577-2017-Ancash, del 26 de abril de 2018, magistrado ponente: Hinostroza Pariachi, considerando 10.

J 0130 "En ese sentido, se tiene que el delito de colusión en su aspecto objetivo incorpora dos elementos ineludibles: la concertación de los encausados con los interesados –particulares– y la defraudación al Estado. Por un lado, la concertación entendida como el acto del funcionario público de convenir o acordar con el particular en la celebración o ejecución de un contrato originado de un proceso de selección con la finalidad de defraudar los intereses del Estado, es decir, las condiciones de contratación deben establecerse intencionadamente para favorecer a los particulares en detrimento de los intereses del Estado.

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta la estructura del tipo penal de colusión vigente al momento de la comisión del delito –2003 a 2006–, solo podría considerarse penalmente

relevante el acuerdo colusorio que produce un efecto perjudicial sobre los intereses del Estado, lo que de autos no se advierte, debido a que no se ha podido establecer; por un lado, la existencia de concertación ilegal por parte de los encausados, la debida identificación del *extraneus*, y el perjuicio originado a los intereses del Estado por la conducta de los citados anteriormente y del *extraneus*".

Segunda Sala Penal Transitoria. R.N. N° 360-2017-Ancash, del 24 de abril de 2018, magistrado ponente: Núñez Julca, considerandos 10 y 11)

J 0131 "3.1. El delito de colusión desleal se configura cuando concurren los siguientes elementos normativos del tipo:

3.1.1. El acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito; perjudicar a un tercero, en este caso, al Estado.

3.1.2. Realizar ello mediante diversas formas contractuales para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial; que, en efecto, el delito antes citado importa que el funcionario público o servidor público que interviene en un proceso de contratación pública, en razón de su cargo, concierta con los interesados y defrauda al Estado. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el acuerdo colusorio entre las partes (el Estado y los particulares) está referido a que las condiciones de contratación se establezcan deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses de Estado.

3.2. En el delito de colusión, dos son los bienes jurídicos tutelados: a) la actuación conforme al deber que importe el cargo; b) asegurar la imagen institucional, considerándose como sujetos activos de este a los funcionarios o servidores públicos.

3.3. La descripción de un hecho típico está pensada originalmente en la comisión unitaria de ese suceso. Vale decir que se construye en torno a la realización individual del hecho delictivo. No obstante, la realidad demuestra que un delito no solo puede ser obra de una persona, sino que puede ser atribuido a un colectivo de intervinientes. Nuestro Código Penal distingue dos formas de intervención: la autoría y participación. En torno a la primera caben la figura de la autoría directa, mediata, la coautoría y la autoría intelectual. En torno a la segunda solo caben la complicidad primaria y la complicidad secundaria.

3.4. La complicidad se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores.

3.5. La complicidad es definida como la cooperación a la realización de un hecho punible cometido, dolosamente, por otro; o, de manera más sencilla, como el prestar ayuda a un hecho doloso de otro. El cómplice carece del dominio del hecho, que solo es ejercido por el autor del delito. Desde esta perspectiva serán susceptibles de ser considerados actos de complicidad primaria aquellos que sean esenciales para que el autor pueda cometer el delito. Mientras que la complicidad secundaria se compone por cualquier contribución, que no sea esencial para la comisión del delito".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 874-2018-Cañenete, del 13 de agosto de 2018, magistrado ponente: Castañeda Espinoza, considerando 3.

J 0132 "La concertación, es un aspecto de suma importancia en la conducta típica de colusión, nos coloca de lleno en aquel mundo de tratativas ilegales, por lo general clandestinas,

llevadas a cabo entre el funcionario público y el contratista y que explican, en tanto factor causal la existencia de la defraudación patrimonial. Las dificultades para obtener pruebas directas en estos delitos han propiciado escenarios probatorios en los que adquiere fuerza la prueba indiciaria, esto es, los datos fácticos acreditados e indicantes, y las inferencias a partir de ellos, que llevan al fiscal y al juzgador a establecer conclusiones probatorias, lo que se aprecia con mayor énfasis en situaciones en las que el funcionario público imputado actúa en estructuras de poder organizado".

Segunda Sala Penal Transitoria. R.N. N° 489-2016-Del Santa, del 15 de marzo de 2018, magistrado ponente: Núñez Julca, considerando 12.

- **El objeto de la concertación: defraudar al Estado**

D 1252 "El objeto de la concertación en el delito de colusión es defraudar al Estado, ya sea como finalidad a alcanzar (colusión simple) o como resultado necesario (colusión agravada). El pacto ilegal entre el funcionario *y* el interesado tiene por cometido defraudar al Estado, a través de un beneficio indebido otorgado al interesado que pone en riesgo los intereses económicos del Estado. Esta defraudación puede materializarse de diversas maneras, a través de diversos medios e instrumentos. La casuística nos da diversos ejemplos que ponen de manifiesto la complejidad del delito. Por ejemplo, vulnerar el procedimiento de contratación previsto en la ley; adquirir o contratar bienes, servicios u obras que no se ajustan a los requerimientos exigidos; disponer mayores sumas de dinero para el pago de la prestación; no imponer o cobrar penalidades sin razón o justificación alguna; disponer la conformidad y recepción del bien pese a existir irregularidades; entre otros. Todos estos supuestos son el objeto de la concertación: defraudar al Estado".

PARIONA ARANA, Raúl. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, pp. 50 y 51.

J 0133 "Frente a los motivos de impugnación de la defensa de Guardián Chávez, debe señalarse, que el tipo penal materia de condena es Colusión desleal, cuyo núcleo rector es la concertación fraudulenta; solo son relevantes aquellas concertaciones subrepticias con los particulares para perjudicar económicamente al Estado. Es un delito de participación necesaria –de encuentro–, que requiere de la intervención de un particular –*extraneus*–; y, exige que el sujeto especial –agente público *intraneus*– se ponga ilícitamente de acuerdo con las partes implicadas en marco de un contrato o acto que tenga naturaleza económica y en la que intervenga el Estado y que sea celebrado en perjuicio de los intereses de la Administración Pública".

Segunda Sala Penal Transitoria. R.N. N° 657-2017-Pasco, del 10 de mayo de 2018, magistrado ponente: Pachecco Huancas, considerando 13.

J 0134 "Así, ambos sujetos apuntan a una misma finalidad típica. El carácter fraudulento del acuerdo colusorio reside, en la "privatización" de la actividad funcional que realiza el funcionario público que, como tal, debe tender a representar y cautelar los intereses de la Administración Pública y no, por el contrario, a beneficiar a los particulares.

En ese sentido, el tipo penal de colusión, desde el elemento de la tipicidad objetiva exige que el sujeto especial, en este caso, sea un funcionario público que se ponga de acuerdo de manera

subrepticia con los interesados (concertación de voluntades), en lo que la ley no permite para beneficiarse a sí mismo y a los intereses privados, lo que debe darse de manera fraudulenta y causando perjuicio a la Administración Pública".

Segunda Sala Penal Transitoria. R.N. N° 657-2017-Pasco, del 10 de mayo de 2018, magistrado ponente: Pacheco Huancas, considerando 12.

J 0135 "Las sentencias emitidas tanto en primera como en segunda instancia dan cuenta de que la imputación contra Camacho Galván fue por la comisión del delito de colusión, previsto en el artículo 384 del Código Penal, correspondiente a la Ley número 26713, cuyo texto es el siguiente:

> Artículo 384.- El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.

La interpretación del mencionado tipo penal debe efectuarse conforme a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que en el inciso 2 de su artículo 3 establece: "Para la aplicación de la presente convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado".

A partir de lo expresado, vía control convencional, resulta válido afirmar que el término "defraudar al Estado" no tiene una connotación patrimonial; por ello, no es una exigencia objetiva de punibilidad para determinar la configuración del tipo la acreditación de un perjuicio material o económico contra el Estado.

El bien jurídico protegido en el delito de colusión –tipo penal de infracción– no es únicamente el patrimonio del Estado, pues su cautela es un deber entimemático. El agente activo de la colusión tiene el deber de obrar con pulcritud y dotar de eficiencia los recursos del Estado en la adquisición de bienes, y responder a la confianza que implica administrar y disponer de dinero público. Tal deber también constituye objeto de protección sustancial, debido a que la colusión se configura en determinado contexto administrativo de compras estatales.

En la elección del proveedor de bienes o servicios, el funcionario público tiene el deber de optimizar las adquisiciones. Así, deberá realizar un juicio ponderado respecto del precio, la calidad y la garantía de cumplimiento de las cláusulas contractuales ofrecidas por los postores que estime convenientes. Durante los procesos de adquisición, el Estado debe tener una adecuada representación –nadie compra bienes de mala calidad para perjudicarse o paga su dinero para que le incumplan un contrato–; y es el quiebre doloso de dicho deber para realizar una adquisición defectuosa o para favorecer a un proveedor específico la conducta que fundamenta el injusto de colusión.

En el delito de colusión no se protege el patrimonio del Estado en un sentido económico –menoscabo cuantitativo en términos contables–, sino la asignación de los recursos públicos de manera eficiente y funcional.

Como consecuencia de lo mencionado, el principio de lesividad permite aseverar que el tipo penal no es uno de resultado, sino uno de mera actividad que se configura cuando el agente

delictivo se confabula con un particular para efectuar una contratación estatal –sea a favor o contra el Estado–.

Se descarta la protección exclusiva al patrimonio del Estado y el concurso necesario de un perjuicio para la configuración típica del delito de colusión, por cuanto el pacto colusorio podría importar un beneficio para el Estado. Sin embargo, la obtención de dicha gracia implicaría justificar la confabulación del funcionario público con un privado para concederle determinada contratación en desmedro de la optimización de calidad que podrían ofrecer libremente otras personas naturales o jurídicas –limitando la proposición de potenciales mejores ofertas–.

Entonces, conforme a lo antes descrito, resulta válido afirmar que el término defraudación previsto en el tipo cuyo texto legal se imputa no es equivalente al perjuicio económico material".

Sala Penal Permanente. Casación N° 9-2018-Junín del 26 de junio de 2019, magistrado ponente: Sequeiros Vargas, considerando 1.1-1.9.

J 0136 "En virtud de dicha norma punitiva, se determina que el delito de colusión tiene al elemento "concertación", como uno de los elementos objetivos centrales para su configuración; relativa al acuerdo ilegal entre el particular interesado y el agente público que represente los intereses contractuales del Estado [3], siempre en un contexto de clandestinidad y con una finalidad de defraudación, esto es, mediante la inclusión de pactos contractuales menos ventajosos para los intereses estatales. En la concertación del agente público con los interesados, subyace un amplio margen de acuerdos ilícitos, componendas o arreglos en perjuicio evidente del Estado, teniendo lugar mediante diversas modalidades confabulatorias. Verbigracia: precios simulados [sobrevaluados o subvaluados], admisión de una calidad inferior a la requerible, derivar de las operaciones ventajas o intereses particulares o para otros fines, o también porque se paga más por un producto de una determinada calidad o porque se paga un precio determinado por un bien de menor calidad, habiendo concierto entre las partes.

De lo expuesto en los párrafos ut supra, se desprende que el delito de colusión desleal se configura cuando concurren los siguientes elementos normativos del tipo: i) el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito; ii) perjudicar a un tercero, en este caso al Estado; y, iii) mediante diversas formas contractuales, para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial. En ese sentido, el acuerdo colusorio entre las partes, el Estado y los particulares, debe estar referido a que las condiciones de contratación se establezcan deliberada o subrepticiamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado. La concertación que realiza el funcionario con los particulares en las distintas contrataciones estatales, debe ser dolosa, en cuya ausencia, la conducta desplegada es atípica, no susceptible de sanción penal. Además, la defraudación al Estado tiene que ser producto del concierto confabulatorio con los interesados, que por su naturaleza misma rebasa y contradice los términos de entendimiento normales de toda concertación que acompaña a la celebración de negociaciones o contratos.

En esa línea, el delito de colusión es un delito de participación necesaria, concretamente de encuentro; que requiere de la intervención de un particular o *extraneus*. Esto es, exige que el agente público *–intraneus–* se ponga ilícitamente de acuerdo con las partes implicadas en un contrato o acto (los interesados) en perjuicio de los intereses de la Administración Pública, es decir, ambos sujetos apuntan a una misma finalidad típica. El carácter fraudulento del acuerdo colusorio reside, pues, en la "privatización" de la actividad funcional que realiza el funcionario

público que, como tal, debe tender a representar y cautelar los intereses del Estado y no, por el contrario, a beneficiar a los particulares".

Segunda Sala Penal Transitoria. R.N. N° 501-2018-Puno, del 12 de junio de 2018, magistrado ponente: Hinostroza Pariachi, considerando 10.

J 0137 "El tipo penal de colusión, requiere que el funcionario público defraude al Estado, ese es su principal requerimiento, para ese fin debe concertarse, fuera de la ley, esto es de manera ilícita con terceros interesados, en cualquier forma de contratación en el que interviene por razón de su función. Exige este tipo penal que el servidor público realice actividades propias de su función, pero tendientes a engañar, defraudar y perjudicar al Estado, con un efectivo o potencial daño patrimonial. El sujeto activo quebranta la función especial asumida y viola el principio de confianza depositada, con el consiguiente engaño al interés público, al asumir el funcionario roles incompatibles.

Segunda Sala Penal Transitoria. R.N. N° 489-2016-Del Santa, del 15 de marzo de 2018, magistrado ponente: Núñez Julca, considerando 13.

J 0138 "Por otro lado, tenemos que el último elemento citado del tipo penal de colusión, esto es la defraudación, implica necesariamente un perjuicio para el Estado. En tanto la tipicidad objetiva supone la descripción en la norma penal de la conducta del delincuente que en ella se subsume, la ausencia de alguno de los elementos del tipo penal hace que se descarte la aplicación del mismo al sujeto que se le imputa. En pocas palabras, si algo de lo establecido en la norma no acontece en la realidad, se descarta su carácter delictivo. Así el ya mencionado peritaje no ha precisado el perjuicio económico que habría sufrido la entidad edil, limitándose a cuestionar irregularidades en cuanto a la inobservancia del procedimiento de contratación".

Segunda Sala Penal Transitoria. R.N. N° 2929-2016-Ancash, del 21 de marzo de 2018, magistrado ponente: Cevallos Vegas, considerando 6.2.

J 0139 "El delito de colusión debe entenderse como un delito de mera actividad, porque la sola producción de la concertación representa el momento consumativo del hecho, sin necesidad que la Administración Pública sufra un perjuicio, siendo el caso que la defraudación debe entenderse como transgresión del deber de disponer del patrimonio administrado en beneficio del Estado; por lo que la defraudación no puede ser entendida como producción (o posibilidad) de un perjuicio, no constituyendo por tanto –el perjuicio– un elemento objetivo del tipo –en su modalidad simple–, sino un indicio que permitirá advertir la presencia de un posible acuerdo colusorio (defraudatorio)".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 2299-2017-Ancash, del 05 de diciembre de 2018, magistrado ponente: Figueroa Navarro, considerando 6.

J 0140 "El núcleo del injusto está constituido por la defraudación al Estado mediante el acuerdo colusorio, que implica un acuerdo ilegal entre el particular interesado y el agente público que representa los intereses contractuales del Estado.

El delito de colusión es de participación necesaria –concretamente de encuentro– que requiere de la intervención de un particular o *extraneus*. Exige que el funcionario defraude al Estado concertándose fuera de la ley con los interesados en los contratos que lleva a cabo por razones funcionales, la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y el medio comisivo de la conducta incriminada, no siendo posible una concertación mediante una omisión al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo.

Esta defraudación a través de actos de concertación, lía con la violación a los deberes inherentes del cargo, lo que implica traicionar la confianza de la Nación depositada en los funcionarios, a quienes se les encomienda su representación y velar por sus intereses, para efectos de lograr resultados favorables y beneficiosos en los convenios o contratos con las otras partes (los particulares).

La concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño, que se manifiestan en el perjuicio –potencial o real–, para la entidad estatal; en este aspecto, para la configuración del delito no se requiere un perjuicio patrimonial efectivo, pues si el funcionario público que tiene a su cargo un proceso de contratación transgrede sus deberes funcionales, vaciando el proceso, atentando contra el trato igualitario de los postores, estableciendo condiciones de contratación deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado, estará cumpliendo ya el núcleo del injusto".

Segunda Sala Penal Transitoria. R.N. N° 1842-2016-Lima, de 06 de julio de 2017, voto de Calderón Castillo, Pachecho Huancas y Cevallos Vegas, considerandos 24-27)

J 0141 "(...) que para el caso del delito de colusión se hace necesario que se verifique que existió una concertación ilegal, esto es, que el agente infractor sea un funcionario o servidor público que en el marco de un contrato o cualquier otra operación semejante en que intervenga por razón funcional, defrauda al Estado, entendiéndose por defraudar que el sujeto activo quebrante la función especial asumida y la violación del principio de confianza depositada, con el consiguiente engaño al interés público, al asumir el funcionario roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado; (...)".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 588-2011-Arequipa, del 31 de agosto de 2011, magistrado ponente: Príncipe Trujillo, considerando 7.

J 0142 "El delito de colusión preceptuado en el artículo 384 del Código Penal, importa que el funcionario público se concierte con los particulares en la celebración o ejecución de un contrato derivado de un proceso de selección con la finalidad de defraudar los intereses del Estado. Defraudar al Estado o entidades, es el quebrantamiento del rol especial asumido y la violación del principio de confianza depositado o, con el consiguiente engaño al interés público al comportarse el funcionario o servidor asumiendo roles incompatibles y contrarios a las expectativas o intereses patrimoniales del Estado (...); la defraudación mediante concertación (...) supone un aspecto de reproche juridizado por el engaño, así como presencia del segundo elemento de naturaleza material dado por el perjuicio ocasionado a los intereses estatales".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 1109-2014-Lima, de 09 de junio de 2015, magistrado ponente: Pariona Pastrana, considerando 7.

J 0143 "Que el artículo 384 del Código Penal establece que el delito de colusión desleal se configura cuando: "El funcionario o servidor pública que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros"; en este sentido, lo que se reprime son los comportamientos defraudatorios que se revelan y surgen a través de la concertación entre los funcionarios públicos y los terceros interesados"; (...) elementos típicos esenciales del delito de colusión, estos son: I) la concertación y ii) el potencial perjuicio económico".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 1481-2011- Arequipa, de 19 de abril de 2012, magistrado ponente: Príncipe Trujillo, considerando 5.

J 0144 "En el caso de autos, no se advierte la existencia de pruebas indiciarias concomitantes a la etapa de negociación que permitan inferir que nos encontramos ante una concertación fraudulenta en tanto que entre los procesados (...) y los *extraneus* (...) no existió trato alguno para adquirir la camioneta (...); con lo que se acredita que en el caso sub examine no existió un comportamiento defraudatorio que haya surgido entre los funcionarios públicos y los terceros interesados, esto es, que los *extraneus* no tuvieron trato alguno con los procesados (...) –alcalde y asesor de la referida municipalidad, respectivamente–".

Sala Penal Transitoria. R.N. N°1481-2011- Arequipa, de 19 de abril de 2012, magistrado ponente: Príncipe Trujillo, considerando 6.

J 0145 "(...) el núcleo del comportamiento típico es defraudar al Estado mediante la concertación con los interesados en os procesos de contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios para el Estado. En ese sentido, el marco para el acuerdo defraudatorio –colusión– es el ámbito de la contratación pública".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 341-2015-Lima, de 04 de noviembre de 2015, magistrado ponente: Pariona Pastrana considerando 4.2..

J 0146 "Para que se configure el delito de colusión ilegal previsto en el artículo 384 del Código Penal, deben darse dos elementos necesarios: la concertación con los interesados y la defraudación al Estado; el primero –la concertación– que implica ponerse de acuerdo a los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa; el segundo de ellos –esto es, la defraudación–, que debe precisarse que no necesariamente debe identificarse defraudación –que propiamente es un mecanismo o medio delictivo para afectar el bien jurídico– con el eventual resultado. Asimismo, tampoco puede identificarse con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo penal lo que se requiere es que la producción de un peligro potencial dentro de una lógica de conciertos colusorio que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado, y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos; desde esta perspectiva, la colusión, en esencia, no es un delito propiamente patrimonial común, de organización o de dominio, sino esencialmente

es un delito de infracción de deber vinculado a la correcta actuación dentro de los cánones constitucional del Estado de Derecho de la función administrativa (...)".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 215-2011-Huanuco, de seis de marzo de 2012, magistrado ponente: Príncipe Trujillo, considerando 4.

- **La concertación se puede dar en cualquier etapa del proceso de contratación estatal**

D 1253 "Ahora bien, se tiene también, que la intervención del funcionario y/o servidor público, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, puede ser "directa o indirectamente"; mediando la primera modalidad, el *intraneus* participa directamente en la Licitación pública, es decir, el sujeto público es el encargado de funcionalmente de dirigir, ejecutar y/o desarrollar el proceso de contratación administrativa, a través de una disposición legal en específico o en merito a una disposición administrativa. Por lo segundo, ha de entenderse, que el funcionario público, no interviene directamente, sino a través de un representante, por otro funcionario público de menor rango jerárquico, quien, a nombre del primero, convoca a una Licitación pública, v. gr., el caso del titular de la cartera ministerial, el alcalde, el Presidente del Gobierno Regional u otro funcionario de alto nivel".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 358.

D 1254 "El agente con la finalidad de defraudar al Estado, en el desempeño de su cargo en el que actúa, acuerda o pacta con los interesados obtener algún beneficio en perjuicio del Estado en su participación en cualquier etapa de las adquisiciones o contrataciones públicas de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado.

Engloba, en consecuencia, la celebración de actos jurídicos como son contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas u otra operación semejante que realiza el Estado el Estado para cumplir sus objetivos y fines propuestos".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 357.

J 0147 "Que, desde el delito de colusión, es de precisar que la comisión del mismo puede ocurrir antes de la celebración de una contratación pública como, luego, en su ejecución o en la liquidación de la misma. En cualquier etapa de la contratación pública es factible que se produzca un concierto ilegal o delictivo en perjuicio del interés público –las modalidades de adquisición y contrataciones del Estado son el marco para el acuerdo defraudatorio [Salinas Siccha, Ramiro: Delitos contra la Administración Pública, Editorial Grijley, Lima, 2016, p. 324]–.

Si bien la concertación finalmente se concretó en el curso de un proceso arbitral, ello en modo alguno impide su configuración delictiva. Ha de entenderse que el proceso arbitral fue el ámbito donde se consolidó el acuerdo lesivo al interés público a través de una transacción. Ese fue el marco formal de la consolidación de una concertación que importó una afectación patrimonial al gobierno regional de Tumbes".

Sala Penal Permanente. Casación N° 1379-2017-Nacional, del 28 de agosto de 2018, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 2.

J 0148 "(...), pues el concierto en los marcos de una contratación pública se puede producir durante todo el procedimiento de adquisición, que implica el acto de toma de la decisión para adquirir determinados bienes, el acto de adquisición y celebración del contrato, el acto de consolidación de la misma, el acto de entrega y de control de lo adquirido y, finalmente, el acto de validación o confirmación de lo adquirido y ulterior pago final del producto; el ámbito de actuación es extenso y en cualquiera de esas fases de la contratación pública puede producirse el concierto punible".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 1527-2016-Del Santa, de 05 de diciembre de 2016, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 9.

- **El contexto de contrataciones requerido por el tipo penal no comprende el procedimiento de ajuste de tarifas de telefonía al no desarrollarse en un marco de negociación**

J 0149 Analizados los autos, se observa que el caso sub examine se trata de un procedimiento de ajuste tarifario trimestral, que implica un procedimiento regulatorio de supervisión, control y verificación de solicitudes trimestrales de ajuste de tarifas que solicita Telefónica del Perú a OSIPTEL, en merito a la novena cláusula del contrato de Concesión entre el Estado y Telefónica del Perú (...), empero, tal procedimiento en modo alguno puede ser considerado como un proceso de contratación y adquisición pública, toda vez que en las contrataciones y adquisición pública, toda vez que en las contratación y adquisiciones públicas concurren dos partes: el Estado, que demanda el bien o servicio, y el proveedor, que proporciona uno u otro. El Estado es el titular del presupuesto con el que se pagará al proveedor, por eso si existiese defraudación será el patrimonio público el afectado. En los procesos de regulación de tarifas, sin embargo, no concurren posibles proveedores interesados en brindar al Estado un bien o servicio, sino que se está ante un procedimiento regulatoria de ajustes de tarifas, por eso tampoco es posible en tales procesos afectar el patrimonio estatal.

Asimismo, debe precisarse que si bien el procedimiento de ajuste tarifario deviene del mencionado Contrato de Concesión celebrado entre Estado representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y Telefónica; empero, dicho procedimiento no se da en el contexto contractual requerido por el tipo penal de colusión, pues este debe desarrollarse en un marco de en un marco de negociación en el que se produzca el acuerdo de voluntades entre el funcionario público y el particular dirigido a afectar el patrimonio del Estado. Situación que no se da en el presente caso, pues el único que puede negociar algún aspecto del contrato de concesión cuando surjan algunas discrepancias en el cumplimiento del mencionado contrato es el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, que en el Contrato de Concesión, actúa en representación del Estado mas no así OSIPTEL, que es un ente regulador sin facultad para negociar, reajustar o modificar los términos pactados en el contrato de concesión, la cual incluso ha sido señalado por el Asesor de Alta Dirección de OSIPTEL, (...) en la cual señalo que OSIPTEL no representa al Estado en la negociación de los contratos, esto es, las empresas de telecomunicación, sean estas telefónicas cable o internet tiene una concesión del Estado; esta concesión la otorga de manera exclusiva y excluyente el Ministerio de Transportes y

Comunicaciones que pasa a ser el ente concedente. OSIPTEL es solo un organismo que aplica las normas regulatorias en el marco de las políticas de telecomunicaciones; no negocia, ni renegocia ninguno de los aspectos que fueron materia del contrato de concesión entre el Estado y telefónica; así también ha señalado la asesora de la Gerencia General de OSIPTEL, (...) quien refirió que OSIPTEL no negocia ninguno de los aspectos que fueron materia del contrato de concesión entre el Estado y telefónica; por lo que, tal procedimiento tampoco puede ser considerado que forme parte del Contrato de Concesión como se ha estimado en la sentencia recurrida.

Sala Penal Permanente. R.N. N° 341-2015-Lima, de 04 de noviembre de 2015, magistrado ponente: Pariona Pastrana, considerando 5.2 y 5.3.

- Ámbitos en los que se produce la concertación

D 1255 "En definitiva, si es que no hay relación contractual vigente entre la entidad y el contratista, no puede cometerse el delito de colusión. Si el contrato público se ha disuelto debido a su resolución por incumplimiento, habrá desaparecido el contexto fáctico-normativo o presupuesto típico exigido por el citado delito, expresado en el artículo 384 del CP con la frase "en cualquier etapa de las modalidades de contratación pública".

Como se ha anotado, la resolución del contrato de obra por parte de la entidad (en el caso concreto, en razón de su incumplimiento) extingue o disuelve la relación contractual que tenía con el particular, y pone fin o deja sin efecto el contrato. Una vez consentida la resolución del contrato por el particular, esto es, una vez que, mediante su no oposición a la resolución, expresa su decisión de no seguir vinculándose a una relación contractual, ya no estamos frente una "contratación pública" en el sentido del tipo penal de colusión.

Conforme a ello, es evidente que no es posible cometer un delito de colusión en el procedimiento de arbitraje incoado para solucionar una disconformidad en torno al monto de la liquidación de un contrato de obra, cuando este ha sido resuelto por la entidad por incumplimiento de la contraparte, conforme a ley

En efecto, en este caso, los supuestos actos colusorios se realizan una vez que el contrato se ha extinguido, pues supone:

i) Que la entidad estatal haya resuelto unilateralmente el contrato de obra por incumplimiento del contratista, según el procedimiento legal,

ii) Que el contratista haya consentido la resolución del contrato,

iii) Que se proceda a realizar la liquidación contractual respectiva,

iv) Que exista discrepancia respecto a la liquidación, la cual se somete a la vía arbitral,

v) Que, en el marco del procedimiento arbitral, las partes del contrato (entidad y particular) concierten para favorecer indebidamente al contratista, con la consecuente defraudación patrimonial del Estado.

La razón de esta imposibilidad, como se anotó, radica esencialmente en la incompatibilidad de dos nociones:

a) Con la resolución del contrato por la entidad y el consentimiento en la resolución por el contratista, se produce la extinción del vínculo entre los sujetos de la relación contractual de pleno derecho. Por ende, la liquidación que se practique con posterioridad ya no

formará parte de una relación contractual existente o en vigor, sino que constituirá un acto administrativo independiente y ajeno a él.

b) El delito de colusión exige ser realizado en cualquier etapa de un contrato público existente, es decir, el vínculo entre los sujetos de la relación contractual debe encontrarse en vigor.

Consecuentemente, una vez resuelto el contrato, no podrá cometerse el delito de colusión ilegal en el proceso arbitral promovido para establecer el monto de liquidación. En este ámbito, los actos colusorios no se realizarían, tal como lo exige el artículo 384 del CP, en una etapa del contrato público existente, sino en un procedimiento jurisdiccional".

REVILLA LLAZA, Percy Enrique. "El delito de colusión en la fase de liquidación del contrato público: el caso de la resolución contractual por incumplimiento". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 90. Lima: Gaceta Jurídica, enero de 2017, pp. 174 y 175.

D 1256 "Lo dicho en el parágrafo anterior no significa que sea inadmisible perpetrar el delito de colusión en la fase de liquidación contractual. En efecto, existe al menos, un supuesto en el que es perfectamente posible cometer un delito de colusión: cuando las partes se confabulan para que se elabore una liquidación ilegal atentatoria contra los intereses del Estado y la aceptan.

Otro supuesto podría darse cuando las partes disienten de la liquidación efectuada y llevan dicha discrepancia a un proceso de conciliación o arbitraje, donde se confabulan para admitir un monto que perjudique patrimonialmente al Estado. Este último supuesto supone lo siguiente:

i) Que el contratista culmine y entregue la obra y la entidad la reciba,

ii) Que se proceda a realizar la liquidación contractual respectiva,

iii) Que exista discrepancia respecto a la liquidación, la cual se somete a la vía de la conciliación o arbitraje,

iv) Que, en el marco del procedimiento conciliatorio o arbitral, las partes concierten para favorecer indebidamente al contratista y defraudar patrimonialmente al Estado.

Como se advierte, en los dos casos citados podría afirmarse que la fase de liquidación –de conformidad con lo establecido por la normativa, opiniones del OSCE y las referencias doctrinales citadas en el punto II.2– forma parte de la etapa de ejecución del contrato de obra, en tanto este se halla vigente, es decir, existe hasta ese momento un vínculo contractual efectivo entre la contratista y la entidad estatal.

En consecuencia, si las partes deciden acudir a un procedimiento de conciliación o a un tribunal arbitral a fin de resolver las controversias existentes sobre la liquidación final, esta fase de determinación aún formaría parte de la etapa de ejecución del contrato de obra, el cual subsiste en el tiempo, al no haber sido resuelto por incumplimiento, ni por ninguna otra causal. En este escenario, por ende, sería posible la comisión del delito de colusión, ya que la fase de liquidación –ventilada en un procedimiento conciliatorio o arbitral– constituiría, tal como lo exige el artículo 384 del CP, una "etapa de la contratación pública".

Es decir, los perjuicios económicos que el Estado sufre como consecuencia de acuerdos entre las partes o con los árbitros en el marco de un proceso conciliatorio o arbitral promovido para establecer la liquidación contractual, podrían ser reconducidos al delito de colusión, en la

medida en que dichos procedimientos formarían parte de la fase de liquidación, la cual constituye una etapa del proceso de contratación".

REVILLA LLAZA, Percy Enrique. "El delito de colusión en la fase de liquidación del contrato público: el caso de la resolución contractual por incumplimiento". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal.* Tomo 90. Lima: Gaceta Jurídica, enero de 2017, pp. 175 y 176.

J 0150 "La ley restringe a cuatro operaciones administrativas susceptibles de ofrecer el marco adecuado para la concertación entre los funcionarios y servidores con los interesados con el propósito de defraudar al Estado. Convenios: Referido a los acuerdos específicos a los que se llegue, puede ser uno o varios, estos son positivizados en los convenidos que contiene el contrato. Ajustes: Son las adecuaciones o reacomodos realizados a los convenios o contrataciones. Liquidaciones: Es la culminación de los contratos celebros entre el Estado y los interesados y Suministros, como aquellos contratos en los que acuerdan, que el particular se encargará mediante su cuenta, riesgo y mediante remuneración pagada por la administración de proporcionar prestaciones mobiliarias.

Segunda Sala Penal Transitoria, R.N. N° 1842-2016-Lima, de 06 de julio de 2017, voto de Calderón Castillo, Pacheco Huancas y Cevallos Vegas, considerando 30.

J 0151 "Que, el delito de colusión desleal previsto en el artículo 384 del Código Penal, se configura cuando concurren los siguientes elementos normativos del tipo: i) el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito; ii) perjudicar a un tercero, en este caso al Estado; y, iii) mediante diversas formas contractuales para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial; que, en efecto, el delito antes citado importa que el funcionario público que interviene en un proceso de contratación pública por razón de su cargo concierta con los interesados defraudando al Estado; que, al respecto, debe tenerse en cuenta que el acuerdo colusorio entre las partes – el Estado y los particulares– este referido que las condiciones de contratación se establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado.

En el presente caso no se acredito la materialidad del delito imputado ni la culpabilidad de los encausados, pues no se demostró que hayan concertado voluntades con la representante de la empresa (...) para simular la compra de raciones de alimentos para la atención a brigadistas (...), (...) dado al estado de emergencia que atravesaban dichas comunas, con sus propios vehículos procedieron a transportar el indicado material logístico de ayuda, por consiguiente, las indicadas empresas no brindaron el servicio para el servicio para el que fueron contratadas pese a cancelarles por l mismo de forma adelanta; (...) en atención a ello, ambas empresas de transporte han procedido (...) a devolver la totalidad de dinero que se les pago por adelantado, este incumplimiento de las empresas no configura delito de colusión desleal".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 237-2010-Lima, de 05 de abril de 2011, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerandos 3 y 4)

J 0152 "El delito de colusión presenta diversos elementos que lo hacen una figura delictiva compleja. Como se aprecia, el verbo rector es concertar con los interesados, esto es, que el agente en abuso de su cargo se ponga de acuerdo, pacte, convenga con los interesados para defraudar al Estado.

La concertación implica un amplio margen de pactos ilícitos, componendas o arreglos en perjuicio evidente de los intereses estatales en juego. Se puede concertar mediante diversas modalidades confabulatorias, para presentar, por ejemplo, precios simulados –sobrevaluados o subvaluados–, admitir calidades inferiores a las requeridas, o derivar directamente de las operaciones ventajas o intereses particulares para otros fines.

En consecuencia, no se trata de castigar cualquier concertación, sino únicamente las que buscan perjudicar o las que perjudican o traen consecuencias económicas nocivas para el Estado, ya sea, por lo general, porque se paga más por un producto de una determinada calidad habiendo concierto entre las partes".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 1126-2017-Ancash, del 05 de septiembre de 2017, magistrado ponente: Salas Arenas, considerando 3.3 y 3.4.

J 0153 "Ahora bien, el delito de colusión presenta diversos elementos que lo hacen una figura delictiva compleja. Como se aprecia, el verbo rector es concertar con los interesados, esto es, que el agente en abuso de su cargo se ponga de acuerdo, pacte o convenga con los interesados para defraudar al Estado. La concertación implica un amplio margen de pactos ilícitos, componendas o arreglos en perjuicio evidente de los intereses estatales en juego. Se puede concertar mediante diversas modalidades confabuladoras para presentar, por ejemplo, precios simulados (sobrevaluados o subvaluados), admitir calidades inferiores a las requeridas o derivar directamente de las operaciones ventajas o intereses particulares o para otros fines. En consecuencia, no se trata de castigar cualquier concertación, sino únicamente las que buscan perjudicar o traen consecuencias económicas nocivas para el Estado, ya sea, por lo general, porque se paga más por un producto de una determinada calidad, habiendo concierto entre las partes".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 620-2017-Lima, del 15 de agosto de 2018, magistrado ponente: Príncipe Trujillo, considerando 6.

J 0154 "Que el argumento de la decisión cuestionada, más allá de que concluyó por la responsabilidad de los citados acusados, alegando irregularidades, como haber efectuado cotizaciones a un solo proveedor, entregado materiales para la fabricación de los tachos de basura y haber autorizado el desembolso de anticipos, sin que estos actos hayan sido adecuadamente sustentados; no explica de forma concreta y adecuada cuáles serían los actos colusorios que estos realizaron con el *extraneus* para acreditar su responsabilidad en el delito imputado; pues para la configuración del delito de colusión, el tipo penal exige: "*Que el funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado [...]*". Es decir, requiere que el funcionario público concierte con los particulares; en el caso de autos, con el sentenciado Mauro Antonio Porras Jara (único *extraneus* comprendido en el proceso), para defraudar al Estado. Pero no se hace referencia a concertación alguna con dicho imputado; por ende, no se efectuó una adecuada fundamentación de la decisión judicial, tal y como lo exige el inciso cinco, del artículo ciento treinta y nueve, de la Constitución del Estado. Esta misma falencia se advierte en el título

de imputación efectuada en la acusación fiscal de fojas cinco mil setecientos treinta y uno, tomo IX; donde, incluso, entre otros aspectos, se atribuye haber dado a los anticipos uso de distinta naturaleza a la solicitada, imputación que no corresponde a un delito como el que es materia de análisis".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 2673-2014-Lima, del once de mayo de 2016, magistrado ponente: Prado Saldarriaga, considerando 8)

- La concertación debe evaluarse a la luz de la prueba por indicios

J 0155 "Así su estructura es compleja, por cuanto el objeto de la tutela penal en el delito de colusión es variado, así tenemos que con él no solamente se trata de preservar el patrimonio del Estado puesto en movimiento en las diferentes operaciones comerciales a las que alude el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, sino también garantizar la intangibilidad de los roles especiales que adquiere el funcionario o servidor público en calidad de representante del Estado en las tratativas con el tercero interesado de contratar con la Administración Pública y, además, asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional de este, evitando así los actos defraudatorios.

En ese sentido, se tiene que los elementos del tipo son: a) la concertación, entendida como el acuerdo subrepticio producido entre los funcionarios con los terceros interesados en los contratos, suministros, licitaciones o similares y b) la defraudación, que es el "objeto de la concertación ya sea como finalidad a alcanzar (colusión simple) o como resultado necesario (colusión agravada)". Esta defraudación puede concretizarse a través de diferentes medios e instrumentos.

Ahora bien, el acuerdo clandestino resulta imposible de acreditar con la prueba directa (pues la reunión o llamada telefónica interceptada de la que se desprende el acuerdo defraudatorio es una prueba infrecuente dado el contexto de los hechos). Por ello, la prueba indiciaria es la base común donde el acuerdo colusorio se concluye mediante la inferencia lógica, para ello se tienen los presupuestos materiales desarrollados en la Ejecutoria Suprema número mil novecientos doce-dos mil cinco, del seis de septiembre de dos mil cinco y el Acuerdo Plenario número uno-dos mil seis/ESVveintidós de obligatorio cumplimiento. Dado que los indicios que sostienen una imputación por el delito de colusión parten de establecer irregularidades, inconsistencias o transgresiones de las reglas que rigen el procedimiento de contratación pública, ya que no toda infracción administrativa constituye delito".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 1322-2017-Ucayali, del 21 de junio de 2018, magistrado ponente: Neyra Flores, considerando 10.

J 0156 "El acto colusorio entre la procesada y el funcionario público debe evaluarse a la luz de la prueba por indicios, debido a que no existe prueba indirecta que la incrimine. En ese sentido, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en el Recurso de Nulidad número 1912-2005, Piura, emitió la Ejecutoria Vinculante respecto a la prueba indiciaria señalando que los elementos de esta son los referidos al indicio y la inferencia lógica, debiendo cumplirse las siguientes reglas: i) Ha de estar plenamente probado por los diversos medios de prueba que autoriza la Ley, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno. ii) Deben ser plurales, o, excepcionalmente, únicos, pero de

una singular fuerza acreditativa. iii) Deben ser concomitantes al hecho que se trata de probar. iv) Deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia".

Segunda Sala Penal Transitoria. R.N. N° 2879-2016-Apurimac, del 11 de abril de 2018, magistrado ponente: Cevallos Vegas, considerando 9.

J 0157 "Es claro que los funcionarios públicos imputados niegan el concierto y lo quieren referir al hecho de la acreditación de contactos personales entre sí y con los proveedores para justificar la lógica fraudulenta. En clave probatoria, empero, lo que se debe verificar es la existencia de una contratación pública que se produce a través de una concertación entre funcionarios públicos competentes e interesados (proveedores). La concertación, ante la ausencia de prueba directa –testigos presenciales o documentos que consignen la existencia de reuniones, contactos, y acuerdos indebidos–, se puede establecer mediante prueba indirecta o indiciaria. Por ejemplo, (i) si el procedimiento de contratación pública fue irregular en sus aspectos fundamentales o más relevantes –verbigracia: celeridad inusitada, inexistencia de bases, interferencia de terceros, falta de cuadros comparativo de precios de mercado, elaboración del mismo patentemente deficiente, ausencia de reuniones formales del comité, o 'subsanaciones' o 'regularizaciones' ulteriores en la elaboración de la documentación, etcétera–; (ii) si la convocatoria a los participantes fue discriminatoria y con falta de rigor y objetividad –marcado favoritismo, lesivo al Estado, hacia determinados proveedores–; y, (iii) si los precios ofertados –y aceptados– fueron sobrevalorados o los bienes o servicios ofrecidos y/o aceptados no se corresponden con las exigencia del servicio público o fundamento de la adquisición, es razonable inferir que la buena pro solo se explica por una actuación delictiva de favorecimiento a terceros con perjuicio del Estado".

Primera Sala Penal Transitoria. R.N. N° 1722-2016-Del Santa, de 23 de enero de 2017, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 8.

- Intervención por razón del cargo

D 1257 "Ahora bien, ¿cuándo los órganos de dirección, como un alcalde, un gerente, un presidente regional o un ministro, tienen competencia directa para ser autores del delito de colusión? Creemos que esto se dará cuando se conciertan en una etapa de la contratación donde tienen injerencia, es decir, el alcalde que firma el contrato con la empresa ganadora de la buena pro, no tendrá competencia directa si la concertación se realizó en la etapa de selección, pues en esa etapa solo les competía intervenir a los miembros del comité seleccionador; por otro lado, el gerente no tendrá competencia directa si la concertación se realizó en la etapa de liquidación o ejecución, donde son otros funcionarios de la entidad los encargados de esa función, como los ingenieros supervisores, ingenieros inspectores, jefe de obras; asimismo, el ministro no será competente directamente de un pago indebido, si ello es competencia del área de finanzas del ministerio".

GARCÍA LEÓN, Godofredo André. "Cuatro problemas jurisprudenciales en el delito de colusión". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 114. Lima: Gaceta Jurídica, diciembre de 2018, p. 35.

D 1258 "El Código penal peruano establece que el funcionario que participe en el acto de contratación pública lo hagan interviniendo por razón de su cargo. Por ende, el funcionario debe desplegar, por su competencia normativa, una actividad que integra los niveles decisorios, de carácter instrumental o hasta subalterno del acto contractual. En tal sentido, lo relevante en este punto es que el sujeto activo tenga una relación funcional específica en relación al contrato público en cualquiera de sus fases".

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl. *Delito de colusión. Doctrina y jurisprudencia*. Lima: Editores del Centro, Lima, 2019, p. 144.

D 1259 "Así, lo relevante es la influencia, en razón de su competencia, en la decisión de la elección de la persona (natural o jurídica) con la cual el Estado contraerá un vínculo contractual, competencia que se materializa en la fase administrativa pertinente. Por ello, no cualquier funcionario tiene la posibilidad de influir en la decisión de la contratación pública, solo aquel que por su competencia lo posea podrá afectar el bien jurídico penalmente protegido.

Es por ello, que la competencia del funcionario debe ser analizada de acuerdo a la fase contractual en la que interviene. Por citar otro ejemplo, si se está en la fase inicial del proceso, en la evaluación de las necesidades y las especificaciones, sin lugar a dudas que solo será competentes aquellos funcionarios encargados de aprobar las bases administrativas de los términos de referencia u otras labores similares; empero no quien tenga la función de ser secretario de comités especiales, pues sus actividades no tienen ninguna relevante en esta fase".

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl. *Delito de colusión. Doctrina y jurisprudencia*. Lima: Editores del Centro, Lima, 2019, pp. 144 y 145.

D 1260 "Ahora bien, la intervención por razón del cargo, para incursionar al ámbito penal requiere que el funcionario haga un uso abusivo del cargo para defraudar al Estado.

La concertación es el centro de todo el delito, y ella se realiza con el abuso de las facultades del uncionario, dentro del margen de decisión o autonomía de gestión que la Administración Pública le concede. Sintetizando, se puede señalar que la actuación del funcionario se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas. Si se puede mencionar como actos de abuso –disposición fraudulenta– lo siguiente: la firma de un contrato público con una contraprestación superior al precio real de mercado".

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl. *Delito de colusión. Doctrina y jurisprudencia*. Lima: Editores del Centro, Lima, 2019, p. 147.

D 1261 "Otro elemento importante del delito en hermenéutica jurídica (agravado como simple) lo constituye la siguiente circunstancia: el agente que realiza los actos de concertación y defraudatorios en perjuicio patrimonial del Estado tiene que actuar en razón de su cargo, es decir, el agente debe actuar directa o indirectamente (por intermedio de otra u otras personas) en el desarrollo de las atribuciones propias de su cargo establecidas ya sea en la ley, reglamentos o directivas de la empresa organismo estatal. El agente se aprovecha en su beneficio personal de las atribuciones que el Estado u organismo estatal le ha confiado para que lo represente en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras

o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado. Ello significa que si en un hecho concreto, el funcionario o servidor público no estaba facultado o, mejor, no estaba dentro de sus funciones participar en representación del Estado, en concesiones, por ejemplo, el delito en análisis no se configura".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 352.

D 1262 "La norma penal que regula el delito de colusión previsto en el art. 384 del CP prescribe que el funcionario o servidor público (autor del delito) debe intervenir por razón de su cargo en los procesos de contratación pública y, específicamente, en la concertación con los interesados. En ese sentido, el elemento "por razón de su cargo" se refiere al cúmulo de potestades y deberes jurídicos que contienen las atribuciones y funciones que forman el ámbito de competencia de determinados funcionarios de la Administración Pública, a quienes la ley y el Estado le han confiado con exclusividad el *deber de llevar adelante la función pública específica de contratar en nombre del Estado con los interesados* (particulares proveedores u otros funcionarios públicos *extranei*), de conformidad con los principios y objetivos institucionales.

Nuestro legislador ha delimitado el ámbito de competencia de los funcionarios que pueden incurrir en el delito de colusión, de tal manera que no cualquier funcionario puede cometer dicho delito, sino únicamente aquellos que ostentan las *funciones públicas específicas* de llevar adelante la marcha de los procesos de contratación pública. Para tal efecto, el Estado, a través sus diversos órganos e instituciones, ha previsto el marco normativo que prescribe la organización, funciones *y* responsabilidades de los funcionarios *y* servidores públicos que intervienen concretamente en los procesos de contratación pública de bienes, obras *y* servicios, constituyendo estas atribuciones su ámbito de competencia.

En ese sentido, el funcionario o servidor público está obligado a ejercer correctamente las funciones que conforman su ámbito de competencia, de tal manera que cuando defraude dichas expectativas institucionales puestas en él, por medio de la concertación ilegal con los interesados, incurre en responsabilidad penal. Por ello, se debe entender que el delito de colusión no puede ser cometido por cualquier funcionario o servidor público que forma parte de la Administración Pública, sino solo por aquellos que intervienen el proceso de contratación público por razón de su cargo, es decir aquellos funcionarios que ostentan un vínculo o relación funcional directa con el objeto de protección de la norma penal: el correcto ejercicio de los deberes de negociación, probidad e imparcialidad en la aplicación del patrimonio estatal durante los procesos de contratación pública.

Por tanto, solo serán responsables penalmente aquellos funcionarios que actúen por razón de su cargo, comisión especial o vinculo funcional directo en la toma de decisiones durante un proceso de contratación pública; funciones que, asimismo, se encuentran previstas en la ley, el reglamento, o son conferidas mediante resolución administrativa emitida por la entidad".

PARIONA ARANA, Raúl. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, pp. 55-57.

J 0158 "(...) El agente oficial debe intervenir en el proceso de contratación pública, que lo coloca en una situación de garantía respecto a la legalidad y corrección del mismo –esta es la específica relación funcionarial–. (...)".

Sala Penal Permanente. Casación N° 392-2019-Áncash, del 30 de noviembre de 2020, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 2.

- **Tanto en sus modalidades simple y agravada, resulta ser un delito de acción, es decir, no admite la forma omisiva**

D 1263 "El delito de colusión, tanto en sus modalidades simple y agravada, resulta ser un delito de acción, es decir, no admite la forma omisiva, por cuanto, la figura de omisión propia deviene en inexistente, no solo por la redacción activa del verbo "concertar", sino que, además, se requiere que dicha forma omisiva aparezca detallada en el tipo penal, situación que no opera en el delito de colusión, tanto en su forma simple y agravada".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 439.

D 1264 "La doctrina penal peruana se ha pronunciado de manera absolutamente mayoritaria en contra de que el delito de colusión se pueda cometer a título de autoría mediante omisión impropia o que pueda haber concertación mediante un no hacer sea que se trate de un funcionario que intervenga en cualquier etapa del proceso de contratación o sea que pertenezca como miembro a un órgano colegiado que interviene en dicho proceso.

El sentido social y normativo de verbo concertar denota una conducta eminentemente activa por la que un funcionario público y un particular se ponen de acuerdo para defraudar al Estado en un contrato estatal. Dicho acuerdo supone una manifestación de voluntad sobre los aspectos esenciales de un contrato estatal, sea en la etapa de selección, suscripción o ejecución. (...).

Sin embargo, una cosa es que no haya concertación mediante omisión y otra muy distinta que la concertación (necesariamente activa) no pueda suponer que en ejecución de dicho acuerdo haya puntuales actos omisivos, en las que, por ejemplo, el funcionario público se compromete a obviar algunos requisitos necesarios para probar y/o suscribir el concreto contrato estatal, a omitir el procedimiento administrativo o de una de sus etapas o no verificar que se haga una adecuada liquidación de obra.

En efecto, el verbo típico concertar se refiere de manera puntual y básica a una conducta activa lo que no implica que dentro del plan de la concertación a un funcionario el corresponda desarrollar comportamientos omisivos o "simplemente hacerse de la vista gorda" frente a determinadas irregularidades. Sin embargo, lo relevante aquí es probar la concertación, que se diseñó un plan, que se distribuyeron roles y que a un funcionario le correspondió dentro de dicho plan común desplegar conductas omisivas".

(CASTILLO ALVA, José. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, pp. 309 y 310.

J 0159 "Que, la norma penal señala claramente que la defraudación contra las del Estado, ha de producirse en el decurso de los procedimiento de Contratación Administrativa, para lo cual debe existir un acuerdo colusorio entre los funcionarios y los privados, esto es, que la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada, la misma que debe realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión, al requerir que dichos actos de ciertos maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, sobrevaluar los precios

ofertados así como las sumas acordadas, entre otros. Así, la singularidad de este ilícito es que solo el funcionario es quien pude vulnerar los deberes inherentes al cargo, al constituir un garante de los intereses estatales que se ven involucrados en los contratos administrativos; sin embargo, también lo es que, los interesados, esto es, los proveedores, concursantes o licitantes, si bien no pueden ser pasibles de ser sancionados como autores por este ilícito, en tanto su conducta lesionan los deberes funcionales; sin embargo, su intervención puede ser objeto de una sanción penal en calidad de cómplice primario, en tanto su participación resulta imposible de defraudar al Estado".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 1969-2012-La Libertad, de 16 de enero de 2014, magistrado ponente: Pariona Pastrana, considerando 5.

2.4.2. Colusión simple

D 1265 "Rápidamente se preguntarán: ¿y cómo debe interpretarse la configuración del delito de colusión "simple"? La colusión simple no debe entenderse como un adelantamiento de las barreras de punición para criminalizar conductas preparatorias. La razón recae en que la materialización de los actos en la colusión simple, no refleja actos preparatorios de tal delito, sino ya el inicio de ejecución de la concertación destinada a lesionar el patrimonio del Estado. En seguida, surge el cuestionamiento: ¿cómo se distingue de una tentativa de colusión "agravada"? La diferencia radica en que luego de la materialización del acto administrativo, se desarrollan sucesos inequívocos –en una relación de dependencia– para lesionar el patrimonio al Estado. A diferencia de la colusión "simple" en la que luego de materializar la concertación le sobrevienen sucesos equívocos que en un plano normativo son autónomos para lesionar el patrimonio del Estado. Un ejemplo de tentativa de colusión agravada sería el siguiente: el supervisor y jefe de obras aprueban el porcentaje de metrado no ejecutado por el contratista o por encima de su ejecución real. En dicho caso, se dio inicio a la ejecución del delito de colusión agravada con su aprobación, de conformidad o visto bueno (dependiendo del formato). En estos casos, la materialización de la concertación denota una entidad suficiente de relación de dependencia en el que solo se espera el conducto regular que se desprende del acto materializado".

GONZALES ORBEGOSO, Alexander. "El delito de colusión ilegal: comentarios a la Casación N° 661-2016-Piura". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 101. Lima: Gaceta Jurídica, noviembre de 2017, p. 41.

D 1266 "La conducta típica del delito de colusión desleal requiere que el funcionario público competente se concierte como el particular en la preparación, celebración o ejecución de un contrato, concesión u otra operación estatal con la finalidad de defraudar los intereses patrimoniales del Estado. No hay duda que el concierto supone un acuerdo pacto, pero lo decisivo es que esta concertación excluya toda negociación entre las partes de la operación (el Estado y el particular), de manera tal que se establecen deliberadamente condiciones que benefician al particular en detrimento de los intereses patrimoniales del Estado. En ese orden de ideas, la mala negociación realizada por un funcionario público no podrá calificarse de colusión desleal, sino, en todo caso, de una infracción administrativa sancionable con las medidas disciplinarias previstas por la ley. Si se prueba solamente que la contraprestación del Estado no resultó proporcional con recibido, lo único que quedará demostrado es que el funcionario público negocio mal, pero no necesariamente que se coludió con el particular".

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte Especial*. Vol. II. 2ª edición. Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 1103-1104.

D 1267 "[E]ste tipo de colusión se agota con la concertación ilegal. Esto significa que el delito no supone defraudación patrimonial, no requiere afectación económica los intereses del Estado, se trata de una defraudación formal, pues en los actos dolosos de taxativas ilegales para defraudar al Estado o entidad del estado reside ya el núcleo de la tipicidad del delito, en una suerte de adelantamiento de las barreras de protección del bien jurídico".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 199.

D 1268 "[L]a colusión simple se instituye en un delito de peligro concreto, por cuanto se consuma o verifica cuando el agente concierta, participa en acuerdos ilegales con terceros interesados con el propósito o finalidad de defraudar el patrimonio del estado. Para los fines de la consumación no es necesario que la defraudación efectiva al patrimonio estatal se verifique, solamente bastará que se verifique el acuerdo colusorio o ilegal. Esta verificación sí será relevante para la consumación de la colusión agravada".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 205.

D 1269 "El delito bajo comentario se configura en su modalidad simple, cuando el funcionario o servidor público que interviene por razón de su cargo –de manera directa o indirecta–, realiza un acuerdo con otra parte interesada, para defraudar al Estado en cualquier tipo de operación a su cargo (concesión, contratación pública, etcétera)".

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José y UGAZ HEUDEBERT, Francisco. *Delitos económicos, contra la Administración Pública y criminalidad organizada*. Colección de lo Esencial del Derecho N° 18. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2017, p. 121.

D 1270 "El delito de colusión previsto en el art. 384 del CP, presenta dos variantes típicas, el primer supuesto, referido a la forma simple, en este caso nos encontramos ante un delito de mera actividad por cuanto el verbo "concertar" resulta ser comisión instantánea, asimismo la técnica legislativa recurre a un adelantamiento de la barrera de punibilidad utilizando la preposición "para", esto es, para defraudar al Estado o entidad estatal, ante ello se utiliza un criterio ex ante con fines de proteger el bien jurídico, por lo tanto, no encontramos ante un delito de peligro abstracto".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 438.

D 1271 "En el delito de colusión de peligro (colusión ilegal simple), primera parte del artículo 384, lo que interesa destacar es que el funcionario negociados se concierta ilegal o dolosamente con la empresa, hace tratativas que se orientan a defraudar a la Administración Pública. En este caso, el tipo penal no requiere defraudación (afectación) patrimonial. La colusión simple tiene como verbo rector el termino concretar".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 196.

D 1272 "El núcleo rector que define la tipicidad del delito de colusión de peligro está dado por la frase "concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado [en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado]". Se aprecia aquí cual es el nivel del injusto sumamente lesivo a los intereses de la Administración Pública: la concertación dolosa e ilegal del sujeto público con los interesados".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 197.

D 1273 "La concertación dolosa resulta así el paso decisivo que deberá conducir a la lesión de los intereses estatales, de modo tal que si se produce lesión patrimonial al margen de dicha concertación ilegal el tipo penal no será colusión ilegal sino otro delito (peculado, por ejemplo, o estafa)".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 197.

D 1274 "La concertación supone acuerdo prejudiciales y no autorizados entre el negociador estatal y los interesados que contratan o negocian con él, tales como aceptar sobrevaloración de los suministros, aceptación de calidad inferior en las prestaciones de servicios u obras, derivar beneficios o ventajas personales de las negociaciones, pagos de obras no concluidas, etc. La concertación supone así acuerdos ilícitos entre las partes".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 197.

D 1275 "Como hemos señalado, este tipo de colusión se agota en la concertación ilegal. Esto significa que el delito no supone defraudación patrimonial, no requiere afectación económica a los intereses de Estado, se trata de una defraudación formal, pues en los actos dolosos de taxativas ilegales para defraudar al Estado o entidad del Estado reside ya el núcleo de la tipicidad del delito, en una suerte de adelantamiento de las barreras de protección al bien jurídico".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 199.

D 1276 "Asimismo, antes existían problema para incorporar en el proceso a funcionarios superiores que directamente no intervenían en los negocios ilícitos (los presientes regionales o alcaldes, por ejemplo). Ahora la norma señala que el agente puede intervenir "directa o indirectamente, por razón de su cargo". Intervenir "indirectamente" significa predeterminar los contratos, estar detrás, para que los miembros de los comités de adjudicación orienten las buenas pros o las contrataciones para favorecer a determinadas empresas. Allí hay una gran variación de mayor tipicidad que ha incorporado la Ley N° 29758".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 200.

D 1277 "En el acto de deslealtad que se traduce en la concertación (en los pactos secretos, en los pactos clandestinos entre el funcionario y el representante de la empresa) se parte de la idea que se está frente a un delito de peligro y que hay que anticipar la tutela penal, hay que extremar el celo tuitivo del derecho penal frente a este delito que es de suma gravedad para la Administración Pública. Es una interpretación construida sobre u tipo penal que efectivamente no privilegia la afectación patrimonial de los intereses del Estado sino él solo comportamiento de peligro hacia ella".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 200.

D 1278 "Los espacios de negociación en los que interviene el funcionario público que puede incurrir en el delito de colusión desleal se encuentran señalados en el artículo 384 ("en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones"). Ese es el marco o limite. Además, en el ámbito específico definido con la frase "cualquier operación a cargo del Estad"; el legislador ha hecho uso de una cláusula abierta para significar actos unilaterales de naturaleza económica-administrativa, en la que, como es obvio, no existen partes, sino que es el Estado el que toma decisión por acto propio (por ejemplo, la intervención y disolución de empresas públicas, confiscaciones, etc.)".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 200.

D 1279 "En el delito de colusión es importante que la concertación dolosa e ilegal se realice entre el funcionario y el contratista. El contratista juega aquí un papel de importancia, ya que sin su presencia y aporte como cómplice doloso en el delito no es posible la configuración del delito de colusión desleal".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 203.

D 1280 "El tercero interviniente, el interesado, puede ser un contratista particular o una persona jurídica (incluso un ente público, por ejemplo, una empresa estatal o municipal) que acude a negocia con el Estado, pero él o su representante (en el caso de las personas jurídicas) no es el sujeto activo ni propiamente consuma el delito, sino que representa en la estructura y dinámica d esta figura penal el sujeto bisagra necesario para que el sujeto público ejecute o consuma el delito. Juega así el papel de un cómplice en el caso que dolosamente contribuya con aportes a la realización del ilícito penal. Abona esta tesis el hecho de que la norma penal ha circunscrito la relevancia de su participación al acto de concertación tanto en la preparación de la defraudación como en los actos ulteriores, esto es, cuando ya se ha zanjado la negociación, pero cuando todavía no se haya producido lesión patrimonial".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 204.

D 1281 "Como estamos ante un delito de peligro concreto, la colusión se consuma o verifica cuando el agente concierta, participa en acuerdos ilegales o acuerdos colusorios con terceros interesados con el propósito o finalidad de defraudar el patrimonio del Estado. Para los fines de la consumación no es necesario que la defraudación efectiva al patrimonio estatal se verifique, solamente bastará que se verifique el acuerdo colusorio o ilegal. Esta verificación si será relevante para la consumación de la colusión agravada".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 205.

D 1282 "La colusión simple es un delito de mera actividad, por lo tanto, no es posible aquí la tentativa, pues antes de la concertación ilegal no habrá hecho punible. Las actividades antes del acuerdo colusorio serán actos preparatorios no punibles".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 206.

D 1283 "Se verifica este comportamiento delictivo cuando el agente siempre en su condición y razón del cargo de funcionario o servidor público, al intervenir directa o indirectamente, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, concierta con los interesados para defraudar al Estado".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 347 y 348.

D 1284 "El tipo penal mismo dice que ese "fraude" debe consistir en la concertación ilegal misma, es decir, en la concertación con la posibilidad de perjudicar económicamente a la Administración Pública, siendo un delito de peligro (en relación con el perjuicio patrimonial efectivo) y de mera actividad donde no es posible la tentativa, pues antes de la "concertación" no habría aparentemente nada; que el delito se consuma con la simple "Colusión" o sea con el acto de concertación, sin necesidad de que la Administración Pública sufra un efectivo perjuicio patrimonial, ni que se verifique materialmente la obtención de ventaja del funcionario".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 348.

D 1285 "Defraudar, estafar o timar al Estado significa el quebrantamiento del rol especial asumido por el agente y la violación del principio de confianza depositado, con el consiguiente engaño al interés público, al comportarse el sujeto activo en su beneficio, asumiendo roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 349.

D 1286 "El agente con su accionar colusorio busca ocasionar un perjuicio ya sea real o potencial al patrimonio del Estado u organismo estatal que ha negociado con los terceros

interesados. La conducta del agente de infringir sus deberes funcionales está dirigida a defraudar patrimonialmente al Estado. Para configurarse el delito de colusión simple, no es necesario que realmente con la conducta fraudulenta se ocasione perjuicio real al patrimonio del Estado. Basta verificar que la conducta colusoria tenía como finalidad defraudar el patrimonio del Estado".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 349 y 350.

D 1287 "Según la RAE, "defraudar" proviene del latín defraudare, significando "privar a alguien, con abuso de su confianza o con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca de derecho". En ese sentido, el legislador utiliza el mismo verbo rector, con sus respectivas peculiaridades para diferencias, el delito de colusión simple y colusión agravada".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 419.

D 1288 "Por lo tanto, el término "defraudar" aparece vinculado al delito de colusión simple, en la medida que el sujeto cualificado, asumiendo una postura infiel a sus deberes funcionariales, lesionando el principio de objetividad y lo deberes de probidad y lealtad que tiene frente a la Administración Pública, pretende lesionar el bien jurídico tutelado por ley penal, empero, en este extremo no se advierte perjuicio material en agravio del Estado, subsecuentemente, el verbo rector, tiene una connotación actividad y de manifestación instantánea, advirtiendo que se trataría de un delito de mera actividad. Por otro lado, la técnica legislativa acude a la preposición "para"; es decir, se advierte una posibilidad de agravio o perjuicio al Estado, por lo tanto, el legislador por criterios de política criminal adelanto la barrera de punibilidad, puniendo la posibilidad inminente de lesión al patrimonio estatal, técnica legislativa afín a los delitos de peligro abstracto, siendo así, el delito de colusión simple, respecto al verbo "defraudar" no requiere perjuicio concreto estatal, sino únicamente la lesión de los deberes funcionariales específicos recaídos en el sujeto cualificado y la posibilidad de generar un perjuicio estatal, por lo tanto, se trataría de un delito de mera actividad y de peligro abstracto".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 419.

D 1289 "El delito de colusión desleal simple se consuma con el acuerdo colusorio entre el funcionario público y el particular. No es necesario que se haya ejecutado lo acordado, ni que se haya generado un peligro concreto de lesión o una lesión efectiva al patrimonio del Estado. Si bien podría presentarse una situación de ejecución parcial del acto de concertarse (p.e. el funcionario público que le hace la propuesta al particular para defraudar al Estado que este último no acepta), lo cierto es que el adelantamiento de la tutela penal que supone tal incriminación, hace que lo razonable sea dejar esta actuación en el ámbito del Derecho administrativo disciplinario. Por lo tanto, no habrá espacio para el castigo en grado de tentativa y tampoco para plantearse una situación de desistimiento".

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte Especial*. Vol. II. 2ª edición. Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 1110.

J 0160 "Cabe señalar, que el delito en análisis es un delito especial propio donde tener la calidad de funcionario o servidor público no es suficiente para ser autor del delito de colusión, pues el propio tipo penal señala taxativamente que dicho funcionario o servidor público debe haber intervenido en la operación defraudadora en razón de su cargo o de una comisión especial; habiendo precisado esta aclaración, para que exista dicho delito la participación del cómplice interesado es fundamental, ya que con ello se comprobaría con quien realizó el pacto colusorio; por lo que, no existe vinculación de Damian Alfredo Anampi Gutierrez, Rosario Vilma Mendoza Graza, Verónica Elizabeth Nieto Villacorta con el cómplice".

Segunda Sala Penal Transitoria. R.N. N° 360-2017-Ancash, del 24 de abril de 2018, magistrado ponente: Núñez Julca, considerando 8.

J 0161 "El delito de colusión tiene como sujeto activo al funcionario o servidor público –que interviene en los negocios públicos en razón a su cargo–, vale decir aquella persona que por ley es la llamada a contratar, a intervenir en los comités de adquisición, en los comités que se encargan de la ejecución de las obras o de la fiscalización de estas en ejecución; en el caso bajo análisis, el acusado interviene según su cargo –Supervisor de la obra– en la etapa de ejecución de la obra. A pesar que el acusado estaba vinculado con la Administración Pública, mediante contrato de naturaleza civil –locación de servicios–, a efectos de este delito se le considera funcionario o servidor público, en virtud del inciso 3 del artículo 425 del Código Penal, según el cual "Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejercer funciones en dichas entidades u organismos"; por lo que, el acusado JUAN ALBERTO SAAVEDRA CALLE tiene la condición especial para ser considerado autor del delito materia de imputación".

Segunda Sala Penal Transitoria. R.N. N° 489-2016-Del Santa, del 15 de marzo de 2018, magistrado ponente: Núñez Julca, considerando 9)

J 0162 "El delito de colusión desleal previsto en el artículo 384 del Código Penal, se configura cuando concurren los siguientes elementos normativos del tipo: i) el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito; ii)perjudicar a un tercero en este caso al Estado; y, iii) realizar mediante diversas formas contractuales para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial; que, en efecto, el delito antes citado importa que el funcionario que interviene en un proceso de contratación pública por razón de su cargo concierta con los interesados defraudando al Estado; que, al respecto, debe tenerse en cuenta que el acuerdo colusorio entre las partes –el Estado y los particulares– este referido a que las condiciones de contratación se establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimentos de los intereses del Estado".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 1292-2011-Ayacucho, de 18 de enero de 2012, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 3.

J 0163 "La conducta típica consiste en la concertación con los interesados en el contrato estatal –que incluye, por cierto, conforme a la ley de la materia, el proceso de licitación o

concurso en todas sus modalidades–; es decir, en el acuerdo –conjunción de dos o más voluntades–, cuya probanza en la mayoría de los casos requiere acudir a la prueba por indicios. Este delito, tal como está descripto en el primer párrafo de la norma penal antes citada, es de mera actividad y de peligro abstracto, que se consuma simplemente con el acuerdo, directa o indirectamente, entre el funcionario y los interesados; ni siquiera es necesario que la operación defraudatoria tenga éxito, ni que se llegue a obtener un beneficio o causen un perjuicio efectivo al ente público. Basta con que el resultado perjudicial aparezca como resultado pretendido, lo que no obsta reconocer que se trata de un delito de participación necesaria. (...)".

Sala Penal Permanente. Casación N° 392-2019-Áncash, del 30 de noviembre de 2020, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 2.

- Descarte de la aplicación del principio de confianza

J 0164 "Que se afirma, como punto impugnativo, que el encausado More López, alcalde de la Municipalidad agraviada, no creó un riesgo penalmente prohibido pues medió el principio de confianza en atención a la actuación de terceros, en este caso del Gerente Municipal.

El análisis de la aplicación del principio de confianza exige, desde luego, que no se presenten determinadas circunstancias que la excluyen, tales como, entre otras, cuando resulta evidente que uno de los intervinientes en el hecho realizó una conducta que defrauda las expectativas de su actuación conforme a Derecho [GARCÍA CAVERO, PERCY: Derecho Penal - Parte General, Segunda Edición, Jurista Editores, Lima, 2012, p. 420]. No se trata de los títulos o competencias profesionales de los delegados, sino de su concreta actuación en asuntos puntuales.

El encausado More López conocía el interés de la empresa Shazky SAC en el usufructo del camal municipal –incluso su coencausado Pacheco Custodio recomendó tal procedimiento para el camal [Informe de fojas cuarenta y ocho, de veinticuatro de junio de dos mil nueve]– y, mediando Acuerdo del Concejo Municipal, autorizó el inicio del concurso público [véase: fojas cincuenta y nueve, de treinta de junio de dos mil nueve]. Además, fue él quien aprobó las bases del concurso público. De igual manera, no era ajeno a su conocimiento la crisis del camal y las irregularidades en el procedimiento de concurso y ulterior ejecución, al punto que se formó una Comisión Especial de Regidores para investigar lo que venía ocurriendo con el camal municipal [Acuerdo de Concejo 090-2009-MDC, que él presidía]. El contrato de usufructo no respetó las bases del concurso público y, antes de la carta notarial enviada por el Gerente Municipal a la referida empresa, el citado encausado conoció de los incumplimientos de esta y que, previamente, debía concederse un plazo para la subsanación respectiva –Informe de la Gerencia de Asesoría Jurídica de dieciséis de octubre de dos mil nueve–. Sobre este punto, sencillamente, pudiendo hacerlo, no realizó conducta de supervisión y corrección alguna y, antes, no cuidó de controlar la marcha de la concesión con la efectiva rendición de cuentas a los funcionarios competentes, pese a la crisis que esta atravesaba, es decir, quebrantó dolosamente su deber o competencia funcional.

En tal virtud, no es de recibo el principio de confianza. Su deber de garantía, como consecuencia, de su cargo rector, se afirma contundentemente".

Sala Penal Permanente. Casación N° 1546-2019-Piura, del 05 de agosto de 2020, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 7.

2.4.3. Colusión agravada

D 1290 "El segundo párrafo del artículo 384 del CP regula la llamada colusión desleal agravada. Pese a que se utiliza el termino de agravada, lo que, en realidad, este dispositivo legal hace, no es incrementar la pena del delito de colusión simple por la presencia de una circunstancia especialmente grave. La mayor prueba de ello es que no se sigue la técnica de tipificación propia de las agravantes, en la que solamente se precisa cual es la circunstancia de la agravación, sino que se describe completamente la figura delictiva agravada. Lo que tiene lugar aquí es la tipificación de una etapa de ejecución posterior a la contemplada a la colusión desleal simple. Es más, la llamada colusión desleal agravada constituye propiamente el hecho centrar lesivo del bien jurídico, siendo la llamada colusión desleal simple no más que una anticipación de la tutela penal. Por lo tanto, lo correcto es tener al delito de colusión desleal agravada como el tipo penal básico y al delito de colusión desleal simple como una anticipación de la tutela penal bajo la lógica de un delito de preparación.

El delito de colusión desleal agravada se produce con la defraudación patrimonial al Estado. La concertación del funcionario público con los interesados es un acto previo de preparación que se castiga anticipadamente por medio de la figura de la colusión desleal simple. Es propiamente con la ejecución del acuerdo colusorio que se produce la defraudación patrimonial al Estado, lo que tiene lugar en el momento en el que el funcionario público, por razón de su cargo, toma una decisión en un contexto negocial que resulta perjudicial para el estado. El sentido de esta decisión está condicionado por lo acordado previamente con el interesado para defraudar al Estado. Por el contrario, si la actuación del funcionario público no obtiene su origen en un acuerdo, sino que es una decisión unilateral, no podrá sostenerse una colusión desleal, aunque se beneficie al particular en detrimento de los intereses patrimoniales del Estado".

GARCÍA CAVERO, Percy. "El delito de colusión desleal". En: GARCÍA CAVERO, Percy y VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (directores). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2020, p. 192.

D 1291 "La colusión agravada se perfecciona cuando el agente por medio de concertación con los terceros interesados defrauda el patrimonio del Estado. En este hecho punible, se configura con la propia defraudación que se produce al patrimonio del Estado, luego de la concertación. En cambio, como ya hemos indicado, la colusión simple se configura con la simple concertación con los interesados con la finalidad de perjudicar el patrimonio público. En la agravada, se exige efectivo perjuicio al patrimonio del Estado, en tanto que, en la colusión simple, solo se exige la sola concertación con aquella finalidad. Esa es la diferencia entre ambas figuras delictivas".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 317.

D 1292 "El delito de colusión desleal agravada debe entenderse como un delito de lesión por las siguientes consideraciones. Si bien es cierto que una defraudación no requiere necesariamente la producción de un perjuicio patrimonial efectivo, consideraciones de mínima intervención aconsejarían interpretar el elemento típico de la defraudación en el sentido restrictivo de lesión. Este parecer no implica la impunidad de los casos en los que el perjuicio a los

intereses estatales no se haya materializado, pues siempre quedará la posibilidad de recurrir al castigo a título de tentativa con base en lo dispuesto en el artículo 16 del CP. De esta manera, queda muy claro el orden de lesividad con el que se reprime la colusión desleal. Si la actuación se queda en el acuerdo colusorio idóneo para defraudar al Estado (peligro abstracto), entonces será de aplicación el primer párrafo del artículo 384 del CP. Si el acuerdo se ejecuta y solamente se genera un peligro concreto de afectación patrimonial al Estado, entonces esta conducta se castiga como delito de colusión desleal agravada en grado de tentativa (segundo párrafo del artículo 384 y artículo 16 del CP). Por el contrario, si la falta de perjuicio efectivo se puede reconducir a una actuación voluntaria de los intervinientes en el hecho, entonces habrá que aplicar las reglas del desistimiento conforme a los artículos 18 y 19 del CP. En caso que la ejecución del acuerdo devenga en una lesión patrimonial efectiva a los intereses estatales, entonces lo que corresponde es aplicar el delito de colusión desleal agravada consumado.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte Especial.* Vol. II. 2ª edición. Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 1116.

D 1293 "(...) se presentará en su modalidad agravada cuando, como consecuencia de dicha concertación entre el particular y el funcionario o servidor público, se defrauda o perjudica patrimonialmente al Estado, es decir cuando este sufre un detrimento económico como consecuencia de la concertación indebida entre su representante (funcionario público) y quien actúa en favor de intereses privados".

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José y UGAZ HEUDEBERT, Francisco. *Delitos económicos, contra la Administración Pública y criminalidad organizada.* Colección de lo Esencial del Derecho N° 18. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2017, p. 121.

D 1294 "Creemos que la mejor interpretación del término defraudar es entenderlo como sinónimo de perjuicio patrimonial; en la medida que la concertación dolosa solo alcanzara relevancia penal como tipo agravado si es que se produce un daño patrimonial o económica al Estado. La defraudación, más que poseer un sentido espiritual o puramente normativo, a modo de infracción de deberes funcionales, significa que la concertación debe causar un daño al patrimonio del Estado, menoscabándolo. Defraudar se entiende como perjuicio patrimonial; de tal manera que hay un componente material que es distinto a la simple concertación. Se trata de un delito de resultado lesivo en el que no basta el simple desvalor de la acción".

CASTILLO ALVA, José. *El delito de colusión.* Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 513.

D 1295 "También se ha señalado que "la defraudación, en tanto medio comisivo tiene como objetivo afectar al gasto público a través de un proceso licitario indebido. De modo más preciso se ha señalado que "la defraudación está dirigida al gasto público en los marcos de una contratación o negociación estatal, incide en la economía pública en tanto debe implicar una erogación presupuestal, por tanto, resulta evidente y necesario que se den conciertos colusorios que tenga idoneidad para perjudicar al patrimonio del Estado y comprometer indebida y lesivamente recursos públicos".

CASTILLO ALVA, José. *El delito de colusión.* Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 518.

D 1296 "El perjuicio como rasgo distintivo del tipo agravado de colusión ilegal, que asume la referencia legal a "defraudare patrimonialmente", debe interpretarse en clave exclusivamente patrimonial, en cuanto detrimento o daño económico sufrido por el Estado, o la entidad estatal correspondiente, como consecuencia del acto ilícito de concertar. En efecto, el perjuicio que sufre el Estado deriva, por ejemplo, de que se paga por un bien o un servicio, un precio por encima del marcado, o se acepta la entrega de un bien de menor calidad que el estipulado, situación que debe estar en conexión absolutamente directa con el acto de concertación ilegal al que arriba el funcionario".

CASTILLO ALVA, José. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 520.

D 1297 "Se debe descartar la idea de que el delito de colusión ilegal siempre supone el perjuicio económica al Estado porque no se aceptó la oferta más económica para la adquisición de producto, en el sentido de más barata o más cómoda, debido a que las compras y adquisiciones estatales también se guían por otros principios (de calidad, de eficiencia) que dado el caso pueden llegar a adquirir mayor importancia como es la ponderación de la calidad del bien, su duración, el mantenimiento que se ofrece, las condiciones de entrega, por ejemplo, cuando se trata de productos de alta sensibilidad, porque cumple la finalidad que se propuso al convocar a la licitación o concurso público, etc.".

CASTILLO ALVA, José. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 521.

D 1298 "Una de las formas más comunes por las que se presenta el perjuicio patrimonial a la entidad y al Estado es a través de la sobrevaloración en la compra de bienes en la que el precio real pagado es mucho mayor al valor (precio) del bien que corresponde al mercado.

En la determinación de si existe o no sobrevaloración del bien debe haber técnicamente una pericia valorativa elaborada por especialistas que establezca en base a patrones objetivos las razones por las que se concluye (o no) que un bien se ha comprado a un precio mayor al del mercado".

CASTILLO ALVA, José. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 522.

D 1299 "El perjuicio económico no es necesario que derive de manera inmediata y sin solución de continuidad del acto de concertación. Dicho elemento puede aparecer tiempo después de efectuado el acuerdo ilegal. La ley penal solo castiga en el delito de colusión el perjuicio que deriva de manera directa de la concertación entre el funcionario o el particular.

La ley penal no exige una relación de simultaneidad entre la concertación y el perjuicio patrimonial. El perjuicio puede producirse en cualquier etapa del proceso de contratación estatal, el cual por su naturaleza tiene un componente estrictamente económico. El perjuicio que no es económico o patrimonial carece de relevancia para el derecho penal y descarta la aplicación de la colusión agravada".

CASTILLO ALVA, José. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 525.

D 1300 "El perjuicio patrimonial pude consistir en la no inclusión (o determinación) de algunos rubros o conceptos a nivel del contrato estatal, por ejemplo, como cuando no se consigna el pago de un impuesto".

CASTILLO ALVA, José. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 526.

D 1301 "El perjuicio debe ser posterior y debe haber una conexión causal con el acto de concertación. SI el perjuicio patrimonial al Estado es anterior al acuerdo de voluntades o tienen un origen y causa distinta al acto de concertación conduce a que no se pueda considerar la aplicación de la figura de la colusión agravada".

CASTILLO ALVA, José. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 527.

D 1302 "El perjuicio no solo puede revestir la forma de un pago o un desplazamiento patrimonial, sino que puede suponer por parte del Estado la prestación de determinados servicios por los que no se paga suma alguna de dinero o pagándose no se trata de monto proporcional y justo valor al valor del mercado. Asimismo, se está ante un perjuicio patrimonial cuando el Estado, o una determinada entidad pública, suscribe y ejecuta un contrato con prestaciones sumamente gravosas o perjudiciales a sus intereses".

CASTILLO ALVA, José. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 528.

D 1303 "Una segunda posición a la que nos adherimos estima que no es necesario ni indispensable para probar el delito de colusión agravada el que haya una pericia contable, económica o valorativa para acreditar el elemento típico objetivo (defraudar patrimonialmente", ello en virtud a diversas razones.

En primer lugar, lo elementos del injusto penal, tanto los objetivos y lo subjetivos, pueden probarse con los medios de prueba admitidos por la ley, sin que haya limitación o restricción alguna. La ley procesal consagra el principio de libertad probatoria (artículo 157.1 del CPP) y la ley penal sustantiva no establece un medio de prueba específico y concreto con el que deba probarse la circunstancia agravante referida al defraudar patrimonialmente. Se infringiría el principio de libertad probatoria si para acreditar probar un elemento del injusto penal (objetivo o subjetivo) sin fundamento epistémico y jurídico alguno se exige un medio de prueba concreto".

CASTILLO ALVA, José. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, pp. 534 y 535.

D 1304 "En segundo lugar, la mayor idoneidad o fiabilidad de una clase de prueba para probar un determinado hecho (enunciado factico) no quiere decir que dicho medio de prueba sea el único o exclusivo medio de prueba que se pueda emplear para dar por acreditado un determinado suceso. Por ejemplo, el que la prueba indiciaria sea la clase de prueba más adecuada y fiable para probar un hecho interno o un elemento subjetivo del injusto penal (dolo) no implica que no puede utilizarse otra clase de prueba para acreditar el mismo enunciado v. gr., una declaración testimonial, una confesión, etc. De igual forma, de que la prueba pericial puede ser el medio de prueba más confiable para probar el elemento típico "defraudar

patrimonialmente" no supone que solo con la actividad pericial se pueda probar el fraude o el perjuicio a la Administración Pública".

CASTILLO ALVA, José. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 535.

D 1305 "En tercer lugar, creemos que debe distinguirse entre la prueba del perjuicio y la cuantificación de dicho perjuicio. Lo que la ley castiga es el fraude patrimonial o la producción del perjuicio económica al Estado y no tanto la cuantificación del mismo, Puede haber perjuicio, pero no necesariamente dicho perjuicio debe estar cuantificado o fijado con exactitud. La ley peruana no exige un factor cuantitativo como elemento configurador del injusto agravado del delito de colusión".

CASTILLO ALVA, José. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 535.

D 1306 "En nuestra opinión, el delito de colusión desleal agravada debe entenderse como un delito de lesión por las siguientes consideraciones. SI bien es cierto que una defraudación no requiere necesariamente la producción de un perjuicio patrimonial efectivo, consideraciones de mínima intervención aconsejarían interpretar el elemento típico de defraudación en el sentido respectivo de lesión. Ese parecer no implica la impunidad de los casos en los que el perjuicio a los intereses estatales no se haya materializado, pues siempre quedara la posibilidad de recurrir al castigo a título de tentativa con base en lo dispuesto en el artículo 16 del CP. De esta manera, queda muy claro el orden de lesividad con el que se reprime la colusión desleal. Si la actuación se queda en el acuerdo colusorio idóneo para defraudar al Estado (peligro abstracto), entonces será de aplicación el primer párrafo del artículo 384 del CP. Si el acuerdo se ejecuta y solamente se genera un peligro concreto de afectación patrimonial al Estado, entonces esta conducta se castiga como delito de colusión desleal agravada en grado de tentativa (segundo párrafo del artículo 384 y artículo 16 del CP). Por el contrario, si la falta de perjuicio efectivo se puede reconducir a una actuación voluntaria de los intervinientes en el hecho, entonces habrá que aplicar las reglas del desistimiento conforme a los artículos 18 y 19 del CP. En caso que la ejecución del acuerdo devenga en una lesión patrimonial efectiva a los intereses estatales, entonces lo que corresponde es aplicar el delio de colusión desleal agravada consumado".

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte Especial*. Vol. II. 2ª edición. Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 1116.

D 1307 "Debe quedar claro que la constatación de un perjuicio efectivo para la Administración Pública no permite, por su sola existencia, afirmar la realización plena del tipo penal del tipo penal de colusión desleal agravada. Entre la ejecución de la concertación y el perjuicio efectivo debe existir una vinculación objetiva. Esta vinculación no puede ser puramente causal, pues la teoría de la imputación objetivo exige un nexo normativo entre la conducta típica y el perjuicio irrogado al Estado. Para que el perjuicio sea la realización del riesgo creado por la infracción del deber, debe tratarse de un perjuicio que forme parte de aquella clase de perjuicios que el cumplimiento del deber de resguardo patrimonial atribuido al funcionario público procura evitar".

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte Especial*. Vol. II. 2ª edición. Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 1116 y 1117.

D 1308 "El segundo párrafo del artículo 384 del CP regula la llamada colusión desleal agravada. Pese a que utiliza el termino de agravada, lo que, en realidad, este dispositivo legal hace, no es incrementar la penal del delito de colusión simple por la presencia de una circunstancia especialmente grave. La mayor prueba de ello es que no se sigue la técnica de tipificación propia de las agravantes, en la que solamente se precisa cual es la circunstancia de agravación, sino que se describe completamente la figura delictiva agravada. Lo que tiene lugar aquí es la tipificación de una etapa de ejecución posterior a la contemplada en la colusión desleal simple. Es más, la llamada colusión desleal agravada constituye propiamente el hecho central lesivo del bien jurídico, siendo la llamada colusión desleal simple no más que una anticipación de tutela penal. Por lo tanto, lo correcto es tener al delito de colusión agravada como el tipo penal básico y al delito de colusión desleal simple como una anticipación de la tutela penal bajo la lógica de un delito de preparación".

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte Especial*. Vol. II. 2ª edición. Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 1113.

D 1309 "El delito de colusión desleal agravada se produce con la defraudación patrimonial al Estado La concertación del funcionario público con los interesados es un acto previo de preparación que se castiga anticipadamente por medio de la figura de colusión desleal simple. Es con la ejecución del acuerdo colusorio que se produce propiamente la defraudación al Estado, lo que tiene lugar en el momento en el que el funcionario público, por razón de su cargo, toma una decisión en un contexto negocial que resulta perjudicial para el Estado. El sentido de esta decisión está condicionado por lo acordado previamente con el interesado para defraudar al Estado. Por el contrario, si la actuación del funcionario público no tiene su origen en un acuerdo, sino que es una decisión unilateral, no podrá sostenerse una oclusión desleal, aunque se beneficie al particular en detrimento de los intereses patrimoniales del Estado".

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte Especial*. Vol. II. 2ª edición. Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 1114.

D 1310 "En lo que respecta a la colusión agravada no es suficiente la concertación, sino que se requiere de una defraudación patrimonial al Estado, el cual desde luego debe formar parte de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado producto de la concertación entre un funcionario público y particular interesado.

Al respecto, si la defraudación patrimonial no puede ser atribuida a los participantes producto de la concertación, no se podrá establecer la colusión agrada, sino la colusión simple. Por tanto, se entiende por defraudación a la colusión agravada al perjuicio económico para el Estado".

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl. *Delito de colusión. Doctrina y jurisprudencia*. Lima: Editores del Centro, Lima, 2019, p. 247.

D 1311 "Cabe señalar sobre este punto que, propiamente el perjuicio patrimonial no forma parte del centro de compresión del delito de colusión, sino que debido a su mayor lesividad, por su carácter pluriofensivo (el acuerdo ilícito y el patrimonio), genera una mayor grado de reprochabilidad sobre el autor, al no solo afectar la expectativa de no concertarse en el marco de una contratación pública, sino que además afecta al patrimonio estatal, generando un mayor grado de dañosidad social, y por ende la aplicación de una pena mayor".

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl. *Delito de colusión. Doctrina y jurisprudencia*. Lima: Editores del Centro, Lima, 2019, p. 247.

D 1312 "Adicionalmente, se debe indicar que la defraudación patrimonial debe ser entendido no solo como la disminución del patrimonio estatal, sino también como la posibilidad de aumento del patrimonio del Estado, pues en los casos que el Estado venda un bien o realice una prestación (p.e. una subasta) se busca el beneficio acorde con los parámetros que el mercado establezca.

Es decir, también se configura e ilícito cuando el funcionario y el particular interesado hayan acordado la venta de un bien público donde el Estado ha dejado de obtener beneficios pertinentes, estando en la posibilidad de obtenerlos".

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl. *Delito de colusión. Doctrina y jurisprudencia*. Lima: Editores del Centro, Lima, 2019, p. 248.

D 1313 "Respecto al segundo supuesto, esto es colusión agravada, registrado en la parte in fine del art. 384 del acotado cuerpo legal, nos encontramos ante un delito de resultado, por cuanto, el tipo penal exige defraudación patrimonial, subsecuentemente, en este extremo se advierte la existencia de un perjuicio concreto, admitiéndose el baremo "espacio-temporal" para medir el desvalor de la acción y desvalor del resultado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 438.

D 1314 "El núcleo rector que define la tipicidad del delito de colusión de resultado está dado por la frase "defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado". Se aprecia aquí que el elemento primordial el a defraudación patrimonial a los intereses estatales que debe tener su causalidad u origen en una concertación ilegal".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 209.

D 1315 "La concertación dolosa resulta así el paso decisivo que deberá conducir a la lesión de los intereses estatales, de modo tal que si se produce lesión patrimonial al margen de dicha concertación ilegal el tipo penal no será colusión ilegal sino otro delito (peculado, por ejemplo, o estafa). Igualmente, si la conducta solo queda en concertación ilegal, el tipo penal no se habrá consumado".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 209.

D 1316 "La defraudación, en tanto lesión a los intereses patrimoniales del Estado o ente estatal, constituye el dato objetivo del delito, que trasciende y concreta el simple engaño o la preparación de la defraudación. Este dato objetivo debe ser verificable y comprobado a través de las respectivas pericias e informes técnicos".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 210.

D 1317 "Para que se realice la conducta típica tiene que producirse defraudación, fundamentalmente patrimonial. La defraudación es el presupuesto básico fundamental para que podamos hablar del delito de colusión y esta defraudación tiene que ser una defraudación que afecte intereses de la Administración Pública. La defraudación tiene que tener como causa la concertación, el pacto ilegal entre el funcionario negociador y el contratista (o el representante de la empresa que negocia con el Estado), y debe ser pericialmente verificada: el comportamiento típico que no dé como resultado esta afectación patrimonial a los intereses de la Administración Pública, se trata de una tentativa de colusión o simple acto preparatorio".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 210.

D 1318 "El tipo penal pide defraudación a los intereses del Estado, mediante la vía de la concertación del funcionario con el interesado, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 213.

D 1319 "La simple concertación ilegal sin defraudación constituye tentativa de delito. Las concertaciones dolosas producidas en las fases de los procesos de selección no son propiamente materia de la relevancia el delito de colusión desleal, pero si pueden implicar la perfección de otras figuras delictivas, así cohechos, peculados, interés ilícito en negociaciones públicas, estafas, entre otras figuras delictivas funcionales".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 214.

D 1320 "En el delio de colusión de resultado (colusión ilegal agravada) la concertación de los sujetos es descubierta después de haberse defraudado el patrimonio del Estado. El verbo rector en este tipo de colusión es el termino defraudar, lo que nos muestra claramente los diferentes momentos consumativos de cada supuesto".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 196.

D 1321 "Podemos definir la colusión agravada como el hecho punible que se configura cuando el agente siempre en su condición y razón del cargo de funcionario o servidor

público, al intervenir directa o indirectamente, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado, esto es, causare perjuicio efectivo al patrimonio estatal".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 348.

D 1322 "Aun cuando pareciera lo mismo "defraudar" y "defraudare", el significado que se le ha dado en el tipo penal 384 del Código Penal, luego de la modificación introducida por la Ley N° 29758, es totalmente diferente. En efecto, defraudar ya ha sido definido y señalado, cual es el sentido que tiene en el tipo penal. (...) Defraudare o timar al Estado significa engaño al interés público y, como consecuencia de ello, un efectivo perjuicio patrimonial al erario público. El agente público actúa asumiendo roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado y como efecto inmediato los perjudica. Aquí, para efectos de tipicidad, es irrelevante si finalmente el agente obtiene o no provecho patrimonial. Este aspecto solo tendrá repercusión al momento de individualizar la pena que le corresponda al agente público corrupto".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 351.

D 1323 "La colusión agravada se perfecciona cuando el agente por medio de concertación con los terceros interesados defrauda el patrimonio del Estado. En este hecho punible, se configura con la propia defraudación que se produce al patrimonio del Estado, luego de la concertación. En cambio, como ya hemos indicado, la colusión simple se configura con la simple concertación con los interesados con la finalidad de perjudicar el patrimonio público. En la agravada, se exige efectivo perjuicio al patrimonio del Estado, en tanto que en la colusión simple, solo se exige la sola concertación con aquella finalidad. Esa es la diferencia entre ambas figuras delictivas".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 351.

D 1324 "Respecto al término "defraudare", se tiene que dicha terminología aparece vinculada al delito de colusión agravada, por cuanto, el nivel de reproche penal aparece intensificado, en ese sentido, la razón de la intensificación del nivel penológico, resulta del perjuicio patrimonial concreto sufrido a los intereses del Estado, siempre en un escenario de contratación pública, por lo tanto, en este extremo, el sujeto cualificado, funcionario o servidor público, lesiona sus deberes funcionariales, tan igual que en el delito de colusión simple, es decir, lesiona el principio de objetividad y los deberes de probidad y lealtad que tiene frente a la Administración Pública, empero, además de ello causa un perjuicio patrimonial, el mismo que resulta ser cuantificable en términos monetarios".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 419.

D 1325 "No obstante lo expuesto, respecto al tipo agravado, no toda defraudación causada al patrimonio del Estado será susceptible de imputación a título de colusión, esto porque, en los procesos complejos de contratación pública, en la que interviene un funcionario público competente para negociar a favor d los intereses del Estado con un tercero interesado, puede ocurrir sucesos fortuitos, como por ejemplo, el aumento de precios por algún desastre natural después de producida la contratación, aumento que ocasionara de manera inminente un perjuicio al Estado, y a pesar de ello no podrá imputarse responsabilidad penal a su autor –funcionario público competente–".

CÁCERES JULCA, Roberto y CARRIÓN DÍAZ, Juan. *El Delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales.* Lima: Idemsa, 2011, p. 33.

D 1326 "En la Colusión agravada se requiere que la conducta efectuada por el agente ocasione o produzca la defraudación efectiva a los intereses del Estado u organismos sostenidos por el Estado, esto es, que se ocasione un real perjuicio económico al sujeto pasivo, situación que sin duda deberá ser establecida por los peritos especializados".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *La corrupción en las contrataciones del Estado. Un análisis del delito de colusión y negociación incompatible.* Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 57 y 58.

J 0165 "En consecuencia, se le imputa específicamente a Humberto Acuña Peralta, ser presunto autor del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de colusión agravada, previsto y sancionado en el artículo 384 del CP, de acuerdo a la ley vigente al momento de ocurrir lo hechos (Ley N° 29758), pues se habría concertado con los representantes de la concesionaria Trasvase Olmos (empresa de Odebrecht), durante la etapa de ejecución de dicho proyecto. (...)".

Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios. Expediente N° 00009-2020-15-5002-JR-PE0-03, Resolución N° 5, del 01 de febrero de 2021, magistrado ponente: Salinas Siccha, considerando 8.

- Colusión agravada: debe probarse a través de una pericia contable

J 0166 "Así también, en la colusión agravada se requiere que el agente perjudique o defraude de modo efectivo el patrimonio del Estado, es decir, se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado –desvalor de resultado–. Ahora bien, una prueba idónea que permite establecer el perjuicio patrimonial concreto en una determinada entidad es la pericia contable, en tanto sea concreta y específica. La importancia de la pericia contable para determinar la efectiva afectación del patrimonio estatal ha sido resaltada en la jurisprudencia del Corte Suprema; así, se estableció en la Casación N° 1105-2011/SPP –fundamento jurídico N° 7– que señala: "la necesidad de una prueba directa como el Informe pericial contable para establecer el perjuicio patrimonial en el delito de colusión".

Sala Penal Permanente. Casación 661-2016-Piura, de 11 de julio de 2017, magistrado ponente: Pariona Pastrana, considerando 17.

2.4.4. Diferencias entre la colusión simple y la colusión agravada

D 1327 "Según el nuevo diseño normativo, la acción típica del delito de colusión se configura en dos niveles: el primer nivel dominado por la concertación como sustento del injusto penal; y, el segundo, por la defraudación patrimonial al Estado como consecuencia de la acción colusoria".

MANDUJANO RUBÍN, José. *Delito de colusión. Propuesta de fundamento y prueba*. Lima: Lex & Iuris 2018, p. 162.

D 1328 "Mediante esta regulación normativa se busca sancionar penalmente dos conductas delictivas: a) La concertación ilegal entre funcionario o servidor público con los interesados para defraudar al Estado; b) La defraudación al patrimonio del Estado, como consecuencia de la concertación entre el funcionario público con los interesados, en operaciones de adquisición y contratación pública".

CÁCERES JULCA, Roberto y CARRIÓN DÍAZ, Juan. *El Delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales*. Lima: Idemsa, 2011, p. 15.

D 1329 "[D]esde el plano político-criminal, el legislador ha dividido las conductas de colusión. Si la concertación es descubierta antes que se defraude patrimonialmente al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será simple; en cambio, si la concertación es descubierta, luego que se causó perjuicio patrimonial efectivo al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será agravada".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 347.

D 1330 "La tipicidad objetiva del delito de colusión tanto simple como agravada presenta diversos elementos que hacen de las figuras delictivas de estructura compleja. Las diferencias entre una y otra tienen que ver con dos aspectos. Primero, sobre el verbo rector que como ya hemos mencionado en la simple es el término concertar en tanto que en la agravada es el término defraudare. Y segundo, sobre el perjuicio potencial o real producido con la conducta colusoria al patrimonio del Estado. En la simple, el peligro de afectación al patrimonio es potencial, en tanto que, en la agravada, el perjuicio es real y efectivo".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 348 y 349.

D 1331 "Debe quedar claro que el tipo base y agravado del delito de colusión constituyen un mismo *iter criminis* pues ambos inciden en la actividad contractual del Estado. La diferencia radica en que, en el primer caso, se coloca en peligro potencial dicho bien jurídico mediante el acuerdo parcializado entre el funcionario público y el particular. Por su parte, en la agravante se sanciona la concertación parcializada que incide específicamente en el patrimonio público y que provoca su disminución. Dicho perjuicio siempre tomará como paso previo

el acuerdo colusorio que, si bien tiene un espectro más amplio en el primer párrafo del artículo 384, recae en un elemento específico de la Administración, en el segundo".

DÍAZ CASTILLO, Ingrid. *El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano*. Tesis doctoral. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2016, p. 302.

J 0167 "La diferencia que existe entre colusión simple y agravada, estriba en que: "si la concertación es descubierta antes de que se defraude patrimonialmente al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será simple; en cambio, si la concertación es descubierta, luego que se causó perjuicio patrimonial efectivo al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será agravada". Así, la colusión simple se consuma con una sola concertación, sin necesidad que la Administración Pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario, pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como propósito defraudar. Mientras que para configurarse la colusión agravada es necesario que, mediante concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal".

Sala Penal Permanente. Casación N° 661-2016-Piura, del 11 de julio de 2017, magistrado ponente: Pariona Pastrana, considerando 15.

J 0168 "De otro lado, la diferencia entre colusión simple y colusión agravada, estriba según Salinas Siccha, en que: "si la concertación es descubierta antes que se defraude patrimonialmente al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será simple; en cambio, si la concertación es descubierta, luego que se causó perjuicio patrimonial efectivo al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será agravada". Esto es, que la colusión simple se consuma con la sola concertación, sin necesidad que la Administración Pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario; pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como finalidad defraudar al patrimonio del Estado. Mientras que para que configura la colusión agravada, es necesario que, mediante concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 341-2015-Lima, de 04 de noviembre de 2015, magistrado ponente: Pariona Pastrana, considerando 4.3.

J 0169 "Asimismo, la diferencia que existe entre colusión simple y agravada, estriba en que: "si la concertación es descubierta antes que se defraude patrimonialmente al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será simple; en cambio, si la concertación es descubierta luego que se causó perjuicio patrimonial efectivo al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será agravada". Así, la colusión simple se consuma con la sola concertación, sin necesidad que la Administración Pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario, pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como propósito defraudar. Mientras que para configurarse la colusión

agravada es necesario que, mediante concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal".

Sala Penal Permanente. Casación 661-2016-Piura, de 11 de julio de 2017, magistrado ponente: Pariona Pastrana, considerando 15.

J 0170 "(...) El tipo penal originario no exige que necesariamente se produzca un perjuicio patrimonial efectivo, basta con que el resultado perjudicial aparezca como resultado pretendido –la conducta importa infracción de los deberes de corrección de los procesos de gestión de recursos públicos concertándose con los interesados: gestión desleal del patrimonio público–. Si el perjuicio patrimonial se concreta, entonces –desde el vigente tipo penal–, se tipificará el segundo párrafo del nuevo texto legal, el que debe entenderse como una disposición patrimonial o una prestación de servicios del ente público no compensada por la contraprestación correspondiente del particular. (...)".

Sala Penal Permanente. Casación N° 1546-2019-Piura, del 05 de agosto de 2020, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 3.

3. Tipicidad subjetiva

D 1332 "Es un delito típicamente doloso, lo cual implica que debe existir intención del autor de cometer el acto ilícito".

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José y UGAZ HEUDEBERT, Francisco. *Delitos económicos, contra la Administración Pública y criminalidad organizada.* Colección de lo Esencial del Derecho N° 18. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2017, p. 122.

D 1333 "El delito de colusión desleal simple se castiga a título de dolo. Para afirmar el dolo es necesario imputar al funcionario público el conocimiento de que se está concertando con un particular interesado y que esa concertación es idónea para defraudar los intereses patrimoniales del Estado. Una situación de error que incida en el conocimiento de alguno de estos aspectos, constituirá un error de tipo que, se vencible o invencible, igualmente excluirá la imposición de una sanción penal. Dado que un acuerdo colusorio presupone un pleno conocimiento de la situación de fraude, el dolo en el delito de colusión desleal solamente puede expresarse por medio de un dolo directo, siendo inviable una actuación con dolo eventual".

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte Especial.* Vol. II. 2ª edición. Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 1109.

D 1334 "El tipo penal exige además como elemento subjetivo especial que el funcionario actúe con la finalidad de defraudar al Estado. Podría pensarse que esta finalidad no es más que un elemento subjetivo especial de tendencia trascendente, pero eso no es correcto, pues el delito de colusión desleal no está configurado como un delito cortado de dos actos, en el que tipifique la realización objetiva del primer acto y solamente la tendencia subjetiva de realizar el segundo acto. La colusión no es más que el acto previo de preparación del fraude al Estado, por lo que el dolo del fraude necesariamente abarca e propósito de defraudar al Estado. Por

lo tanto, aunque típicamente "la finalidad de defraudar al Estado" se puede leer como un elemento subjetivo especial, en el fondo no es más que una especificación de lo que abarca el dolo general del delito de colusión desleal".

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte Especial*. Vol. II. 2ª edición. Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 1110 y 1111.

D 1335 "El delito de colusión ilegal solo es reprimible en su faz dolosa, conciencia y voluntad de realización típica; el agente dirige su conducta a fijar pactos colusorios con los contratistas (interesados), sabiendo de su potencialidad para perjudicar el patrimonio del Estado"

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 366.

D 1336 "El delito de colusión, tanto en su vertiente simple o agravada, resulta ser un delito de comisión dolosa, demandándose dolo directo, n se admite la forma imprudente o culposa, por cuanto no aparece expresamente señalada dicha cláusula de referencia, conforme señala el art. 12 del CP. Por otro lado, respecto al delito de colusión agravada, el tipo penal, al exigir un nivel perjudicial concreto, el tipo penal tiene un elemento subjetivo intenso que supera el dolo convencional, es decir, a nivel del tipo subjetivo, nos encontramos ante un delito d tendencia interna trascendente".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 445.

D 1337 "Se exige dolo directo. Esto se desprende de la exigencia de conocer y querer los elementos "concertar", "ilegalidad" y "fraude"; elementos todos ellos que describen claramente la intencionalidad del sujeto activo".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 316.

D 1338 "De la lectura del tipo penal, se concluye que tanto la colusión simple como la agravada son de comisión dolosa. No cabe la comisión por culpa. El agente conociendo perfectamente todos los elementos objetivos que exige el tipo penal, voluntariamente, actúa y concierta con la finalidad de defraudar la confianza que el Estado ha depositado en él. No es relevante verificar si el agente actuó con la intención especial de obtener algún provecho patrimonial".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 378.

D 1339 "De acuerdo con la estructura de la colusión simple y agravada, es necesario hacer la diferencia en el aspecto subjetivo. En la simple, el agente dolosamente concierta con los terceros interesados buscando o mejor, con la finalidad de defraudar al Estado. El agente

concierta con la intención de defraudar al patrimonio público. En tanto que, en la agravada, el agente público por medio de la concertación dolosamente defrauda al Estado. El agente por medio del concierto defrauda de modo efectivo al patrimonio público".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 379.

D 1340 "El delito requiere dolo directo para perfeccionar la tipicidad subjetiva, dado que el concierto para defraudar resulta impensable con dolo eventual, requiriendo en cambio voluntad preordenada a la comisión del delito".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 205.

D 1341 "De la descripción típica se desprende que estamos ante un tipo penal eminentemente doloso, pudiendo ser solo cometido con el conocimiento (aspecto cognitivo) y voluntad (aspecto volitivo) de defraudar al Estado mediante la concertación con los interesados; bastando para ello el dolo directo, de lo contrario nos encontraríamos ante una conducta atípica por ausencia de imputación objetiva".

CÁCERES JULCA, Roberto y CARRIÓN DÍAZ, Juan. *El Delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales*. Lima: IDEMSA, Lima, 2011, p. 48.

D 1342 "Como ya se expuso en el esquema general de la teoría del delito, el dolo como elemento central del tipo subjetivo se caracteriza porque en el agente ha mediado una cognoscibilidad sobre lo elementos que caracterizan el tipo, es decir, actúa con pleno conocimiento del ataque y puesta en peligro del bien jurídico tutelado, en ese sentido, nos guiamos por los verbos rectores del tipo objetivo del delito de colusión, lo cuales en su forma simple exige la concertación y en su forma agravada la defraudación, ambas acciones deben desplegarse mediante el dolo del autor, ya que tomando en cuenta que surgen de una objetivo concreto el cual es poner en peligro el patrimonio del Estado, o en su defecto defraudar el patrimonio a raíz de la consumación, esto implica, que por la naturaleza jurídica de la acción, esta siempre se ubique en el ámbito del dolo".

MANDUJANO RUBÍN, José. *Delito de colusión. Propuesta de fundamento y prueba*. Lima: Lex & Iuris 2018, pp. 194 y 195.

D 1343 "En lo referente al delito de colusión, se tiene que en ambas redacciones se requiere para la configuración de la parte subjetiva el conocimiento de que con la concertación ilícita se ocasionara un perjuicio al Estado.

Aquí el conocimiento llega determinado por los deberes que le son atribuidos al sujeto activo en el campo social en el cual actúa; así, se configuraría el dolo por más que el déficit cognitivo tenga su rigen en un defecto volitivo (dolo por indiferencia)".

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl. *Delito de colusión. Doctrina y jurisprudencia*. Lima: Editores del Centro, Lima, 2019, p. 217.

D 1344 "Por ende, el delito analizado está configurado como un delito doloso (directo, indirecto o eventual), no permitiendo –por el principio de legalidad– la posibilidad de una sanción en grado de imprudencia. La actuación imprudente por parte de los funcionarios en el ámbito de las contrataciones públicas se encuentra regulada, y sancionada, en el ámbito administrativo, así se tiene en España en la Disposición adicional decimonovena".

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl. *Delito de colusión. Doctrina y jurisprudencia*. Lima: Editores del Centro, Lima, 2019, p. 218.

D 1345 "Por otro lado, y contrario a una gran parte de la doctrina, como se acaba de señalar, para la configuración del dolo no se requiere la voluntad (o hasta el querer del sujeto pasivo para con su acuerdo afectar al Estado, sino el conocimiento (y consentimiento) de que con su conducta se ocasionará un perjuicio al Estado".

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl. *Delito de colusión. Doctrina y jurisprudencia*. Lima: Editores del Centro, Lima, 2019, p. 218.

D 1346 "El delito de colusión es un delito eminentemente doloso. (...).

Hay quienes consideran compatible su comisión solo con una forma particular e intensificada de dolo como es el dolo directo, lo que se desprendería del o verbos concertar que describirían la particular intencionalidad del autor.

Sin que pueda negarse que efectivamente el sentido social de la concertación representa un comportamiento básicamente intencional como lo puede ser el engaño en la estafa o la violencia en el robo; queda claro que bien puede aceptarse la realización del tipo penal a título de dolo eventual en la medida que haya un conocimiento de la capacidad lesiva de la conducta respecto a la posibilidad del perjuicio patrimonial".

CASTILLO ALVA, José. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 9. 354 y 355.

D 1347 "Es necesario que el autor (o partícipe) conozca lo alcances de su intervención en los actos concretos de contratación estatal, debiéndose acreditar, por ejemplo, si el autor conocía la sobrevaluación, así como de la mala calidad de los productos. No basta que el autor participe objetivamente en el contrato estatal. Es indispensable que se pruebe su actuación en las maniobras colusorias y en caso de que se trate de demostrar, por ejemplo, su condición de cómplice que, por lo menos, sepa de la sobrevaloración, la baja calidad de los bienes, su deterioro, o que estos nunca ingresaron a la entidad".

CASTILLO ALVA, José. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 357.

D 1348 "Ambas modalidades de Colusión se presentan como delitos dolosos. No es admisible su comisión culposa debido a la imposibilidad de maniobras de defraudación sin que medie el dolo de los agentes coludidos. EL funcionario o servidor público que participa en las etapas previas o en la ejecución del Contrato estatal debe tener pleno conocimiento y voluntad de llevar a cabo la concertación o acuerdo colusorio. Para que se configure el aspecto subjetivo del tipo, es suficiente que se verifique que la concertación delictiva tenía como designio defraudar el patrimonio del Estado, ocasionándole perjuicio económico".

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *La corrupción en las contrataciones del Estado. Un análisis del delito de colusión y negociación incompatible*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 56.

J 0171 "En el delito de colusión, el sujeto activo al concertarse puede actuar con evidente codicia o con intencionalidad extraeconómica que busca perjudicar al Estado. Si bien no se necesita acreditar el lucro o el provecho obtenido por el sujeto activo, sí deberá acreditarse el dolo directo del agente, tanto del negociador público oficial como del interesado, para poder imputarle responsabilidad penal a título de cómplice a este segundo interviniente".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 2767-2008-Loreto, de 19 de agosto de 2009, magistrado ponente: Arellano Serquen, considerando 9.

4. Autoría y participación

- **Es un delito de infracción del deber por lo tanto autor solo puede serlo el sujeto cualificado especial**

D 1349 "El delito de colusión es un delito de infracción de deber por lo que el autor del mismo solo podrá ser el funcionario público, titular de ciertos deberes especiales. Estos deberes en el delito de colusión confluyen en las facultades, potestades, obligaciones o responsabilidad de los funcionarios públicos encargados de las contrataciones públicas los que están obligados a intervenir dentro de las márgenes de sus propios roles, con el debido cuidado y tutela de los recursos públicos destinados a la adquisición de bienes, servicios o ejecución de obras; deberes que se desprenden de las normas administrativas que delimitan el ámbito de competencia del os funcionarios públicos en las negociaciones estatales; dicho de otra forma, para un funcionario público pueda ser autor debe haber intervenido en los procesos de negociación estatal en razón a su cargo en cumplimiento de sus deberes especiales de garantizar y proteger los intereses estatales. El funcionario público que goce de función o rol distinto al de negociar en los procesos de selección y contratación pública podrá también ingresar al círculo de intervinientes en el delito de colusión siempre en calidad de partícipe".

ESPINOZA MONTES, Amelia Lida. "Perspectiva funcional del delito de colusión ilegal". En: *Actualidad Penal*. Volumen 39. Lima: Instituto Pacífico, setiembre de 2017, p. 346.

D 1350 "El delito de colusión, la tratarse de un delito especial propio, solo puede tener como autor directo a un funcionario público, denominado especial, por cuanto tiene deberes especiales, como el de intervenir pro razón de su cargo en cualquier etapa de los procesos de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación del Estado.

Consecuentemente, solo interviene como autor del delito de colusión el funcionario o servidor público que tiene el deber o deberes especiales de cuidar los intereses del Estado en los procesos de contratación pública en los que interviene por razón de su cargo. (...)".

MENDÍVIL MAMANI, Ángel Ernesto. "Problemas dogmáticos y jurisprudenciales del delito de colusión". En: *Actualidad Penal*. Vol. 62. Lima: Instituto Pacífico, agosto de 2019, p. 91.

D 1351 "La complicidad y la instigación son igualmente posibles en el delito de colusión siendo los cómplices los funcionarios o particulares (extranei) que ayuden al autor (funcionario con deberes especiales de contratación) a la realización del delito. Serán cómplices los que a sabiendas facilitan el acto de concertación ilegal entre el funcionario y el interesado, por ejemplo, los intermediarios en las conversaciones sobre los términos del favorecimiento".

MENDÍVIL MAMANI, Ángel Ernesto. "Problemas dogmáticos y jurisprudenciales del delito de colusión". En: *Actualidad Penal*. Vol. 62. Lima: Instituto Pacífico, agosto de 2019, p. 93.

D 1352 "El delito de colusión simple y agravada, respecto al sujeto activo y desde la óptica de los delitos de dominio, resulta ser un delito especial propio, por cuanto la técnica legislativa restringe el radio de autores, consignando a sujetos cualificados, esto es, funcionarios o servidores públicos, por otro lado, respecto a la conducta, se advierte un injusto cualificado en razón de la existencia de una institución conocida como "Administración Pública", la misma que aparece ligada al agente delictual cualificado, existiendo una relación de deberes especiales propios de un escenario de salvamento, por lo tanto, el delito analizado, en este extremo, resulta ser un delito de infracción de deber".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 404.

D 1353 "Las dos modalidades son delitos especialísimos y, debido a su estructura típica, son de infracción de deber. En estos, el autor o agente, aparte de tener la condición especial debidamente señalada en el tipo penal 384, esto es, funcionario o servidor público, debe también tener dentro de sus atribuciones funcionales la competencia de participar en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado. Nadie más puede ser autor de las modalidades de colusión. Y, por supuesto, como tiene tal competencia siempre debe actuar respetado ente otros, los principios de integridad, transparencia e igualdad de trato a los postores que le impone la ley, en el caso del Perú el artículo 2 de la Ley N° 30225, modificada por el Decreto Legislativo N°1341".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 367.

D 1354 "La edificación de esta forma del tipo penal tiene como fundamento la cercanía que mantienen los funcionarios con el objeto del delito, que para el presente estudio sería la proximidad al Estado mediante la participación en los contratos públicos. Por tanto, en principio, solo el funcionario en razón de su cargo (*intraneus*) será autor del delito en estudio".

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl. *Delito de colusión. Doctrina y jurisprudencia*. Lima: Editores del Centro, Lima, 2019, p. 224.

D 1355 "Sin embargo, dada la connotación especial del delito de colusión como un delito convergente también, de *lege ferenda*, debería ser autor el particular interesados, el que deberá tener unas connotaciones específicas como la de encontrarse inmerso en el proceso

administrativo dirigido al contrato público. En caso no tenga dicha cualidad, no se estaría propiamente en el delito de colusión, pues no existiría en la concertación la idoneidad necesaria para su configuración, ya que no se puede hablar de colusión cuando se concierta para que gane una empresa que no participa del proceso administrativo, dicha conducta estaría inmersa en el ámbito del derecho administrativo sancionador".

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl. *Delito de colusión. Doctrina y jurisprudencia*. Lima: Editores del Centro, Lima, 2019, pp. 224 y 225.

D 1356 "De otro lado, respecto a los terceros que carecen de los elementos especiales del tipo (extranei), a lo más, serán partícipes (inductores, cooperadores necesarios o cómplices), por más que el tercero sea un funcionario o tenga el dominio del hecho en la comisión del delito de colusión, puesto que no pesa sobre él el deber especial que emanan de la posición social que ocupa el funcionario a cargo del proceso de contratación pública".

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl. *Delito de colusión. Doctrina y jurisprudencia*. Lima: Editores del Centro, 2019, p. 225.

D 1357 "Por otro lado, es menester precisar que el delito de colusión, tanto en su forma imple y agravada, resulta ser un delito de participación necesaria, específicamente delito de encuentro, por lo tanto, por un lado interviene el funcionario o servidor público, quienes asumen el título de sujetos cualificados (*intraneus*) y siempre responderán como autores del delito, empero, por otro lado, aparecen los "interesados", esto es, personas que no tienen el título cualificado ,es decir se tratan de extraños (*extraneus*), quienes ostentan el título de cómplices".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 405.

D 1358 "Ahora el tipo penal engloba la conducta del funcionario o servidor público que se concerta infringiendo sus deberes funcionales con los interesados para perjudicar el patrimonio del Estado en forma "directa o indirecta". Esto es, el agente que tiene competencia para participar en las contrataciones y adquisiciones públicas, puede por sí mismo participar en la concertación con los particulares interesados, o también puede hacer que otra persona (allegado a él se entiende) participe en la concertación con el objetivo de sacar provecho patrimonial de los contratos, adquisiciones o concesiones que realice. La corrupción ha llegado a niveles tan insospechados que este último supuesto es el que más se ventila en los estados judiciales por lo que la apertura del tipo penal resulta razonable".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 368.

D 1359 "Por lo tanto, el sujeto público debe contar con un título habilitante o con una mínima representación para intervenir en aquellos actos jurídicos de carácter económico-patrimonial en los que la administración tiene interés de concretar. Lo decisivo, entonces, es l razón del cargo, la competencia específica o la comisión especial más que la calidad de

funcionario, lo que deberá determinarse, las más de las veces, con la ayuda de las leyes y reglamentos administrativos que reglan las actividades públicas".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 369.

J 0172 "El delito de colusión no es un delito de dominio o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de *neminem laedere* o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, generado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 109-2017-Lima, del 15 de mayo de 2019, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 5.

- Dos o más sujetos públicos que participan en el pacto colusorio con los terceros interesados responden a título de coautoría

D 1360 "Asimismo, al tratarse de un delito de infracción de deber, no es posible que dos o más sujetos públicos que participan en el pacto colusorio con los terceros interesados respondan a título de coautoría, pues cada sujeto público al actuar de esa forma habría infringido el deber especial personal que le impone la ley penal y, por tanto, solo responderían como autores. Recuérdese que, en este tipo de delitos, el dominio del hecho ya no es relevante para la determinación de la autoría y a las otras formas de intervención delictiva. En el mismo sentido, no es posible la materialización de autoría mediata, pues cuando el sujeto público instrumentaliza a otro mediante (engaño o coacción) para que participe en el acto mismo de la concertación, responde como autor simplemente, pus con su proceder está infringiendo directamente sus deberes especiales impuestos por la ley penal".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 370.

D 1361 "Los demás funcionarios o servidores públicos que no tengan esa relación funcional con el objeto del delito, así como los extraños a la administración, de verificarse su participación junto al sujeto público obligado en la comisión del hecho punible, responderán penalmente en su condición de cómplices del delito de colusión".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 371.

D 1362 "También se sabe que, en la Administración Pública, el funcionario público competente no siempre interviene de manera directa y personal en los procesos de contratación estatal, sino que lo hace –de manera regular y en el marco de la ley– delegando a otro su representación. En estos casos, no existe impedimento alguno para considerar a estos delegados,

encargados o representantes como autores del delito de colusión si se conciertan ilícitamente con los interesados".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 371.

D 1363 "En cuanto a la participación también es perfectamente posible la instigación, que se verifica cuando el agente público hace nacer la resolución criminal en los sujetos públicos con vinculación funcional con el objeto del delito".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 371.

D 1364 "Los "interesados", que conciertan con los funcionarios o servidores públicos, de modo alguno, pueden ser imputados por este delito a título de autores. Por dos razones: no tienen la relación funcional que exige el tipo penal; y segundo, no tienen el deber funcional específico de cautelar y respetar el normal funcionamiento de la Administración Pública.

Aquellos tienen la calidad de cómplices del delito, pues, sin ellos, por la forma como está construida la fórmula legislativo-penal, seria impracticable la tipicidad del delito. En doctrina se conoce al delito de colusión como un delito de encuentro".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 372.

D 1365 "No obstante, asumiendo la tesis de la unidad del título de imputación, queda establecido que la sola participación no fundamenta la participación punible del interesado, siendo necesario un aporte adicional a su participación en cualquiera de las modalidades de adquisiciones o contrataciones públicas. La idea parte del hecho que la colusión es un delito de encuentro. Significa que para la configuración del delito resulta necesaria la realización de dos conductas de sujeto distintos que, orientándose a una finalidad común, se complementan en el hecho típico. Los sujetos distintos son, por un lado, los funcionarios o servidores públicos; y, por el otro, los terceros interesados que, como ya se precisado, pueden ser personas naturales o jurídicas que tienen interés de contratar con el Estado".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 373.

D 1366 "Los particulares intervinientes son "partícipes necesarios", cuya conducta por si sola (o sea por el mero hecho de ser la contraparte en la colusión) es impune; no pueden ser considerados partícipes de este delito".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 316.

D 1367 "La intervención de un funcionario público sin poder de decisión sobre una determinada contratación pública puede acarrear responsabilidad, siempre y cuando sea de manera dolosa, pero ya no como autor, sino en calidad de partícipe. Dicha calidad viene supeditada, en

razón que, si bien posee calidad de funcionario público, no tiene el deber específico de actuación –poder de decisión– sobre la contratación pública. De ello se deriva que el "deber" exigido al funcionario público no puede serle impuesto de manera abstracta, es decir, por el solo hecho de tener tal calidad, sino que, deberá estar orientado al "poder de decisión" en el caso concreto.

La responsabilidad penal por delito de colusión de un funcionario sin poder de decisión estará, por tanto, supeditada a la existencia de otro funcionario, en este caso competente, que realice acuerdos ilícitos con los interesados y, por tanto, responda como autor del delito de colusión".

CÁCERES JULCA, Roberto y CARRIÓN DÍAZ, Juan. *El Delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales.* Lima: Idemsa, Lima, 2011, p. 36.

D 1368 "Otro problema de gran complejidad se da en las situaciones de delegación de funciones o competencias por parte del funcionario público. Al respecto, habría que tener en cuenta la disponibilidad de tal delegación, si en el caso concreto se puede transferir la obligación jurídica. Ello será posible solo en los casos de competencias delegables, siempre que el funcionario delegante, además de ostentar un poder de decisión, tenga dentro de sus facultades la de delegar funciones; de lo contrario, la conducta no podría configurar el delito de colusión, debido a que no se produjo la transferencia del deber especial. De lo contrario podría configurarse el delito de usurpación de funciones, pero no un delito de colusión".

CÁCERES JULCA, Roberto y CARRIÓN DÍAZ, Juan. *El Delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales.* Lima: Idemsa, Lima, 2011, p. 37.

D 1369 "No es necesario, como se ha destacado reiteradamente, el perjuicio real para el patrimonio estatal, ni tampoco que se haya realizado el acto contractual (firma del contrato), y menos aún que se haya obtenido un beneficio por parte de los sujetos activos. La consumación del delito, con la sola concertación, se debe a la configuración típica que se ha establecido en el presente delito, cual es la de un delito de mera actividad, y no de resultado".

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl. *Delito de colusión. Doctrina y jurisprudencia*. Lima: Editores del Centro, Lima, 2019, p. 245.

D 1370 "Debe destacarse que cuando el funcionario público que participa de las tratativas, en la celebración del contrato o en su ejecución del mismo pero solo guarda silencio y con ello permite que haya un comportamiento defraudatorio a los intereses del Estado de otros funcionarios estamos frente a un caso de complicidad omisiva (primaria), más que una responsabilidad por coautoría omisiva, siempre, por supuesto, que haya una concertación ilícita activa cometida por otro funcionario y que es conocida plenamente por él. No creemos que el guardar silencio sea equivalente desde el punto de vista normativo y estructural a la conducta prohibida por el tipo penal; de concertar que es una acción eminentemente activa. En efecto, quien guarda silencio obra en concierto para perjudicar al Estado, pues simplemente realiza un comportamiento omisivo, facilitador del delito".

CASTILLO ALVA, José. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 298.

D 1371 "Para que haya la tipicidad de la complicidad omisiva en el delito de colusión no es necesario verificar la competencia del funcionario para intervenir en cualquier fase del proceso de contratación estatal (v. gr., preparación, suscripción y ejecución) y que no realice un comportamiento al que se encontraba obligado, formal o materialmente, sino que, además, debe acreditarse que el acto que omitió realizar se hizo con plena conciencia de que con ello brindaba una ayuda a la consumación de la concertación llevada a cabo por otros funcionarios con lo terceros interesados".

CASTILLO ALVA, José. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, pp. 298 y 299.

J 0173 "Del mismo modo, el delito de colusión no es uno de dominio o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general; sino un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente y con probidad, de manera que, cuando defraude las expectativas normativas referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional. No obstante ello, esta exigencia formal de funcionario o servidor público debe intervenir en la operación defraudadora, que puede concretizarse en: a) acuerdos específicos en las etapas de una negociación, b) adecuaciones o precisiones económicas en contratos o convenios, c) acuerdos una vez que los contratos lleguen a su fin –cálculos para determinar lo que corresponde pagar, vender o para finiquitar las cuentas del negocio– y d) provisiones o abastecimientos de diversos bienes –en razón de su cargo o de su comisión especial, que puede provenir de la ley, un decreto, ordenanza, resolución, reglamento o acto administrativo–".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 620-2017-Lima, del 15 de agosto de 2018, magistrado ponente: Príncipe Trujillo, considerando 8.

J 0174 "El delito contra la Administración Pública-colusión, es esencialmente uno de infracción de deber. Es decir, solo puede ser cometido por determinadas personas, portadoras de un deber especial e institucional. En este tipo de delitos es irrelevante el dominio del hecho o la medida de la contribución que se hace al resultado".

Segunda Sala Penal Transitoria. R.N. N° 1842-2016-Lima, de 06 de julio de 2017, voto de Calderón Castillo, Pachecho Huancas y Cevallos Vegas, considerando 19.

J 0175 "Que, el delito de colusión, tipificado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, sanciona al "funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros". (...) la estructura normativa de este delito; este tipo penal no es un delito de dominio o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de neminem laede o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante,

circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional (...); asimismo, esta exigencia formal –de "funcionario o servidor público"– debe de haber intervenido en la operación defraudatoria en razón de su cargo o de su comisión especial (...) toda vez que su sustento está en el "deber atribuido a un funcionario público de resguardar los intereses estatales en la contratación o adquisición de bienes o servicios para el Estado".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 4469-2008-Loreto, de 11 de marzo de 2010, magistrado ponente: Rodríguez Tineo, considerando 3.

J 0176 "Que, siendo esto así, reluce la tipicidad de la conducta de los procesados (...) en la imputación recaída en su contra como partícipes necesario, toda vez que no basta su condición de meros propietarios del vehículo vendido a la Municipalidad agraviada para reputárseles el título de complicidad en el delito de colusión, sino que es necesario comprobar su efectiva intervención en el acuerdo colusorio, es decir que hayan realizado un despliegue activo de sus conductas mediante tratos, comprendas, o arreglos con los funcionarios públicos competentes para llevar adelante la negociación, de tal manera que actuando de ese modo pudieron haber superado el riesgo permitido para concretarse luego e el resultado; sin embargo, esta situación no sucedió, puesto que ellos como propietarios delegaron a terceras personas el encargo de la venta del vehículo, siendo estas últimas quienes, al final de cuentas, tuvieron los tratos con los funcionarios públicos, resultándoles a los procesados (...) dichos tratos completamente ajenos, saliendo a relucir la neutralidad de su conducta lo que indica que la conducta de los particulares se ha practicado dentro de los márgenes de la adecuación social reconocida por el Derecho, o dentro del riesgo permitido, de tal manera que la posibilidad de una imputación por intervención delictiva queda excluida de plano".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 1481-2011-Arequipa, de 19 de abril de 2012, magistrado ponente: Príncipe Trujillo, considerando 7.

J 0177 "Como quiera que, en el presente caso, la colusión cometida generó efectiva defraudación patrimonial al Estado –lo que ni siquiera exigía el anterior texto legal, pero sí el nuevo en su segundo párrafo–, es de aplicación el tipo legal primeramente invocado. Se trata ciertamente de un delito de estructura compleja. De autos fluye que los funcionarios públicos acusados intervinieron en condición y razón de su cargo y, según los casos –ya descriptos– en las etapas de definición del proyecto, formulación de las bases, concurso público y ejecución de los servicios y supervisión encargados. Ellos, en el caso concreto, defraudaron patrimonialmente al Estado, para lo cual se concertaron –ponerse de acuerdo, conjunción de dos o más voluntades– con los "interesados", esto es, con los *extraneus* en un proceso de contratación pública. Así las cosas, la conducta de los particulares concertados (incluso la de funcionarios que no intervengan en el proceso por razón de su cargo) será la de instigación o complicidad primara –cooperación necesaria– en el mismo delito, manteniéndose el mismo título de imputación [XABIER ETXEBARRIA ZARRABEITIA: Delitos contra la Administración Pública (Adela Asua Batarrita: coordinador), Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, página 211]"

Primera Sala Penal Transitoria. R.N. N° 2648-2016-El Santa, del 25 de agosto de 2017, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 31.

J 0178 "Que, no obstante, es de mérito separar del análisis glosado la conducta y los cargos atribuidos al encausado Vásquez Guerra, pues en su caso en particular el Ministerio Público efectuó un inadecuado juicio de subsunción al calificar la conducta del mencionado encausado bajo el tipo penal de colusión desleal en calidad de cómplice; que, en este sentido, si bien se observa que participó en la elaboración de una serie de documentos de significativa importancia en el proceso de selección submateria, también lo es que no formó parte del Comité ni ostentó alguna posición de autoridad, de suerte que si el tipo penal exige i) el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito, ii) el perjuicio a un tercero, en este caso al Estado, y finalmente, iii) que el delito debe cometerse mediante alguna forma contractual, para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial; tales elementos no se dan en la conducta de Vásquez Guerra (...)la figura del *extraneus* se refiere a aquel particular que no tiene esa condición especial –de funcionario público con capacidad de contratar a nombre del Estado–, empero, interviene en las citadas tratativas, lo que tampoco se da respecto al mencionado acusado, el que, aun cuando participó en los trámites administrativos del concurso sublitis, no se le imputa haberlo hecho en las tratativas, por ende, su absolución se encuentra arreglada a ley y, como tal, no cabe rescindir la sentencia en cuanto a este extremo se refiere".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 702-2009-Lima, de 12 de mayo de 2010, magistrado ponente: Lecaros Cornejo, considerando 6.

J 0179 "Que, en cuanto a la absolución de los procesados (...), se infiere que el Tribunal Superior no valoro que por su condición de regidores de la Municipalidad agraviada con facultades fiscalizadoras, no exigieron la información adecuada para la suscripción del referido contrato ni tampoco verificaron las labores que debería realizar, la forma y contenido del mismo, inobservando el cumplimiento de las exigencias establecidas en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado. A pesar de ello aprobaron en vía de regularización, en sesión extraordinaria (...), la suscripción del contrato tantas veces mencionado, con lo que permitieron que la empresa L&C Asesores y Consultores SAS obtenga un beneficio económico por un presunto servicio que ya había sido realizado. La intervención que tuvieron en los hechos constituiría una participación necesaria dado que la expectativa normativa exigida a los regidores se circunscribe al cumplimiento de su rol de custodiar y velar por el buen funcionamiento de la administración municipal. No se puede soslayar que sin su aprobación en sesión de consejo no podía haber sido posible la contratación de la citada empresa. Consecuentemente, en este extremo se incurrió en la causal de nulidad, establecida en el inciso 1 del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 1389-2012-Cañete, de 16 de enero de 2013, magistrado ponente: Rodríguez Tineo, considerando 5)

J 0180 "En ese sentido, resulta necesario fijar jurisprudencialmente vía casación los parámetros de la necesidad de la debida imputación en los casos de complicidad primaria en el delito de colusión, por aporte necesario relacionado con la motivación de los informes legales, que para el caso de las exoneraciones en materia de contrataciones estatales no tiene carácter de vinculante, y si la motivación es un elemento objetivo recogido en la norma penal que permita establecer indicios de colusión para poder imputar complicidad primaria; más aún

cuando el delito de colusión es un delito especial propio, además de un delito de infracción de un deber porque los roles funcionales del servidor se encuentran previstos en normas extrapenales. Por otro lado, dentro de su estructura típica se exige la presencia de los elementos objetivos (acuerdo colusorio) entre el *intraneus* (funcionarios) y los *extraneus* (interesados) en las distintas modalidades u otras análogas de contratación pública; y la defraudación al Estado o entidad u organismo concreto del Estado, así como la vinculación normativa del funcionario con el bien jurídico protegido.

Se hace necesario fijar jurisprudencialmente, sin mayor análisis de la norma, la misma que no realiza distinción alguna respecto de las situaciones que supongan grave peligro, este tipo de apreciaciones subjetivas de los fiscales hacen posible la instauración de manera objetiva de un proceso penal a título de complicidad, más aún cuando no se precisa por parte de la Fiscalía cuál debió ser el análisis válido que debía contener el informe. Con el criterio asumido por la Fiscalía cualquier error en la motivación de los informes legales o criterio diferente que tenga el fiscal en el análisis generaría que todos los asesores legales que emitan ese tipo de informes en materia de exoneraciones en contrataciones estatales per se serán siempre cómplices del delito, lo cual lleva a una desnaturalización de la potestad persecutoria de la Fiscalía".

Primera Sala Penal Transitoria. Auto de Calificación de Casación N° 357-2017-Tumbes, del 16 de marzo de 2018, magistrado ponente: Lecaros Cornejo, considerando 5.6 y 5.7.

5. Tentativa y consumación

- Consumación de la colusión simple

D 1372 "El delito tentado, únicamente, opera en lo delitos de resultado y no así en lo delitos de mera actividad, por lo tanto, respecto al delito de colusión simple, no es posible admitir la tentativa por tratarse de un delito de mera actividad, cuya configuración es ajena al baremo "espacio-temporal", situación que no advierte problema alguno. El problema se suscita en la forma agravada, la misma que resulta ser un delito de resultado, en ese sentido, a través de una lógica inferencial, se podría concluir que la tentativa, tanto en la forma simple y agravada no existe por la misma estructura típica excluyente, es decir, si estamos en una figura simple, entonces no es posible la tentativa por la inexistencia del baremo "espacio-temporal", subsecuentemente, en la forma agravada tampoco sería posible, por cuanto, evidenciado el perjuicio, automáticamente ingresaríamos en la consumación típica y no así en el delito tentado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 446.

D 1373 "Respecto al primer supuesto, esto es, delito de colusión simple, la forma agotada aparece evidenciada en la medida que se evidencien actos con posterioridad al pacto colusorio, por ejemplo, otorgamiento de la buena pro, suscripción del contrato de ejecución, la misma ejecución de la actividad contractual, etc., según el caso concreto. Respecto al segundo supuesto típico, el delito agotado aparece en todos los supuestos evidenciados con posterioridad al perjuicio patrimonial estatal, por ejemplo, después de haberse pago las

valorizaciones que contienen los metrados sobredimensionados, se procede a recepcionar la obra respectiva".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 449.

J 0181 "La colusión simple se consuma con la sola concertación, sin necesidad que la Administración Pública sufra perjuicio patrimonial ni que verifique la obtención de ventaja del funcionario, pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como propósito defraudar. Mientras que para configurarse la colusión agravada es necesario que mediante concertación con los interesados se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal".

Sala Penal Permanente. Casación N° 661-2016-Piura, del 11 de julio de 2017, magistrado ponente: Pariona Pastrana, considerando 13.

J 0182 "El delito de colusión simple debe entenderse como un delito de mera actividad, porque la sola producción de la concertación representa el momento consumativo del hecho, sin necesidad que la Administración Pública sufra un perjuicio, siendo el caso que la defraudación debe entenderse como trasgresión del deber de lealtad, deber positivo de disponer del patrimonio administrado en beneficio del Estado; por lo que la defraudación no puede ser entendida como producción (o posibilidad) de un perjuicio, no constituyendo por tanto –el perjuicio– un elemento objetivo del tipo, sino un indicio que permitirá advertir la presencia de un posible acuerdo colusorio –defraudatorio–".

R.N. N° 2677-2012-Madre de Dios, considerando 12.

J 0183 "Que, el delito de colusión desleal debe entenderse como un delito de mera actividad, porque la sola producción de la concertación representa el momento consumativo del hecho, sin necesidad que la Administración Pública sufra un perjuicio (...), siendo el caso que la defraudación debe entenderse como transgresión del deber de lealtad, deber positivo de disponer del patrimonio administrado en beneficio del Estado; por lo que la defraudación no puede ser entendida como producción(o posibilidad) de un perjuicio, no constituyendo por tanto –el perjuicio– un elemento objetivo del tipo, sino un indicio que permitirá advertir la presencia de un posible acuerdo colusorio (defraudatorio)".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 5315-2008-Puno, de 03 de mayo de 2010, magistrado ponente: Rodríguez Tineo, considerando 4.

J 0184 "El delito de colusión debe entenderse como un delito de mera actividad, porque la sola producción de la concertación representa el momento consumativo del hecho, sin necesidad que la Administración Pública sufra un perjuicio (...), siendo el caso que la defraudación debe entenderse como trasgresión del deber de lealtad, deber positivo de disponer del patrimonio administrado en beneficio del Estado, por lo que la defraudación no puede ser entendida como producción –o posibilidad– de un perjuicio, no constituyendo por tanto –el perjuicio– un

elemento objetivo del tipo, sino un indicio que permitirá advertir la presencia de un posible acuerdo colusorio –defraudatorio–".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 1969-2012-La Libertad, de 16 de enero de 2014, magistrado ponente: Pariona Pastrana, considerando 4.

- Consumación de la colusión agravada

D 1374 "[E]stamos ante un delito de resultado, por lo mismo, para considerar consumado el delito deberá producirse efectiva y comprobada defraudación a los intereses estatales o de los organismos sostenidos por este".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 213.

J 0185 "En la colusión agravada se requiere que el agente perjudique o defraude de modo efectivo el patrimonio del Estado, es decir, se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado –desvalor de resultado–. Ahora bien, una prueba idónea que permite establecer el perjuicio patrimonial concreto en una determinada identidad es la pericia contable, en tanto sea concreta y específica".

Sala Penal Permanente. Casación N° 661-2016-Piura, del 11 de julio de 2017, magistrado ponente: Pariona Pastrana, considerando 7.

J 0186 "(...) El tipo penal originario y la reforma operada por la Ley 27713 concibieron este tipo delictivo como un delito de peligro concreto (Conforme: Ejecutoria Suprema 1226-2007, de doce de diciembre de dos mil siete) –no se exigía un resultado efectivo o de lesión, una relación de causalidad, sino una relación de imputación de carácter normativo–, mientras que las últimas reformas lo clasificaron tanto como un delito de peligro abstracto (primer párrafo del artículo 384 del Código Penal), cuanto como un delito de lesión (segundo párrafo del citado dispositivo penal). El tipo de peligro concreto requiere que el comportamiento coloque al bien jurídico en una situación de peligro real, existente, establecido. Situación de peligro, por tanto, constatable y que tiene que ser demostrada en el proceso penal. El tipo de peligro abstracto describe un comportamiento cuya realización, se presume, crea un peligro para el bien jurídico. Sanciona un comportamiento por una valoración ex ante: el legislador presume, sin prueba en contrario, tal afectación [Meini, Iván: *Lecciones de Derecho Penal- Parte General*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2014, pp. 87-88]. (...)".

Sala Penal Permanente. Casación N° 1546-2019-Piura, del 05 de agosto de 2020, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 2.

IV

PATROCINIO INCOMPATIBLE

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 385 **Patrocinio incompatible**

El que, valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público, patrocina intereses de particulares ante la Administración Pública, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas.

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico

D 1375 "El bien jurídico genérico protegido es el normal y recto desenvolvimiento de la Administración Pública, en tanto que el bien jurídico protegido específico lo constituye el prestigio, la imparcialidad y el decoro de la Administración Pública, tratando 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".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 395.

D 1376 "Merito a lo esbozado, se complica la tarea de identificar el bien jurídico tutelado, no pude ser la imparcialidad, pues para ello debe tratarse de un funcionario que en razón de su cargo se interesa por cualquier clase de operación o contrato, en tal sentido la tipificación se traslada al artículo 399 del CP – Negociación Incompatible con el cargo. Por consiguiente, sería la integridad y probidad de los funcionarios públicos, cuyo contenido etéreo no colma las exigencias de materialidad sustantiva. En opinión de Rojas Vargas, el objeto de tutela penal es el prestigio, la imparcialidad y el decoro de la Administración Pública, tratando de que los poderes e investiduras que esta otorga a sus agentes no sean empelados para generar posiciones de ventaja y privilegios a usar indebidamente".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 372.

D 1377 "Se consideró –conforme es unánime en la doctrina– que, de manera general, el bien jurídico protegido es el normal y recto desenvolvimiento de la Administración Pública, en tanto que el bien jurídico protegido específico lo constituyen el prestigio, la imparcialidad y el decoro de la Administración Pública, tratando 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".

MAITA DORREGARAY, Sara del Pilar. "Interpretación del tipo penal de patrocinio ilegal". En: CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés (coordinadora). *Nuevo proceso penal y delitos contra la Administración Pública*. Lima: Jurista Editores, 2014, p. 738.

2.2. Sujeto activo

D 1378 "Nos encontramos ante un delito especial propio, debido a que solo serna autores los funcionarios o servidores públicos (acalde, fiscal, juez, ministro, director, etc.). El tipo penal no especifica que, además, de ser funcionario, se deba contar con un determinado ámbito de competencia, como, por ejemplo, en los casos de colusión, donde el funcionario debe poseer competencia sobre el desarrollo del proceso de contratación pública.

Cabe precisar en este aspecto, que el funcionario tendrá que poseer una cualidad específica idónea para valerse del mismo sobre el funcionario ante el cual ha de patrocinar un interés particular, por ejemplo, en el supuesto de un alcalde sobre un funcionario de menor jerarquía de otra institución.

De otro lado, debemos señalar que, para este supuesto delictivo, el sujeto activo debe contar –al momento de patrocinar– con la cualidad o atributo de funcionario, incluyendo en los mismos al funcionario de hecho, no resultando relevante que el agente se encuentre en el ejercicio material (labor) de su cargo. Así, en supuestos de suspensión del ejercicio del cargo, el sujeto podrá cometer el delito, aunque no se encuentre ejerciendo funciones, o el supuesto de autoridad elegida en las urnas que aún no reciba su credencial".

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. "Delito de patrocinio ilegal: análisis del artículo 385 del Código Penal". 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, 2020, pp. 390 y 391.

D 1379 "En ese sentido, podemos afirmar que, respecto al sujeto activo, el delito de patrocinio ilegal resulta ser un delito de dominio, específicamente, delito especial propio, por cuanto el tipo penal precisa la presencia de un agente delictual cualificado, esto es, funcionario o servidor público, en ese sentido, dicha condición especial restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 456.

D 1380 "No estamos ante un delito especialísimo en el cual el sujeto activo o agente debe tener alguna condición especial concreta. Solo estamos ante un delito especial. En efecto, solo se exige que el agente del delito de patrocinio ilegal tenga la condición de funcionario o servidor público. Esto es, cualquier funcionario o servidor público puede ser agente del delito en hermenéutica jurídica. En un hecho concreto no es necesario verifica la relación o vinculación funcional del agente con el objeto material del delito. Así no se verifique la relación funcional el delito en hermenéutica igual se configura".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 396.

D 1381 "En lo que respecta a los sujetos de la relación delictiva, se identifica a un delito especial propio, donde la calidad de autor se sustenta en el Prevalimiento del cargo funcionarial, solo aquel que esta investido del ropaje de la actuación pública, sea como funcionario o servidor público puede ser considerado agente de este delito. Eso sí, no se requiere que el funcionario cuente con potestades funcionales específicas, conforme a los intereses particulares que pretende patrocinar en un caos concreto; si quien se interesa es aquel que interviene en razón del cargo funcionarial, se produce un desplazamiento de la conducción típica al artículo 399 del CP".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 373.

D 1382 "Sujeto activo. Puede tratarse de cualquier funcionario público, pero no de quien desempeña actividad funcionarial hacia dónde va dirigido el acto de patrocinio. No se precisa que el funcionario posea un conocimiento o profesión y haga uso de estos (p. ej., que "como abogado" defienda a particulares ante otros funcionarios públicos), pues el acto de "patrocinio" no necesariamente consiste en un acto realizado por tales profesionales".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 323.

D 1383 "Tratándose de un delito especial propio, solo puede ser sujeto activo el funcionario o servidor público. Se tuvo en cuenta que en el artículo 425 del Código Penal, se comprende a las personas a las que la ley penal considera funcionarios o servidores públicos.

Se trata, obviamente, de una ficción efectuada por el legislador para utilizarla únicamente a efectos penales, pues el concepto de funcionario o servidor público referido no es coincidente con el concepto empleado por el Derecho administrativo, siendo esta una norma de reenvío".

MAITA DORREGARAY, Sara del Pilar. "Interpretación del tipo penal de patrocinio ilegal". En: CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés (coordinadora). *Nuevo proceso penal y delitos contra la Administración Pública.* Lima: Jurista Editores, 2014, pp. 739 y 740.

D 1384 "Los sujetos activos en este delito son el funcionario y servidor público en donde la mencionada norma no nombra alguna clase especial de funcionario o servidor público, es decir, será agente de este delito cualquier funcionario o servidor público en ejercicio (jueces, ministros, fiscales, alcaldes, directores de educación, empleados públicos, etc.)".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial.* Vol. III. Lima: Ediciones Legales, 2016, p. 1604.

2.3. Sujeto pasivo

D 1385 "Sujeto pasivo siempre será el Estado. Los particulares de modo alguno pueden ser sujetos pasivos de este delito".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 396.

D 1386 "El sujeto pasivo del delito es el Estado, como titular de toda actuación de la Administración Pública, en sus diversos componentes estamentales".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 373.

D 1387 "El Estado resulta ser el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "Administración Pública" (...)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 456.

2.4. Conducta típica

- Alcances del verbo rector "patrocinar"

D 1388 "El tipo penal de patrocinio ilegal penaliza comportamientos que dolosamente el funcionario los orienta a procurar favorecimientos indebidos que optimizan indebidamente la situación del particular y que quiebran la objetividad de trato que se debe a los usuarios del sistema de la Administración Pública. Es decir, aprovechándose de su estatus de funcionario público, el sujeto público introduce intereses privados, fuera de los marcos que la ley o el reglamento posibilitan. El delito de patrocinio ilegal es así una figura de prevalimento o aprovechamiento de los poderes o ventajas que permite el cargo de funcionario o la posición oficial que asume el servidor público".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos.* Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 216.

D 1389 "Es a partir de las premisas invocadas, que resulta proscrita aquella gestión de intereses ajenos a los estrictamente funcionariales, que toma lugar cuando el funcionario o servidor público patrocina intereses de los particulares ante la Administración Pública, subvirtiendo las directrices fundamentales de la actuación pública, al superponer los intereses de los privados sobre los estatales. Según de dicho dato de disvalor es que el legislador procede a criminalizar la figura delictiva del "patrocinio ilegal", encuadrada en el literal normativo del artículo 385 del CP".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 371.

D 1390 "El hecho punible se configura cuando el sujeto activo tiene la condición de funcionario o servidor público, por sí mismo o por intermedio de un tercero, haciendo prevalecer su condición especial favorece, defiende, ampara, apoya, gestiona o patrocina los intereses legítimos o ilegítimos, de ciudadanos particulares ante cualquier estamento de la Administración Pública. De la redacción de la fórmula legislativa se desprende que el verbo rector patrocinar no se limita solo al ámbito judicial, sino se extiende a toda la Administración Pública".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 389-390.

D 1391 "Debe tratarse de actos propios o de actos de gestión, no recomendaciones indirectas abstractas. El delito se configura cuando el funcionario mismo habla a nombre de particulares ante la Administración Pública y asume como propios asuntos o públicos".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 218.

D 1392 "El verbo patrocinar significa defender, representar, hablar a nombre de los particulares ante la Administración Pública. No es propio de dicho comportamiento el realizar favores o gentilezas. El delito de patrocinio ilegal es una figura que tiene como base una incompatibilidad administrativa, pues ningún funcionario puede hablar a nombre de particulares, asumir como suyos sus intereses, por naturaleza ajenos a los de la Administración Pública, salvo en el caso de la defensa de un familiar, en donde está autorizado a defenderlo, en los casos previstos en la ley, ante dicha administración. Más allá de ello le está vedado –es una incompatibilidad– patrocinar intereses en la Administración Pública. El conocimiento de dicha incompatibilidad y la voluntad de llevarla a cabo, contrariando sus deberes funcionales, define el dolo del delito".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 218.

D 1393 "El termino se refiere a actos de defender, representar o interceder por sí mismo o por intermedio de terceros, esto es, se exige la verificación de actos concretos, de manera personal o a través de cualquier medio (un tercero, por teléfono mediante un escrito, etc.), que impliquen una intervención, no siendo suficiente el simple asesoramiento sin intervención ante la Administración Pública. Los actos de amparar o patrocinar intereses de particulares ante la Administración Pública no se reduce a simples consejos, ilustración pareceres o asesoramiento no vinculante que puede muy bien realizar cualquier funcionario o servidor público, si, por el contrario, se refiere a actos de defender, representar o interceder por sí mismo o por intermedio de terceros, intereses indebidos o no debidos de particulares ante la Administración Pública. Se exige la verificación de actos concretos ante la instancia 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. El verbo rector "patrocinar" es sinónimo de defender, asesorar o la acción de abogar, litigar".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 390.

D 1394 "El patrocinio puede ser formal o explícito (alegatos, peticiones) o disimulado acompañando por ejemplo a los procesos, formulando pedidos a los encargados de los despachos, tomando conocimiento e medidas reservadas, etc. El patrocinio puede ser gratuito o remunerado, no interesa que se haga para conseguir un provecho patrimonial para sí mismo o para un tercero, por lo que es indiferente cualquier tipo de beneficio, como también resulta irrelevante el resultado positivo o negativo del patrocinio".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 391.

D 1395 "¿Qué debemos entender por "patrocinar"? Importa abogar por una cosa o por una persona, de representarlo, a fin de favorecerlo en un determinado sentido, de gestionar los intereses de los particulares ante la Administración, amén de obtener a favor de aquel, situaciones ventajosas en una situación determinada. Conducción que puede acontecer en los diversos niveles de la Administración Pública, sea en un ámbito judicial, legislativo, gubernamental, etc., solo a título de una modalidad comisiva, debiéndose rechazar la modalidad omisiva".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 374.

D 1396 "Patrocinar. Este término significa algo más que "interesarse" (...). Se exige la verificación de actos concretos ante la Administración Pública que impliquen una intervención a favor de intereses particulares, sea que estos se realicen de manera personal o a través de cualquier otro medio (un tercero, por teléfono, mediante un escrito, etc.). Pero el funcionario deber haberse identificado como tal; no interesa si la intervención busca algo legitimo o no, sino el "uso indebido" de la "autoridad" que reviste el cargo de funcionario".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 323.

D 1397 "Lo que interesa es que la conducta del funcionario se dirija a otro funcionario buscando influir en este de alguna manera. Por eso mismo si tendrían que estar comprendidos dentro del tipo penal la entrega de tarjetas, recomendaciones y presentaciones personales".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 324.

D 1398 "Por otro lado, el tipo penal peruano parece referirse a un patrocinio directo; pero esto no es tan cierto. El funcionario que pide a una persona distinta (funcionario o no) que acuda ante el funcionario que tiene en sus manos una decisión sobre un particular, ya está patrocinando intereses privados. El tipo penal no exige que el sujeto activo acuda el mismo al funcionario que quiere influir, sino que se "valga de su calidad de funcionario" para "patrocinar".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 324.

D 1399 "El concepto de "patrocinio" también engloba los casos de infracción a la incompatibilidad de la función pública con actividades privadas, siempre y cuando lleve a actividades de "patrocinio" efectivo; p. ej., si el Juez, ejerce como abogado ante otro Juez de la misma jurisdicción a favor de un privado. La mera infracción a la incompatibilidad que no trascienda a la Administración Pública sería impune, aunque si pueda constituir una infracción administrativa, incluso grave. P. ej., los casos de magistrados que ejercen un negocio privado (art. 146 Const.); médicos de hospitales públicos que paralelamente ejercen en consultas privadas, etc.".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 325.

D 1400 "Según la RAE, el verbo "patrocinar", proviene del latín *patrocinari*, significando "defender, proteger, amparar, favorecer. Apoyar o financiar una actividad, normalmente con fines publicitarios". En ese sentido, el sujeto cualificado, defiende, patrocina o representa los intereses particulares ante la Administración Pública, valiéndose de su calidad de su condición de funcionario o servidor público".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 457.

D 1401 "En conclusión, en un caos concreto, el patrocinio puede ser formal o explicito, es decir, existiendo un apersonamiento expreso en un determinado proceso de diversa naturaleza, esto es, administrativo, penal, civil, comercial, arbitral, etc., por cuanto la norma prohibitiva no hace restricción alguna, únicamente se refiere a que dicho patrocinio ilegal tiene que ser llevado ante la Administración Pública, siendo así, el sujeto cualificado, puede patrocinar de manera onerosa o gratuitamente, por cuanto para efectos consumativos, no interesa la modalidad en la cual incurre el sujeto cualificado, por cuanto el reproche penal radica fundamentalmente en abusar del estatus de funcionario o servidor público".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 457.

D 1402 "En la doctrina, al referirse a este elemento del tipo, se entiende el favorecimiento, defensa, amparo, apoyo, gestión ante cualquier estamento de la Administración Pública, y que este verbo rector no se limita solo al ámbito judicial, sino que se extiende a toda la Administración Pública. Que los actos de amparar o patrocinar no se reducen a simples consejos, ilustración, pareceres o asesoramiento no vinculante sino a actos de defender, representar o interceder por sí mismo o por intermedio de terceros.

Se comprendió que el término se refiere a actos de defender, representar o interceder por sí mismo o Por intermedio de terceros, esto es, que se exige la verificación de actos concretos, de manera personal o a través de cualquier medio (un tercero, por teléfono, mediante un escrito, etc.), que impliquen una intervención, no siendo suficiente el simple asesoramiento sin intervención ante la Administración Pública.

No se refiere al simple consejo, ilustración, ni parecer sino al acto de defender, favorecer, apoyar, amparar, gestionar, representar o interceder. El verbo rector "patrocinar" es sinónimo de defender, asesorar o la acción de abogar, litigar.

El patrocinio puede ser formal o explícito (alegatos, peticiones) o disimulado (acompañando a los procesos, formulando pedidos a los encargados de los despachos, tomando conocimiento de medidas reservadas, etc.)".

MAITA DORREGARAY, Sara del Pilar. "Interpretación del tipo penal de patrocinio ilegal". En: CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés (coordinadora). *Nuevo proceso penal y delitos contra la Administración Pública*. Lima: Jurista Editores, 2014, p. 741.

D 1403 "Finalmente, por la redacción de la fórmula legislativa, la conducta solo se realiza por comisión. Es imposible que se realice por una conducta omisiva. En efecto, no es

posible patrocinar, abogar o defender guardando silencio o actos omisivo. Tales actos requieren siempre un hacer por parte del sujeto público".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 393.

- El patrocinio debe girar sobre intereses de particulares ante la Administración Pública

D 1404 "El sujeto público debe concurrir en la defensa de intereses particulares (personas naturales o personas jurídicas privadas) ante cualquier estamento de la Administración Pública, sea en el ámbito judicial, legislativo, gubernamental, etc. Asimismo, es indistinto que el patrocinio sea desventajoso o ventajoso para los intereses estatales, pues puede resultar en algunos casos que los intereses que se patrocina sean coincidentes con los intereses de la Administración, como por ejemplo, si la contratación con determinada empresa del ramo resulta ventajosa e idónea para la entidad estatal; pues 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".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 392.

D 1405 "Este tipo penal no diferencia la licitud o ilicitud del interés del patrocinado, pues es suficiente que el funcionario o servidor hará mal uso de su calidad para patrocinar intereses particulares, estando impedido a ello por ética funcional, decoro y/o expresas prohibiciones o incompatibilidades. Lo que interesa es que el funcionario no use su investidura más allá de lo que le permite la ley. También resulta irrelevante la finalidad o el móvil que impulse al funcionario a patrocinar un interés privado".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 392.

D 1406 "Indistintamente a la modalidad que se adopte (sea el patrocinio explícito o disimulado), el delito se configura se configura siempre que los intereses privados que patrocina el funcionario o servidor público no correspondan a actos propios de su oficio".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 392.

D 1407 "Este patrocinio también comprende los casos de incompatibilidad de la función pública con actividades privada, siempre y cuando lleve a actividades de patrocinio efectivo, como, por ejemplo, si el juez ejerce como abogado ante otro juez de la misma jurisdicción a favor de un privado. La mera infracción a la incompatibilidad que no trascendiera a la Administración Pública seria impune, aunque si pueda constituir una infracción administrativa, incluso grave, como sería el caso de magistrados que ejercen un negocio privado, etc.".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 392.

D 1408 "Tampoco exige el tipo penal una concertación con el patrocinado o con el funcionario ante el cual se patrocina el interés particular. El funcionario cumple el tipo incluso patrocinando un interés por propia cuenta sin que el particular se lo haya solicitado o lo hayan acordado previamente. En este último caso, la responsabilidad penal como partícipe del particular patrocinado queda descartada".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 393.

D 1409 "Los intereses que patrocina el *intraneus*, pueden resultar en algunos casos coincidentes con los intereses de la Administración, por ejemplo, de que la contratación con determinada empresa del ramo, resulte ventajosa e idónea para la entidad estatal; no obstante, dicha actuación ha de ser también ilícita. Debe entenderse, que la represión penal se fija en el torcimiento de la una actuación pública orientada únicamente a velar por el interés de la Administración, la cual puede tomar lugar sea un patrocinio desventajoso o ventajoso para los intereses estatales".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 375.

D 1410 "Interés particular. Se discute sobre si el interés patrocinado debe tener carácter económico o no. Pero, como observa Creus, todo interés tiene siempre contenido económico; lo que puede ser diferente es la finalidad que se busca. Y ello es irrelevante. Habría ilicitud incluso cuando se quisiera beneficiar al Estado".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 326.

D 1411 "En este extremo, el sujeto cualificado, esto es, funcionario o servidor público, defiende o patrocina los intereses de particulares, es decir, terceras personas, tanto naturales o jurídicas, quienes mantienen pretensiones en la Administración Pública. Todo ello, valiéndose del cargo especial que ostenta el sujeto cualificado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 458.

D 1412 "Interpretamos que se refiere al patrocinio de intereses de particulares (personas naturales o personas jurídicas privadas) ante cualquier estamento de la Administración Pública. Se trata de abogar, gestionar los intereses de los particulares ante la Administración Pública para obtener a favor de estos, situaciones ventajosas en una situación determinada.

Esta conducta puede tener lugar en los diversos niveles de la Administración Pública, sea en el ámbito judicial, legislativo, gubernamental, etc., solo a título de una modalidad comisiva, rechazándose la modalidad omisiva. Asimismo, es indistinto que el patrocinio sea desventajoso o ventajoso para los intereses estatales, pues puede resultar en algunos casos que los intereses que se patrocina sean coincidentes con los intereses de la Administración, como por ejemplo si la contratación con determinada empresa del ramo resulta ventajosa e idónea para la entidad estatal, pues 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".

MAITA DORREGARAY, Sara del Pilar. "Interpretación del tipo penal de patrocinio ilegal". En: CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés (coordinadora). *Nuevo proceso penal y delitos contra la Administración Pública*. Lima: Jurista Editores, 2014, p. 742.

J 0187 "El segundo elemento normativo a interpretar es el "patrocinio de intereses de particulares". La acción de patrocinar implica todo suceso que permita la mejora de una determinada situación jurídica, la cual puede expresarse en el asesoramiento o en la defensa. Dentro de los actos de asesoramiento se encuentran todas aquellas conductas que impliquen un consejo –de cualquier índole– para mejorar la posición de una persona o 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. La defensa –acto de patrocinio por excelencia– 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 abogara por la misma de forma necesariamente directa.

El patrocinio al que se refiere este artículo tiene una inmediata conexión con un interés de un particular ante la Administración Pública. Por "interés del particular" se hace referencia directa de todo aquello que pueda ser pretendido por una persona que no pertenezca a la Administración Pública. 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 va a favorecer.

En este sentido, el sujeto activo puede pretender obtener información sobre un proceso de adjudicaciones del Estado (la compra de papel para una dependencia del MTC) para un funcionario público (un ejecutor coactivo de una Municipalidad de provincia) 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. En este caso, aparentemente no podría presentarse un patrocinio de interés de particular, pues se trata de un funcionario público; sin embargo, esta interpretación no es correcta, pues, acorde a los antes expresado. El favorecido es –en relación al subsector de la Administración Pública– un particular pues no tiene ningún tipo de injerencia en él. Por lo que pese a ser funcionario público, de cara a esta operación es considera un particular, pues carece de relación directa con el sector de la Administración Pública donde es favorecido".

Sala Penal Permanente. Casación N° 226-2012-Lima, de 26 de setiembre de 2013, magistrado ponente: Pariona Pastrana, considerando 13.

J 0188 "Asi tambien, lo que el delito de patrocinio ilegal requiere es que el patronicio de intereses particulares se efectue ante la "Administración Pública", el cual es un elemento tipico amplio que abarca tanto un ámbito administrativo como un ámbito jurisdiccional. En todo caso, el elemento tipico "Administración Pública" deberá ser interpretado en conjunto con el elemento tipico "patrocinio" el cual no se configura únicamente con una defensa formal del particular dentro de un procedimeinto administrativo o un proceso judicial, sino que implica todo suceso que permita la mejora de una determinada situacion juridica. (...)".

Sala Penal Especial. Expediente N° 00011-2019-6, Resolución N° 03, del 08 de enero de 2021, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 7.21.

- Valiéndose de su calidad de funcionario o servidor

D 1413 "El hecho punible se configura si el patrocinio de intereses de particulares ante la Administración Pública, se efectúa por el agente valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público. Valerse del cargo implica hacer prevalecer la condición especial de sujeto público. El agente actúa abusando del cargo público que ostenta. El agente, conociendo su condición especial, utiliza tendenciosa o abusivamente de sus calidades en el orden social para privilegiar a particular que bien pueden ser personas articulares o jurídicas".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 393.

D 1414 "Los actos de patrocinio indebido que desarrolla el agente público están dirigidos hacia otro funcionario o servidor público que eventualmente tiene dentro de sus atribuciones o funciones resolver algún asunto o conflicto del particular a quien pretende ayudar el sujeto activo. Aun cuando en ciertos casos puede darse, no se exige que en el conflicto a resolver intervenga el Estado como parte".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 394.

D 1415 "Valerse de la calidad de funcionario distingue la simple intervención del patrocinio ilícito, pues no es lo mismo que el funcionario vaya a preguntar a la mesa de partes de cualquier repartición del Estado, a que se presente usando su calidad de funcionario público para, directa o indirectamente, conseguir presionar sobre los demás funcionarios públicos. El funcionario se aprovecha de su calidad de tal para tener acceso y, eventualmente, influir o presionar a otros funcionarios.

Lo que se sanciona penalmente es el aprovechamiento de la calidad poseída por el funcionario o servido público. Valerse del cargo es hacer prevalecer la calidad e investidura poseída (privilegios y posesionamientos, jerarquía, rango o relaciones".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 394.

D 1416 "Premisa fundamental, resulta el "prevalimiento del cargo funcionarial" en tal entendido el autor ha de valerse de dicha condición pública para asumir la figura de gestor de intereses privados ante la Administración, es decir el agente se aprovecha de estar inmerso en la estructura organizacional de cierto estamento público, para así acceder a un funcionario público que está conociendo el caso que involucra intereses de los particulares. Se presenta así una incompatibilidad entre los intereses particulares y los estrictamente generales que solo ha de patrocinar el funcionario".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 374.

D 1417 "El requisito mencionado resulta ser de suma importancia, por cuanto la finalidad de sujeto cualificado, esto es, funcionario o servidor público, utiliza el poder funcionarial

propio del cargo con la finalidad de patrocinar los intereses particulares, obteniendo sin lugar a dudas una postura ventajosa".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 459.

D 1418 "El hecho punible se configura si el patrocinio de intereses particulares ante la Administración Pública se efectúa por el agente valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público. Según la doctrina, 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. Los actos de patrocinio indebido por efectuarse ante la Administración Pública, deben estar dirigidos hacia otro funcionario o servidor público, que eventualmente tiene dentro de sus atribuciones o funciones resolver algún asunto o conflicto del particular a quien pretende ayudar el sujeto activo. Lo que interesa es que la conducta del funcionario se dirija a otro funcionario buscando influir en este de alguna manera".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 459.

D 1419 "El verbo rector en el tipo es el vocablo "patrocinar", que es sinónimo de defender, asesorar, abogar o litigar. El verbo rector utilizado por el legislador en la configuración del tipo debe interpretarse asociado a la expresión "valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público", para precisar o delimitar la conducta que realmente se desea reprimir. Lo reprochable radica en la acción del agente que, haciendo uso indebido de su calidad especial (funcionario o servidor público), defiende, asesora, intercede, etc., intereses de particulares ante la Administración Pública. El tipo exige para su configuración que el patrocinio sea de intereses privados.

No es típica la conducta del agente que se traduce en patrocinar intereses particulares ante la Administración Pública valiéndose de su profesión. No es lo mismo valerse de la calidad de funcionario o servidor público que valerse de la profesión. La norma penal solo sanciona al que se vale de su calidad de funcionario para defender intereses particulares, no al que se vale de su profesión. No puede confundirse la calidad de funcionario o servidor público con la profesión que este ostenta".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 194.

D 1420 "El tipo objetivo del delito de patrocinio ilegal exige que el agente se valga de su condición de funcionario o servidor público para patrocinar intereses particulares. Lo que la norma penal criminaliza es el aprovechamiento de la calidad poseída por el funcionario o servidor público. El agente, conocedor de su condición especial, utiliza tendenciosamente o abusa de *sus* calidades en el orden social para privilegiar a sus favorecidos, los cuales tienen que ser necesariamente particulares (personas naturales o personas jurídicas privadas)".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. Vol. III. Lima: Ediciones Legales, 2016, p. 1607.

J 0189 "El primer elemento a valorar es el valerse del cargo, que en el tipo penal ha sido descrito como de la calidad de funcionario o servidor público. 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 le 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.

La jurisprudencia ha interpretado este elemento típico de la siguiente manera: "El funcionario se aprovecha su calidad de funcionario para tener acceso y, eventualmente, influir o presionar a otros funcionarios". Con ello el énfasis que se coloca no está en la función pública en abstracto, sino en la función pública en relación con la importancia para la misma con el interés patrocinado.

Al analizarse este elemento tiene que ser contrastada la función o servicio público desempeñado y su importancia con el interés particular que desea patrocinar. De esta forma, la idoneidad de la conducta estar en relación con el nexo entre el cargo desempeñado y el patrocinio del interés".

Sala Penal Permanente. Casación N° 226-2012-Lima, de 26 de setiembre de 2013, magistrado ponente: Pariona Pastrana, considerando 12.

J 0190 "Que, el presente, la acusación también imputo, concurrentemente, el delito de patrocinio ilegal, previsto en el artículo 385 del Código Penal. Este delito 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. El funcionario patrocina, es decir, promueve, favorece, auspicia o recomienda intereses particulares, ajenos a la Administración. No se exige un desdoblamiento, que es propio de la negociación incompatible (Creus, Carlos: *Delitos contra la Administración Pública*, Editorial Astrea, mil novecientos noventa y nueve, página doscientos noventa y nueve).

Desde el suceso histórico global, el tipo legal de negociación incompatible abarca en su integridad, con exclusión de la figura penal de patrocinio ilegal, todo el injusto típico. La conducta se desarrolló en el marco de una contratación pública; a título de autores se comprende a los miembros del Comité Especial, y a título de autores se comprende a los miembros del Comité Especial, y, a título de cómplice primario, se incluye al titular de la empresa indebidamente beneficiada. El encausado Alcántara Tarazona, socio fundador de la empresa G&H Contratistas Generales SRL, no solo conoció que esa empresa no podía intervenir en esa adjudicación directa, sino que, de uno u otro modo, en razón de su cargo de teniente alcalde, superior jerárquico de sus coimputados, presto auxilio o ayuda para que tal participación de la empresa tenga lugar e intervino en que se concrete la obtención de la buena pro por los autores. No puede negarse, tampoco, la concurrencia de un plan delictivo y la intervención de los imputados según el rol acordado".

Primera Sala Penal Transitoria. R.N. N° 666-2016-Ancash, de 29 de mayo de 2017, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 10.

3. Tipicidad subjetiva

D 1421 "Del a lectura del contenido de la fórmula legislativa, se concluye que se trata de un delito de comisión dolosa, no cabe la comisión por culpa o negligencia del agente. El sujeto activo, siempre uncionario o servidor público, actúa conociendo que tiene impedimento de patrocinar intereses de particulares, no obstante, voluntariamente, desarrolla la conducta que sabe bien está prohibida. Es un delito de comisión solo por medio de dolo directo, no es suficiente la comisión por dolo eventual".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 396 y 397.

D 1422 "El tipo subjetivo del injusto viene integrado por el dolo del autor, conciencia y voluntad de realización típica, el agente ha de dirigir su conducta a patrocinar de forma efectiva, intereses de particulares, sabiendo que ello resulta incompatible con el ejercicio legal de sus funciones".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 376.

D 1423 "El delito materia de análisis, es de naturaleza dolosa, es decir, exige dolo directo, no siendo posible la forma culposa o delito imprudente, por cuanto la forma culposa tiene que estar expresamente consignada en el tipo penal, según señala el art. 12 del CP; (...)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 461.

4. Autoría y participación

D 1424 "Por lo tanto, en el delito de patrocinio ilegal, respecto a la autoría directa, parece en la medida que el sujeto cualificado (funcionario o servidor público) domine la acción delictiva por sí solo, es decir, patrocine a un tercero frente a otros funcionarios o servidores públicos valiéndose del cargo que ostenta. Respecto a la autoría mediata, no es posible su admisión, por lo personalísimo de los deberes funcionariales. Con relación a la coautoría es posible en la medida que la pluralidad de intervinientes, codominen el hecho punible, por cuanto tienen la capacidad funcional conjunta, para patrocinar a un tercero frente a otros funcionarios o servidores públicos".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 462.

D 1425 "El delito de patrocinio ilegal, conforme se viene sosteniendo en otros apartados, desde la óptica de los delitos de dominio, admite la participación delictual en todos sus extremos, es decir, admite las formas de complicidad (primaria y segundaria), esto es, será partícipe el sujeto que coopera con el plan del autor cualificado a través de un extraño envía el mensaje influyente al funcionario que viene avocándose a la pretensión del patrocinado, en

ese sentido, la punición del cómplice de un delito especial encuentra amparo en la redacción de la parte final del art. 25 del CP, cuando señala que el cómplice siempre responden e referencia del hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él, es decir, el legislador se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 463.

D 1426 "Respecto al instigador, tendrá responsabilidad en circunstancia que haya determinado o desplegado el influjo psicológico a favor del autor, esto es, funcionario o servidor público, para que obligue o induzca al tercero interesado, con el acto funcional, todo ello con la única finalidad de obtener el bien o promesa patrimonial indebida, situación que es plenamente posible en el caso concreto".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 463.

5. Tentativa y consumación

D 1427 "Es lugar común en la doctrina peruana considerar que, al tratarse un delito de peligro, de mera actividad o de emprendimiento, se perfecciona con la simple realización de los actos de patrocinio prohibidos; a efectos de la consumación, no importa si ello se verifica con éxito o no, con beneficio patrimonial o no para el sujeto activo.

Al constituirse en un delito de mera actividad o de emprendimiento, no es posible que el hecho punible quede en el grado de tentativa".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 397.

D 1428 "La consumación se da con los actos de patrocinio, es decir, cuando se produce la intervención del funcionario como parte privada. No es posible la tentativa; se trata de un delito de emprendimiento".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 326.

D 1429 "Desde, la óptica de los delitos de dominio, tenemos que el perfeccionamiento del delito de patrocinio ilegal opera en la medida que la conducta delictual del sujeto cualificado aparezca inmersa en el verbo rector "patrocinar", dicho verbo rector, conforme se viene sosteniendo, resultan ser de naturaleza activa y de comisión instantánea, supuesto afín a la estructura de los delitos de mera actividad, por lo tanto, el tipo penal alcanza la consumación en la medida que el agente ejerza los actos de patrocinio formal o informal, así como directa o indirectamente, buscando acceder, influyendo presionando a otros funcionarios o servidores públicos avocados al conocimiento de la causa del patrocinado, dichos actos irregulares

siempre serán desplegados en la medida que el sujeto cualificado se valga del estatus de funcionario o servidor público que viene ostentando".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 462.

D 1430 "Siguiendo estrictamente las reglas de la dogmática penal, en la cual se indica que la tentativa no es posible en los delitos de mera actividad y delitos de peligro abstracto, por la ausencia del baremo "espacio-temporal", entonces, al haber asumido la tesis que el delito de patrocinio ilegal resulta ser un delito de mera actividad y peligro abstracto no sería posible el delito tentado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 461-462.

D 1431 "El delito de patrocinio ilegal se trata de un delito de peligro (abstracto), de mera actividad, por tanto, se perfecciona con la simple realización de los actos de patrocinio ilegales por parte del sujeto activo. En otras palabras, se perfecciona típicamente en un solo acto en sentido jurídico: "patrocinar" (aunque este concepto puede abarcar varios comportamientos causales en *tiempo* y espacio: por ej. suscribir, aconsejar, entrevistas, seguimiento de expediente o carpeta, etc.)".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. Vol. III. Lima: Ediciones Legales, 2016, p. 1615.

V

EXTENSIÓN

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 386 **Extensión**

Las disposiciones de los Artículos 384 y 385 son aplicables a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición interviene; y, a los tutores, curadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a incapaces o testamentarías[31].

TEXTO ORIGINAL

Artículo 386.- Responsabilidad de peritos, árbitros y contadores particulares

Las disposiciones de los artículos 384 y 385 son aplicables a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen, respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias.

PRIMERA MODIFICATORIA

Artículo 386.- Responsabilidad de peritos, árbitros y contadores particulares

Las disposiciones de los artículos 384 y 385 son aplicables a los peritos y contadores particulares, respecto de los bienes en cuya tasación, adquisición o partición intervienen, respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias[32].

2. Sujeto activo

D 1432 "Exclusivamente los particulares que a continuación se describen:

- Peritos. Perito es la persona que siendo competente en determinada materia de conocimiento (por su profesión técnica u oficio) es convocada para emitir dictamen acerca de algún tema o punto necesitado de esclarecimiento o dilucidación. Puede ser designado por las partes o por la autoridad competente.

  Es muy basto el espectro de materias sobre las que pueden pronunciarse los peritos, debiéndose desempeñar con diligencia, probidad y conocimiento.
- Árbitros. Se trata aquí de jueces de consenso elegidos y designados por las partes para que decidan determinadas controversias o negocios. El nombre de "árbitro" hace referencia a que las partes con voluntad y arbitrio dejan en manos de dicha persona la solución de sus problemas. Los árbitros pueden ser de derecho o de conciencia; los primeros se caracterizan por hacer uso del derecho aplicable para la solución del conflicto, y los segundos porque se valen de su sabiduría y los usos vigentes. Los árbitros pueden ser

31 Texto vigente conforme a la modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 26643, publicada el 26 de junio de 1996 en el diario oficial *El Peruano*.

32 Texto conforme a la modificación efectuada por la tercera disposición modificatoria de la Ley N° 26572, publicada el 5 de enero de 1996, en el diario oficial *El Peruano*.

igualmente nombrados por los jueces jurisdiccionales, es decir, por los que integran el Poder Judicial.

- Contadores. Son estos los profesionales técnicos que tienen a su cargo los registros de contabilidad de las empresas públicas o privadas y con menores formalismos de las personas naturales que tienen negocios.
- Tutores. Personas que ejercen tutela (Código Civil, artículos 502 al 563), es decir, el cuidado de la persona y del os bienes del menor de edad (incapacidad por minoría de edad) que no esté bajo el régimen de la patria potestad (cuidado que ejercen los padres).

  El Código Civil regula el ejercicio de la autoría que puede ser testamentaria, legitima, dativa. Las prohibiciones establecidas al autor son, entre otras, las siguientes: a) comprar o tomar en arrendamiento los bienes del menor; b) adquirir cualquier derecho o acción en su contra; c) disponer los bienes del menor a título gratuito; y d) arrendar por más de tres años los bienes del menor. Existe el deber de que el autor se comporte con diligencia y cautelando los intereses del cautelado.
- Curadores. Son aquellos encargados de cuidar y proteger al adulto incapaz, previamente interdictado, en su persona bienes y negocios. La ley civil peruana contempla tres clases de curatela: a) incapaces; b) de administración de bienes; y c) para asuntos determinados. Los curadores tienen asignadas especificas funciones cuya trasgresión importa deslealtad para con los intereses del "curado".

  En lo que interesa al tipo penal, la curatela de los bienes del incapaz supone que la administración de los mismos, su custodia o su conservación y los actos para el cobro de créditos o pago de deudas, no deben rebasar los límites de las atribuciones establecidas legítimamente (por los familiares o judicialmente).
- Albaceas. Llamados también testamentarios o ejecutores. Son las personas encargadas de hacer cumplir o ejecutar la voluntad del testador. Las obligaciones del albacea se hallan igualmente contempladas en el Código Civil".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, pp. 221-224.

D 1433 "Para efectos del artículo 386 del Código Penal solo pueden ser autores, agentes o sujetos activos del delito, aquellas personas que tienen la condición de perito, árbitro, contador particular, tutor (ejerce tutela de menores cuya patria potestad no ejercen los padres), curador (ejerce el cuidado y protección de un adulto declarado incapaz) o albacea persona encargada de hacer cumplir la última voluntad del testador).

Nadie más puede ser sujeto activo. Pero no puede ser cualquier perito, árbitro y contador particular sujeto del delito en hermenéutica, sino aquellos que tengan que ver con los bienes en cuya tasación, adjudicación o participación intervienen. De igual modo no pueden ser autores del delito en comentario cualquier tutor, curador y albacea, sino aquellos que tengan relación o implicancia con los bienes pertenecientes a incapaces o testamentarias".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 402.

D 1434 "A pesar de los cuestionamientos expuestos, lo concreto es que el legislador admitió una figura delictual con sujetos cualificados independientes a los delitos de colusión

simple, colusión agravada y patrocinio ilegal, en ese sentido, el tipo penal resulta ser un delito de dominio, específicamente, delito especial propio, por cuanto el tipo penal exige un agente delictual específico, esto es, perito, árbitro, contadores particulares, curadores y albaceas. En ese sentido, dicha condición especial restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 466.

D 1435 "Sujetos activos: el tipo se refiere a dos grupos de personas, ninguno de ellos funcionarios públicos.

Los peritos son aquellos que poseen un conocimiento especial en el arte o la ciencia, y que son llamados para auxiliar a los funcionarios.

Los árbitros son aquellas personas nombradas por las partes o los jueces para dirimir una cuestión controvertida.

Los contadores son profesionales especializados en temas de llevanza de libros y registros comerciales.

Los tutores, aquellos designados por la ley o el juez para ejercer el cuidado de menores y de sus bienes.

Los curadores son los designados por la ley para cuidar de incapaces mayores y de sus bienes.

Los albaceas son aquellas personas encargadas por la ley de cumplir con la voluntad del testador".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 329.

3. Conducta típica

D 1436 "Queda fuera de duda que la extensión normativa contenida en el artículo 386, que amplía el circulo de autores, se refiere exclusivamente a sujetos particulares (o por excepción a sujetos públicos que actúan en calidad de particulares) por cuyas intervenciones técnicas o profesionales, vinculadas con los negocios del Estado con los interesados, son llamados a responder penalmente. Por lo mismo, deberá existir en los actos de estricta competencia de los sujetos equiparados a una vinculación causal imputable con los desarrollados por el funcionario o servidor público en cuanto coordinación y unidad jurídica de comportamientos ilícitos. No es suficiente un informe falso, una cuenta errada, es necesario e imprescindible que exista conexión dolosa con el concierto defraudatorio (es decir, con el acto lesivo de deslealtad para los intereses del Estado) y obviamente provecho económico para tales particulares".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, pp. 226 y 227.

D 1437 "En resumen, los sujetos enunciados en el tipo penal serán objeto de imputación por los delitos de colusión defraudatoria y patrocinio ilegal por la vinculación ilegal de sus actos con los del funcionario que se concierta para defraudar al Estado o que patrocina ilegalmente (aplicación o extensión de conducta vinculables y penalidades correspondientes). Se

entiende que la imputación es a título de autoría, dada la importancia de los actos para definir los citados delitos. Cabe complicidad si dichos aportes son de simple referencia, auxilio o no determinan la comisión delictiva".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 227.

D 1438 "Estaremos ante la figura delictiva de colusión desleal, en primer término, cuando en forma dolosa los peritos, árbitros y contadores particulares defraudan al Estado o entidad u organismos del Estado, concertándose con los interesados respecto de los bienes de la Administración Pública en cuya tasación, adjudicación o participación intervienen por razón de su cargo o comisión especial".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 399 y 400.

D 1439 "De igual modo, se configura el delito de colusión desleal cuando en forma dolosa los tutores, curadores y albaceas defraudan al Estado, entidad u organismos del Estado, concertándose con los interesados respecto a la tasación, adjudicación o partición de los bienes pertenecientes a incapaces o testamentarias en los cuales intervienen por razón de su cargo".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 400.

D 1440 "En el caso concreto, respecto al delito de colusión simple, se advierte que los sujetos activos, esto es, perito, árbitro, contadores particulares, curadores y albaceas, concertan con los interesados respecto a temas específicos propios de sus funciones para defraudar al Estado, todo ello, en un escenario de contrataciones públicas. Por otro lado, respecto al delito de colusión agravada, los mismos sujetos, perito, árbitro, contadores particulares, curadores y albaceas, concertan con los interesados con una finalidad perjudicial, es decir, con la intención de perjudicar el patrimonio del Estado, situación que para fines configurativos exige que se concrete dicho perjuicio, dentro de un contexto de concesiones o contrataciones públicas. En ese sentido, los detales configurativos del delito materia de comentario aplican una técnica remisiva a los postulados fijados en los arts. 384 y 385 del CP, subsecuentemente el lector deberá remitirse a dichos capítulos con tal fin".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 468.

D 1441 "[Patrocinio] Este delito se configura cuando en forma dolosa el sujeto activo que tiene la condición especial de perito, árbitro o contador particular, haciendo prevalecer su condición especial favorece, defiende, ampara, apoya, gestiona o patrocina los intereses, legítimos o ilegítimos, de ciudadanos particulares ante cualquier estamento de la Administración Pública en cuya tasación, adjudicación o partición interviene".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 400.

D 1442 "En el otro extremo, se configura el delito de patrocinio ilegal cuando con conocimiento y voluntad el tutor, curador, albacea, haciendo prevalecer su condición especial favorece, defiende, ampara, apoya, gestiona o patrocina los intereses, legítimos o ilegítimos, de ciudadanos particulares ante cualquier estamento de la Administración Pública, respecto de los bienes pertenecientes a incapaces o testamentarias".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 400.

D 1443 "Es difícil y no común que se presenten estos supuestos en la práctica judicial; sin embargo, ello no justifica ni explica en forma razonable que se sugiera su eliminación del catálogo penal. Caso contrario, habría que sugerir su eliminación del catálogo penal. Caso contrario, habría que sugerir también que el delito de genocidio se elimine del Código Penal, debido a que en la práctica es muy escasa o no común su aplicación.

Es escasa su aplicación en la práctica judicial, pero es totalmente posible que un perito, árbitro o contador particular, por ejemplo, haciendo prevalecer su condición especial defienda, ampare, apoye gestione intereses de ciudadanos particulares ante cualquier estamento de la Administración Pública respecto de los bienes de esta en cuya tasación, adjudicación o participación interviene".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 401.

D 1444 "En el supuesto específico, se advierte que los sujetos activos, esto es, perito, árbitro, contadores particulares, curadores y albaceas, despliegan su conducta con fines de patrocinar, influir o interceder ante un funcionario o servidor público quien se avoco a temas de interés del tercero patrocinado, todo ello en el desarrollo de la función de la Administración Pública".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 468.

D 1445 "Conductas típicas. El tipo se refiere siempre a acciones en desmedro de aquellos a favor de quienes deben ejercer la función específica. En todos los casos el sujeto activo se parcializará fraudulentamente en contra de los intereses que debe defender y a favor de sí mismo o de terceros.

a) En el "fraude a la Administración Pública":

   En el primer grupo: el perito, árbitro y contador y particular, respecto de la tasación, adjudicación o participación de bienes, pero siempre que se traten de bienes de la Administración Pública. Esto tiene que ser así debido a la vinculación el artículo 386 y el artículo 384. P. ej., el perito hace una tasación tendenciosamente menor en bienes que va a rematar el Estado; o tasación mayor en bienes que va a adquirir la administración.

   En el segundo grupo, los tutores, curadores y albaceas, respecto de los bienes pertenecientes a incapaces o testamentarias; siempre que se trae de una vinculación con la administración. En caso contrario, se tendría un delito común de "estafa" o "apropiación ilícita".

b) En el "patrocinio ilegal": no es posible la figura".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 329.

D 1446 "Por otro lado, de la forma de redacción del tipo penal 386 se concluye que los sujetos activos que se precisan en forma taxativa pueden realizar por si solos o con la concurrencia de otros funcionarios o servidores públicos los delitos de colusión desleal o patrocinio ilegal. El delito lo pueden realizar aquellos sujetos por si solos. En consecuencia, no es tan cierto que la actuación de los peritos, árbitros o contadores públicos, por ejemplo, estén vinculados necesariamente a los actos de otros funcionarios que se conciertan para defraudar al Estado".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 401.

D 1447 "Se trata aquí de operaciones o actividades en las que deben intervenir, mediante actos de relevancia penal, los sujetos activos del delito para que sus actos requieran tipicidad.

- **Tasaciones de bienes**. Intervienen aquí los peritos, faltando a la verdad, alterando justiprecios o dando estimaciones patrimoniales.
- **Adjudicaciones de bienes**. Intervienen deslealmente en este amito los árbitros, de presentarse situaciones de disputa o alegación de igualdad de derechos ganados.
- **Bienes pertenecientes a incapaces**. Intervienen los tutores y curadores en una variada gama de comportamientos que infringen las obligaciones asumidas de una correcta administración de los bienes (disposiciones o enajenación de bienes, utilización indebida, remates, etc.).
- **Bienes pertenecientes a testamentarias**. La norma penal reproduce aquí un término penal castizo que se remonta al Código Penal español de 1850 y que define, según Escriche, tres conceptos fundamentales: a) la ejecución de lo dispuesto en el testamento; b) el conjunto de los documentos y papeles que convienen para el debido cumplimiento de la voluntad del testador; y c) la reunión de los albaceas y ejecutores testamentarios".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos.* Lima: Nomos & Thesis, 2016, pp. 224 y 225.

D 1448 "Ante esta situación, es difícil interpretar el artículo 386 y determinar el objeto del bien jurídico directamente atacado. Teóricamente, el atentado contra la Administración Pública se desprende del deber de colaboración con la administración (peritos y contadores) o de la delegación que esta le hace o que la ley prevé para ejercer una función específica (árbitros), o de la asunción de deberes civiles en relación con otros particulares (tutores, curadores y albaceas). En este último caso, parece disiparse por completo el atentado contra la Administración Pública y, más bien, resalta el aspecto patrimonial individual. No obstante, la interpretación vinculada con el artículo 384 obliga a entender que en todos los casos debe haber un interés patrimonial del Estado que es afectado. En el caso de los peritos, árbitros y contadores; se debe tratar de bienes de la administración; en el segundo grupo, se debe tratar de la tutela, curatela a ejecución testamentarias de sujetos relacionados con la administración. P. ej.,

la tutela de un menor que contrata con el Estado la ejecución del testamento de una herencia en la que tiene interés la administración, etc.".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 329.

4. Tipo subjetivo

D 1449 "Necesariamente deberá tratarse de comportamientos dolosos, que siguen las características típicas de los artículos 384 y 385. Las infracciones culposas carecen de relevancia penal".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 228.

5. Consumación y tentativa

D 1450 "Al ser el delito de colusión defraudatoria un delito de resultado la equiparación hecha mediante el artículo 386 supone que el delito imputado a los autores equiparados dependerá de que se produzca el perjuicio al Estado. Las formas de tentativa son perfectamente admisibles.

En el caso de la equiparación hecha en función al delito de patrocinio ilegal, la consumación exige tan solo la actividad de patrocinio, es decir, se trata de una figura de simple actividad".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 228.

CAPÍTULO VII

Peculado

I

PECULADO DOLOSO Y CULPOSO

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

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, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años; 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.

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 ocho ni mayor de doce 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, 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[33].

TEXTO ORIGINAL

Artículo 387.- Peculado

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 la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años. 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 o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas.

33 Texto vigente conforme a la modificatoria efectuada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22 de octubre de 2016, en el diario oficial *El Peruano*.

PRIMERA MODIFICATORIA

Artículo 387.- Peculado

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 la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años.

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 o 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 social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años[34].

SEGUNDA MODIFICATORIA

Artículo 387.- Peculado doloso y culposo

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza en cualquier forma, o consiente que un tercero se apropie o utilice caudales o efectos públicos, 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.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años.

Si los caudales o efectos, independientemente de su valor, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años.

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 o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Si los caudales o efectos, independientemente de su valor, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de desarrollo o apoyo social, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años[35].

TERCERA MODIFICATORIA

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.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años.

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 o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los

34 Texto conforme a la modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 26198, publicada el 13 de junio de 1993, en el diario oficial *El Peruano*.

35 Texto conforme a la modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 29703, publicada el 10 de junio de 2011 en el diario oficial *El Peruano*.

caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años[36].

CUARTA MODIFICATORIA

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 y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.

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 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[37].

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico

D 1451 "Es común, en la doctrina, considerar que el bien jurídico protegido general es el recto desarrollo o desenvolvimiento de la Administración Pública.

En cuanto al bien jurídico específico o particular que se pretende proteger con la tipificación del delito de peculado, existe vivo y nada pacífico debate doctrinario. Se identifican tres posiciones bien definidas: la primera, que considera que se protege el patrimonio del Estado; la segunda sostiene que se protege el regular ejercicio de las funciones del funcionario o servidor público; y la última, que explica que el delito de peculado es pluriofensivo, toda vez que busca garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad a la que están obligados los funcionarios y servidores".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 435.

D 1452 "No debe olvidarse la diferencia entre bien jurídico protegido y objeto del delito. Ya hemos precisado que, en los delitos funcionariales como el peculado, el bien jurídico siempre es representado por principios o deberes de organización y funcionamiento del Estado

36 Texto conforme a la modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 29758, publicada el 21 de julio de 2011 en el diario oficial *El Peruano*.

37 Texto conforme a la modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 de noviembre de 2013 en el diario oficial *El Peruano*.

en tanto que el objeto del hecho punible es otro aspecto. Tratándose del peculado, el objeto del delito lo constituye el patrimonio. En suma, el bien jurídico específico que se lesiona con este delito es el principio o deber que tiene el sujeto público de no lesionar el patrimonio del Estado; en tanto que el patrimonio afectado es el objeto del delito".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 437 y 438.

D 1453 "De ahí que el delito de peculado se constituye en un delito pluriofensivo, toda vez que aparte de proteger el normal y recto funcionamiento de la Administración Pública, se pretende proteger en forma específica el deber de no lesionar el patrimonio del Estado. Este deber es impuesto por el cargo que desempeña el agente dentro de la Administración Pública. De modo que el bien jurídico específico solo se verá afectado cuando el agente lesione el patrimonio del Estado luego de haber infringido el deber de no lesividad que tiene para con los bienes encomendados o confiados en razón de su cargo. Ello es así hasta el punto de que, si el patrimonio estatal se lesiona sin que se infrinja el deber de no lesividad, el delito de peculado no se configura".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 438.

D 1454 "¿Cuál sería el bien jurídico tutelado en el delito de peculado? Hicimos alusión a un comportamiento que subvierte los objetivos esenciales de la Administración Pública según el Estado Social, que es de servir a la comunidad, de modo que el agente tuerce dichos cometidos, perturbando el correcto funcionamiento de la Administración, al apropiarse de caudales o efectos que pertenecen al Estado, asumiendo una conducta privatizadora del cargo público. Se presente así, una afectación a los fines que deben cumplir los bienes en el entramado estatal, que también involucra a un plano de legalidad; permitiendo colegir varios intereses jurídicos afectados, donde el acento ha de ponerse en una Administración funcional apegada a la Ley y a la Constitución.

La infracción del deber no resulta el bien jurídico tutelado por la norma penal, más si constituye un elemento a saber importante, en orden a establecer la relevancia jurídico-penal de la conducta; el disvalor de la acción propiamente dicho, con los añadidos de imputación (objetiva y subjetiva) que ello requiere".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 386 y 387.

D 1455 "Aquí están en juego diferentes aspecto del ya conocido bien jurídico "correcto funcionamiento de la Administración Pública en un Estado social y democrático de derecho": el patrimonio de la Administración Pública, la fe y la confianza pública depositada en el funcionario público encargado de percibir, administrar o custodiar bienes de la Administración Pública, la seguridad con que la Administración Pública quiere preservar los bienes públicos, lo cual es equivalente al cumplimiento de deberes del funcionario para con el Estado".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 331.

J 0191 "El bien jurídico tutelado en este delito es, a final de cuentas, "[...] *el correcto funcionamiento de los servicios públicos en base al mantenimiento de los recursos públicos patrimoniales y a una correcta gestión del patrimonio público*" [Mir Puig, Carlos: *Delitos contra la Administración Pública*, Editorial Bosch, Barcelona, 2000, p. 288]. Lo expuesto –la criminalización de estas conductas y su entidad punitiva en lo atinente a los bienes públicos– importa un mayor nivel de protección respecto de los bienes privados, en razón de los intereses generales afectados".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 2124-2018-Lima, del 29 de abril de 2019, magistrado ponente: César San Martín Castro, considerando 12, quinto párrafo)

J 0192 "Que el delito de peculado es uno de naturaleza pluriofensiva, por lo que el bien jurídico protegido está constituido por dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: (i) los intereses patrimoniales de la Administración Pública y (ii) evitar el uso del poder del que se haya investido el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad; que es evidente el contenido patrimonial de este tipo penal y, dentro de ese contexto, cabe incrementar el plazo de prescripción: duplica –de acuerdo a los lineamientos apuntados en el fundamento jurídico quinto–".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 2645-2012-Amazonas, del 10 de diciembre de 2012, magistrado ponente: Lecaros Cornejo, considerando 6.

J 0193 "Que, el bien jurídico protegido en el delito de peculado, además del correcto funcionamiento de la Administración Pública, abarca el patrimonio de esta, además de la fe y la confianza pública depositada en el funcionario encargado de percibir, administrar o custodiar bienes de la Administración Pública, por lo tanto, la seguridad con que esta quiere preservar los bienes públicos, constituyen el equivalente al cumplimiento de los deberes del funcionario para con el Estado; que en ese sentido, la infracción del deber de cuidado de sus caudales y sus efectos por parte del funcionario o servidor público es la premisa fundamental para determinar la comisión o no del delito en cuestión".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 907-2014-Tacna, del 26 de marzo de 2015, magistrado ponente: Rodríguez Tineo, considerando 6.

J 0194 "Que, el bien jurídico protegido en el delito de peculado, además del correcto funcionamiento de la Administración Pública, abarca el patrimonio de esta, la fe y la confianza pública depositada en el funcionario encargado de percibir, administrar o custodiar bienes de la Administración Pública, por lo tanto, la seguridad con que esta requiere preservar los bienes públicos, constituye el equivalente al cumplimiento de los deberes del funcionario para con el Estado".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 2165-2011-Ucayali, de 28 de noviembre de 2012, magistrado ponente: Rodríguez Tineo, considerando 3.

J 0195 "Que, en cuanto a la diferencia del injusto administrado e injusto penal, se debe atender a que el delito de peculado no solo protege el correcto funcionamiento de la

Administración Pública, sino también el patrimonio del Estado; por consiguiente, cuando las infracciones normativas no generan consecuencias perjudiciales para el patrimonio del Estado, no podrá apreciarse el delito de peculado, tanto más si ante dichas infracciones la reacción administrativa resulta satisfactoria y suficiente".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 5287-2008- Apurímac, de 05 de marzo de 2010, magistrado ponente: Santa María Morillo, considerando 5.

J 0196 "El delito de peculado tiene como objeto de protección la intangibilidad de los intereses patrimoniales del Estado, y controlar los excesos de poder que los funcionarios puedan cometer en el ejercicio de su función al administrar fondos públicos. Para que se configure el delito el agente debe apropiarse o utilizar, para sí o para terceros, los caudales o efectos cuya recepción, administración o custodia le hayan sido confiados en razón de su cargo".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 831-2013-Apurímac, de 08 de enero de 2014, magistrado ponente: Salas Arenas, considerando 3.1.

J 0197 "Que el delito de peculado es uno de naturaleza pluriofensiva, por lo que el bien jurídico protegido está constituido por dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: (i) los intereses patrimoniales de la Administración Pública y (ii) evitar el uso del poder del que se haya investido el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad; que es evidente el contenido patrimonial de este tipo penal y, dentro de ese contexto, cabe incrementar el plazo de prescripción: duplica –de acuerdo a los lineamientos apuntados en el fundamento jurídico quinto–".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 2645-2012-Amazonas, del 10 de diciembre de 2012, magistrado ponente: Lecaros Cornejo, considerando 6.

J 0198 "En general el bien jurídico protegido en el delito de peculado es el recto desarrollo o desenvolvimiento de la Administración Pública. En la doctrina nacional existen hasta tres posturas (dos de ellas son, la protección del patrimonio estatal y el ejercicio de las funciones públicas), pero como fruto del acuerdo concreto de la Corte Suprema surge la tercera teoría, en que el bien jurídico específico protegido es la no lesividad de intereses patrimoniales de la Administración Pública y la evitación del abuso de poder del funcionario o servidor público que no debe quebrantar los deberes funcionales de lealtad y probidad (por tratarse de un delito pluriofensivo).

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 funcionarial (debida administración)".

XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema. Acuerdo Plenario N° 7-2019, del 10 de setiembre de 2019, magistrado ponente: Salas Arenas, fundamentos jurídicos 18 y 19.

J 0199 "El Estado es una entelequia y requiere de personas para poder ejecutar sus fines a través de una eficiente administración de sus recursos. Por ello, uno de los bienes jurídicos que protege el tipo penal de peculado es el ejercicio correcto de la función pública, que

implica: i) el cumplimiento del principio de legalidad administrativa y ii) obrar con ética, lealtad y transparencia en la función que se desempeña. (...)".

Sala Penal Permanente. Casación N° 1527-2018-Tacna, del 05 de marzo de 2020, magistrado ponente: Sequeiros Vargas, considerando 1.1.

J 0200 "En cuanto al bien jurídico protegido por este delito, se desdobla en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico penal: **a)** garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; y **b)** evitar el abuso del poder que ostenta el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad".

Sala Penal Transitoria. Casación N° 500-2017-San Martín, del 18 de diciembre de 2019, magistrado ponente: Castañeda Otsu, considerando 9.

J 0201 "Que es sabido que el Derecho Penal Militar Policial es una rama especializada del Derecho Penal y, como tal, se circunscribe a determinadas conductas delictivas, en la medida en que cumplan con lo dispuesto por el artículo 173 de la Constitución y la interpretación que de esa norma realizó el Tribunal Constitucional (véase sentencias 0017-2003-AI/TC y 00012-2006- PI/TC).

En el presente caso el objeto material de los artículos 135 del Código Penal Militar y del 387 Código Penal es el combustible para el funcionamiento de las unidades policiales, el cual además es un bien o caudal de carácter público, y desde el círculo de autores, quienes lo cometieron –según los cargos– fueron policías y lo hicieron en el acto del servicio policial (circunstancias externas del hecho). El verbo rector, en ambos casos, esto es, la acción, es el apoderamiento o apropiación indebida –términos sinónimos– de bienes públicos (caudales o efectos) destinados al servicio de la institución.

Por lo demás, el carácter pluriofensivo del delito de peculado, en el que, además de la (i) conducta apropiatoria de ciertos bienes públicos por parte de los funcionarios públicos, se destaca la (ii) vulneración del correcto funcionamiento de la actividad patrimonial de los entes públicos. Por consiguiente, el bien jurídico es el deber de la Administración para con los ciudadanos en el correcto funcionamiento de la Administración y en la mejor protección de los bienes jurídicos individuales que de ese correcto funcionamiento se deriva en una sociedad compleja, lo que está en la base de todos los delitos contra la Administración Pública [Etxebarria Zarrabeitia, Xabier: Malversación de caudales públicos. En: AA.VV.: *Delitos contra la Administración Pública*, Editorial Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, pp. 183-184].

Uno de los elementos de lo injusto en los delitos de función militar policial es el bien jurídico respecto del que debe incidir la conducta delictiva. Tiene expresado el Tribunal Constitucional que la conducta debe afectar necesariamente un bien jurídico "privativo" de la institución a la que pertenece el imputado; es decir, que la naturaleza del delito de función no depende las circunstancias de hecho, sino del carácter de interés institucionalmente vital, que se ve afectado mediante un acto perpetrado por un efectivo militar o policial en actividad. Dicho bien tiene la singularidad de ser sustancialmente significativo para la existencia, operatividad y cumplimiento de los fines institucionales (STC 00012-2006-AI/TC, de quince de diciembre de dos mil seis, párrafo 36).

En esta perspectiva, el propio Tribunal Constitucional en la aludida sentencia, respecto de los artículos 142 al 144 del anterior Código de Justicia Militar Policial, que incluye la apropiación o sustracción de bienes dedicados a las operaciones militares y policiales, incluso combustibles [que es precisamente el bien jurídico atribuido como apropiado por los imputados] y carburantes, estipuló que en estos casos el bien jurídico afectado es el patrimonio –que no es un bien jurídico institucional, propio y particular de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional–, consideró que esos tipos penales eran inconstitucionales (STC 00012-2006-AI/TC, párrafo 95).

En el tipo penal del artículo 135 del Código Penal Militar Policial se insiste en similar conducta: apoderamiento ilegítimo de un bien perteneciente al Estado y destinado al servicio militar o policial. El bien jurídico patrimonio es patente, y además –introduciendo un matiz relevante y, a juicio de este Tribunal Supremo, central– tales bienes son comunes; es decir, no tienen una singularidad especialísima que los hace propios o exclusivos –que nadie los puede tener por imperio legal y la naturaleza de la función militar policial–, de suerte que se compromete la esencia misma de la operatividad militar policial en relación a las funciones constitucional y legalmente asignadas –existen bienes que solo tienen las Fuerzas del Orden y están al margen del comercio común y de propiedad de los civiles–. El combustible que se atribuye fue objeto de apropiación, es un bien de carácter general o de uso común para todo tipo de vehículos".

Sala Penal Permanente. Casación N° 1433-2018-Lima, del 26 de agosto de 2020, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 4.

2.2. Sujeto activo

D 1456 "Autor del peculado solo puede ser un funcionario público con respecto a los "efectos o caudales" sobre los cuales tiene la función de "percibir, administrar o custodiar", sea porque dicha tarea es inherente a sus funciones públicas o porque le ha sido encomendada excepcional o temporalmente por una autoridad competente. La doctrina admite como autor al funcionario que se coloca en situación de administrador, perceptor o custodia de facto, siempre y cuando las leyes no se opongan a esto".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 359.

D 1457 "De la lectura del tipo penal 387 del Código Penal se concluye que no estamos ante un delito especial, como señala la doctrina, sino que se trata de un delito especialísimo, o mejor, ante un delito especialísimo de infracción de deber. Aquí, además de exigirse que el agente cuente con la condición de funcionario o servidor público, se exige que tenga también una relación funcional ineludible con los efectos o caudales del Estado objeto del delito".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 439.

D 1458 "Es lugar común en la doctrina considerar que tato en el peculado doloso como en el culposo solo puede ser autor el funcionario o servidor público que reúne en su persona la

relación funcional exigida por el tipo penal, es decir, quien por el cargo que desarrolla dentro de la administración tiene bajo su poder o ámbito de vigilancia (directa o funcional) en percepción, custodia o administración, los caudales o efectos de los que se apropia o utiliza para sí o para otro. El funcionario debe tener los bienes en función de lo dispuesto por la ley, reglamentos, directivas u órdenes de autoridad competente en razón del cargo que desempeña. No basta que el funcionario disponga de los bienes públicos que coyuntural u ocasionalmente le encomendaron".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 439 y 440.

D 1459 "Es acertado afirmar que para efectos de interpretar el delito de peculado no sirve la definición amplia de funcionario público adoptada en el artículo 1 de la Convención Interamericana contra la Corrupción. En efecto, allí se prevé que para la Convención se entiende "Por funcionario público o servidor público a todo 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". Aquí se asume un concepto amplio de funcionario público. Abarca a todas aquellas personas que han sido seleccionadas o elegidas de forma permanente o temporal, remunerada u honoraria, para desempeñar un cargo público, así aún no haya juramentado y asumido realmente funciones. Este concepto no sirve para la configuración del delito de peculado, que por su propia naturaleza exige la concurrencia de una relación funcional real o jurídica entre el agente y el objeto del delito. Esto es, si el sujeto ha sido seleccionado o elegido, pero aún no ha asumido el cargo y, por lo tanto, aun no tiene la relación funcional real o jurídica, no podrá ser autor del delito de peculado si eventualmente se apropia de un bien o caudal público. Su conducta de apropiación en tales supuestos será tipificada en otro tipo penal".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 442 y 443.

D 1460 "Por nuestra parte, consideramos que, respecto al sujeto activo, el delito analizado, tanto en los supuestos delictuales de peculado doloso y culposo, resulta ser un delito de dominio, específicamente delito especial propio, por cuanto el tipo penal exige un agente delictual cualificado, esto es, funcionario o servidor público, en ese sentido, dicha condición especial restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente. Por otro lado, el supuesto de hecho, tanto en su modalidad dolosa y culposa, registra una relación directa entre funcionario o servidor público y la institución "Administración Pública", por lo tanto, por mandato legislativo se consignó deberes especiales impuestos al sujeto cualificado, es decir, se advierte una institución especial, conocida como "Administración Pública", la cual contiene una norma de mandato de la cual derivan deberes positivos o deberes de mandato que obligan al sujeto cualificado a actuar de una manera específica en favor de protección del bien jurídico, subsecuente, se trata de un delito de infracción de deber, por lo tanto, la imputación jurídico penal radica en la defraudación de una expectativa social de naturaleza normativa, la misma que aparece evidenciada en la lesión al deber especial impuesto al sujeto cualificado, subsecuentemente, dicha defraudación de naturaleza jurídica fundamentaría, además de la autoría, el injusto penal, por la

misma trascendencia que genera la vinculación del deber especial y la institución "Administración Pública".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 473 y 474.

D 1461 "Conforme la estructura normativa del artículo 387 del CP, la calidad de autor solo puede tenerla el funcionario servidor público, constituye un delito especial propio, característico de los injustos funcionariales, cerrando el círculo de sujeto activo a aquellos que en razón de la actuación funcional se apropia o utiliza caudales o efectos, cuya administración, percepción o administración le estén confiados en mérito al cargo.

No es suficiente que se identifique a un sujeto que ostente la investidura funcional, pues debe verificarse que la conducta típica haya tomado lugar "por razón de su cargo"; si el agente solo detenta la condición de servidor público y así ingresa a la oficina de otro empleado público y sustrae todo el sistema de cómputo, no será autor del delito de peculado sino de hurto simple, al no ser custodio del objeto materia del delito.

Hablamos, por tanto, de una relación de "Garante por asunción de deberes funcionales", lo que implica que el delito *–in examine–*, puede tomar lugar tanto en su modalidad comisiva como omisiva".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 389.

D 1462 "Sujeto activo. El tipo penal exige un "funcionario público" con competencia funcionarial específica.

La administración, percepción o custodia de los bienes públicos deben haber sido confiadas al funcionario en razón de su cargo (relación funcionarial específica). No se trata de una simple entrega de bienes como una cuestión de confianza en el funcionario (entrega facultativa), o derivada de la costumbre o del consenso o de cualquier otra circunstancia (p. ej., que se haya llegado a la tenencia por engaño, abuso, etc.); el funcionario debe tener los bienes en función de lo dispuesto por la ley, no debe bastar con que el funcionario disponga de los bienes "con ocasión" de sus funciones".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 336 y 337.

D 1463 "Al existir la exigencia típica de la "función específica" del sujeto activo, podría entenderse que solamente "funcionarios" pertenecientes a la burocracia estatal tradicional podrían ser autores del peculado, y que quedarían fuera del tipo los que laboraran para la Administración Pública bajo un régimen privado, quienes normalmente sí podrían cometer otros delitos contra la Administración Pública (art. 425, numeral 3). No obstante, nada impide que se entienda que la "relación funcionarial" exigida por el tipo de "peculado" exista también en este caso, si pese al régimen laboral privado, el sujeto había sido contratado precisamente para "percibir, custodiar o administrar" bienes públicos".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 338.

D 1464 "Es sujeto activo el funcionario o servidor público que por razón del cargo posee (directa o jurídicamente) caudales o efectos. La norma penal ha restringido el círculo de autores, de modo que ser funcionario servidor público no es suficiente para que se realice el delito. En efecto, si un funcionario no vinculado funcionalmente con los caudales se los apodera, no estará cometiendo peculado sino sencillamente hurto común o, de ser el caso, apropiación ilícita".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 240.

J 0202 "En este ilícito el sujeto activo es el funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidas por el tipo penal, es decir, quien por el cargo que desarrolla al interior de la administración tiene bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional), en percepción, custodia o administración los caudales o efectos de los que se apropia o utiliza para sí o para otro [Vid. Rojas Vargas, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*, Ed. Grijley, Lima, 2007, p. 480]. La relación funcional que posee el sujeto activo del delito de peculado con el patrimonio público es el elemento normativo nuclear que vincula la conducta del funcionario público con el sentido de relevancia penal de la tipicidad del delito de peculado. En esa línea, la vinculación funcional sirve para restringir o limitar el círculo de autores, circunscribiéndolo solo a aquellos que posean los caudales o efectos públicos por razón del cargo que desempeñan, excluyendo la hipótesis de autoría a los que no gozan o no tienen tal relación funcional".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 615-2015-Lima, de 16 de agosto de 2016, magistrado ponente: Pariona Pastrana, considerando 2.1.1.1.)

J 0203 "Que, es menester precisar que, en el delito de peculado doloso puede ser autor el funcionario o servidor público que por razón de su cargo tenga bajo su poder o ámbito de vigilancia en percepción, custodia o administración de los caudales o efectos, de los que se apropia o utiliza para sí o para una tercera persona natural o jurídica. Por otro lado, por el principio de imputación objetiva se atribuirá cada persona solo aquello que deba ser considerado como su obra, esto es, solo las consecuencias que pertenecen a su conducta –como modificación del mundo exterior– pueden serle imputadas, por consiguiente, las consecuencias que se deriven no de esa conducta, sino de la modificación producida en el mundo exterior, no le deben ser atribuidas".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 502-2011-Ayacucho, de 27 de marzo de 2012, magistrado ponente: Villa Stein, considerando 4.

2.3. Sujeto pasivo

D 1465 "Solo es el Estado, que viene a constituir el representante o titular de la Administración Pública en sus diversas manifestaciones: "No puede considerarse como sujeto pasivo del delito de peculado a los particulares, pues este ilícito solo puede ser cometido por funcionario o servidor público en perjuicio del Estado o de entidad dependiente de este". (...)".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 447.

D 1466 "Por nuestra parte, consideramos que el Estado resulta ser el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "Administración Pública". (...)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 475.

D 1467 "Es el Estado como titular y dueño del patrimonio que administran, custodian o perciben los funcionarios y servidores públicos, en razón del cargo funcional; y de forma mediata los comunitarios como naturales destinatarios de los fundos públicos que son apropiados indebidamente por los *intraneus*".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 392.

2.4. Conducta típica

2.4.1. La conducta típica del delito de peculado doloso

D 1468 "Al delito de peculado doloso podemos definirlo como el hecho punible que se configura cuando el funcionario o servidor público en su beneficio personal o para beneficio de otro, se apropia o utiliza, en cualquier forma, caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiadas por razón del cargo que desempeña en la Administración Pública".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 406.

D 1469 "(...) El delito de peculado doloso ocurrirá cuando el funcionario o servidor público se apropie o utilice, en beneficio propio o de terceros, bienes cuya administración o custodia le han sido otorgado en razón de su cargo".

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José y UGAZ HEUDEBERT, Francisco. *Delitos económicos, contra la Administración Pública y criminalidad organizada*. Colección de lo Esencial del Derecho N° 18. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2017, p. 134.

D 1470 "El tipo penal doloso de peculado admite dos modalidades de comisión: el peculado por apropiación y el peculado por utilización, conforme al uso de los verbos rectores apropiar y utilizar contenidos en la norma penal".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 241.

D 1471 "En consecuencia, las modalidades del delito de peculado doloso son la apropiación y la utilización. Se presentará la primera en aquellos casos que el funcionario o servidor público hace suyos los caudales del Estado que le han sido entregados en razón de la función pública que ejerce, pudiendo ser el beneficiario de dicha apropiación el propio funcionario o un tercero. Por otro lado, se cometerá peculado de uso cuando el funcionario o servidor

público utiliza o aprovecha temporalmente los bienes del Estado sin ánimo de hacerse dueños de ellos. Bajo esta última modalidad el sujeto activo no busca apoderarse del bien, sino simplemente utilizarlo en beneficio propio o de un tercero".

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José y UGAZ HEUDEBERT, Francisco. *Delitos económicos, contra la Administración Pública y criminalidad organizada.* Colección de lo Esencial del Derecho N° 18. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2017, p. 134.

- La apropiación como modalidad típica del delito de peculado doloso

D 1472 "Se configura el delito de peculado por apropiación cuando el agente se apodera, adueña, atribuye, queda, apropia o hace suyos los caudales o efectos del Estado que le han sido confiados en razón del cargo que desempeña dentro de la Administración Pública para percibirlos, custodiarlos o administrarlos. El agente obra con *animus rem sibi habendi*. El beneficiario con el apoderamiento puede ser el autor del hecho que siempre será funcionario o servidor público o en su caso, un tercero que, como veremos, puede ser tanto un funcionario o servidor público como una persona ajena a la administración".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 407.

D 1473 "La conducta del funcionario peculador se constituye en una apropiación *sui generis*. El no sustrae los bienes, ellos ya están en su poder de disposición en función del cargo que desempeña. El sujeto simplemente no administra los bienes aplicándolos a la función pública para el que están destinados, sino que dispone de ellos como si formaran parte de su propio y exclusivo patrimonio. Actúa como propietario del bien público".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 407.

D 1474 "La forma de apropiación puede recaer tanto en actos materiales de incorporación de los caudales o efectos públicos al patrimonio del autor, acrecentando su masa patrimonial, como en actos de disposición inmediata (venta, alquiler, préstamo, uso con ánimo de propietario, entrega a terceros, donaciones, etc.). En general, puede materializase en numerosos actos que, como expresión del poder del funcionario o servidor público, impliquen actividad comercial que ponga de manifiesto la ilícita disposición del patrimonio público que realiza el sujeto activo en el ámbito concreto de la apropiación, no obviamente cuando la vinculación entre sujeto activo y caudales o efectos se halle en un contexto de agotamiento".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 408.

D 1475 "Respecto al verbo "apropiarse", según la RAE, proviene del latín *appropiare,* por lo tanto, el significado del término, implica "hacer algo propio de alguien. Aplicar a cada cosa lo que les propio y más conveniente"; en ese sentido, el sujeto cualificado, esto es, funcionario o servidor público, quien opera en razón del cargo específico, hace suyo los caudales públicos entregados para su custodia o administración, por lo tanto, el sentido del verbo

"apropiarse", resulta ser ajeno al escenario de sustracción, por cuanto en este supuesto el sistema estatal entregó voluntaria y de una manera lícita dichos caudales o efectos públicos con la finalidad que el agente delictual cualificado optimice los servicios del sector público, empero defrauda la expectativa social de naturaleza normativa, otorgándole un destino diferente, es decir, el sujeto cualificado ingresa los caudales o efectos públicos a su esfera personal o a favor de otro, todo ello con *animus rem sibi habendi* (fines de apropiación)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 476.

D 1476 "Mediante el acto de "apropiación" el sujeto activo se hace de la tenencia fáctica del bien; sustrayéndolo de la esfera de custodia de la Administración, el autor está en posibilidad de ejercer un nuevo *dominus*, sobre los efectos o caudales, ora llevándose el dinero en efectivo a su domicilio o depositándolo en una cuenta bancaria (a su nombre o de un tercero-testaferro)".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 401.

D 1477 "Por "Apropiar" se entiende la ejecución o materialización de actos de disposición "*uti dominus*", es decir, actos de señor y dueño, lo que comportaría, de un lado, el que bien entrase, por un instante siquiera, en la esfera de disponibilidad jurídica del agente delictual y, del otro, obviamente la salida de ese bien de la esfera de disponibilidad jurídica del titular real y verdadero del mismo, que en este caso no es otro que la misma Administración.

La apropiación no es propiamente una sustracción, conforme la segunda terminología invocada, el bien ha de estar generalmente bajo la detentación fáctica del sujeto pasivo, lo que no sucede acá, en tanto el agente es el custodio del bien –objeto de apropiación–".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 402.

D 1478 A nuestro entender, la apropiación solo ha de importar la sustracción del bien de la esfera interna de la Administración –de forma definitiva–, si solo se lleva el autor la maquinaria de trabajo, para usarla en su casa y luego devolverla, sería un peculado de uso y, si saca el bien, por ejemplo, una computadora, habrá delito de peculado por apropiación. La interpretación configurativa de este injusto, no puede asimilarse al delito de hurto, donde la materialidad típica, se secciona en dos actos, requiriéndose que el autor haya tenido un tiempo mínimo de disposición del bien, para que tome lugar las formas de imperfecta ejecución; el peculado por apropiación, es un delito de peligro, de manera que basta que se verifique la salida del bien de la custodia de la Administración, siempre que el agente no tenga la intención de devolverlo (solo bienes no fungibles).

¿En qué casos puede observarse la apropiación? Cuando el agente vende el bien, lo arrienda, lo da en donación o en usufructo, lo regala, etc.; cualquier acto que manifieste la intención concluyente y definitiva de no retornar el bien a las arcas del Estado".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 403.

D 1479 "Elemento importante a saber, es que el caudal o efecto, debe haber ingresado a la esfera de custodia del agente de forma lícita, tal como sucede en la figura de la apropiación ilícita y, así, el sujeto se apropia de aquel, desviándolos de su licitud objetiva, para darle una aplicación privada. Como bien se dice en la doctrina nacional, él no sustrae los bienes, ellos ya estaban en su poder de disposición en función de su cargo; el sujeto simplemente no administra los bienes destinándolos a la función pública para la que estaban destinados, sino que dispone de ellos como si formaran parte de su propio patrimonio".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 403 y 404.

D 1480 "La apropiación si bien ha de generar la posibilidad de que el agente puede disponer del bien, ello no tiene por qué ser verificado –a efectos de realización típica–, únicamente que el bien ha sido sustraído de la esfera de custodia de la Administración, de forma definitiva, pues su posterior destrucción podría ser reputado como causal de atipicidad penal y, así conducir la conducta al delito de daños, lo que es dogmáticamente incorrecto".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 404.

J 0204 "Por otro lado, en cuanto al delito de peculado, este se encuentra tipificado en el artículo 387 del Código Penal, el cual sanciona al 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. Tal apropiación supone que el sujeto activo del delito, lejos de observar los deberes positivos que le competen, para preservar la integridad de los caudales que tiene confiados o sobre los que tiene facultades de disposición, quebranta el mandato prohibitivo de no apartarlos, en parte, o en su totalidad, de la esfera de dominio de la entidad pública agraviada, e, ilícitamente, los hace suyos, incorporándolos al ámbito de su patrimonio propio, o, eventualmente, de terceros. De esta manera, se puede evidenciar que el delito materia de análisis, sí contiene componentes típicos que, ejecutados por el agente, menoscaba el patrimonio estatal".

Segunda Sala Penal Transitoria. R.N. N° 295-2017-Lima, del 03 de mayo de 2018, magistrado ponente: Figueroa Navarro, considerando 13.

J 0205 "El delito de peculado doloso por apropiación, previsto en el primer párrafo del artículo 387 del Código Penal, se configura cuando el funcionario o servidor público se apropia, en cualquier forma, para sí o para otro, de caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia, le estén confiados por razón de su cargo. De acuerdo con la jurisprudencia ya establecida por esta Corte Suprema, se exige como elemento constitutivo de dicho tipo penal, una determinada cualidad del agente, y también acreditar que este tenga competencia funcional sobre los bienes (relación funcional-poder de vigilancia y control sobre ellos) y la posibilidad de libre disposición (disponibilidad jurídica)".

Segunda Sala Penal Transitoria. R.N. N° 1377-2017-Áncash, del 04 de julio de 2018, magistrado ponente: Hinostroza Pariachi, considerando 4.

J 0206 "El Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, de 30 de setiembre de 2005, establece: "Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la Administración Pública. Todo ello nos lleva a sostener que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobla en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: i) Garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; y ii) Evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público quien quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad.

Se configura el delito de peculado por apropiación cuando el agente se apodera, adueña, atribuye, queda, apropia o hace suyo los caudales o efectos del Estado, que le han sido confiados en razón del cargo que desempeña al interior de la Administración Pública para percibirlos, custodiarlos o administrarlos. El agente obra con *animus rem sibi habendi* –la intención de tener una cosa como de su propiedad o hacerla suya. El beneficiario con el apoderamiento puede ser el autor del hecho que siempre será funcionario o servidor público o en su caso, un tercero que puede ser tanto un funcionario o servidor público como una persona ajena a la administración. 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.

La conducta del funcionario peculador se constituye en una apropiación sui generis. Él no sustrae los bienes, ellos ya están en su poder de disposición en función del cargo que desempeña. El sujeto simplemente no administra los bienes aplicándolos a la función pública para el que están destinados, sino dispone de ellos como si formaran parte de su propio y exclusivo patrimonio".

Segunda Sala Penal Transitoria. Casación N° 102-2016-Lima, del 11 de julio de 2017, magistrado ponente: Chávez Mella, considerando 19.2.

J 0207 "Que, ahora bien, es menester precisar lo siguiente:

1. El bien jurídico protegido por el tipo legal de peculado es el patrimonio público, en cuando que está al servicio de unos intereses generales, y en el marco del correcto funcionamiento de la Administración Pública en el manejo de tales fondos [Etxebarria Zarrabeitia, Xabier: Malversación de caudales públicos. En: *Delitos contra la Administración Pública* (Coordinadora: Adela Asua Batarrita, Ediciones IVAT, Bilbao, 1997 p. 185]. Asimismo, uno de los elementos objetivos típicos –la acción típica básica–, es la apropiación, que importa extraer, separar o apartar los bienes de la esfera de la actividad patrimonial de la Administración Pública.
2. Si la acción típica consiste (i) en extraer lo que en la caja está, (ii) en impedir que ingrese o (iii) en emplear los fondos para uso privado; en todas estas hipótesis se compromete el dinero, o caudal público por lo cual la mera sustracción del mismo se consuma siempre el peculado, aunque sea hecha con propósitos de restitución y efectivamente se

restituya [Donna, Eduardo Alberto: Delitos contra la Administración Pública, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, Buenos Aires, 2008, p. 322].

3. Es patente que, en el presente caso, no se hizo un manejo idóneo y debido de fondos públicos. No solo se omitió comunicar a la Administración la presunta desaparición de bienes públicos a cargo del imputado, sino que, al margen de toda actividad transparente y debida ante una contingencia –como sería el robo o desaparición de equipos institucionales–, se ocultó tal hecho, se hizo que un cheque se emita a su nombre y se compró dos bienes usados, sin ningún control institucional–. Como ya se anotó, se empleó fondos, ya públicos por el origen y en función al motivo del cheque emitido por un particular, y se comprometió su adecuado destino, más allá de la efectiva restitución de los mismos –que, por cierto, no son los mismos ni se controló que puedan ser idóneos para el reemplazo buscado–".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 2201-2017-Lima, del 27 de agosto de 2018, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 7.

J 0208 "Que el delito de peculado está acreditado. El error de prohibición que, de uno u otro modo se invoca, no tiene base alguna, en la medida en que no puede admitirse un desconocimiento de los mecanismos institucionales cuando se trata de un Director General de Administración –la obvia conducta de no dar cuenta de lo ocurrido es reveladora al respecto–.

De igual modo, la invocada implícitamente "obediencia debida" no tiene asidero dado lo patentemente ilícita de la conducta desarrollada. La regulación general demandaba una comunicación del hurto y unos trámites necesarios para la indemnización por lo ocurrido y el reemplazo de los bienes afectados".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 2201-2017-Lima, del 27 de agosto de 2018, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 6.

- La utilización como modalidad típica del delito de peculado doloso

D 1481 "La modalidad de peculado por utilización se configura cuando el agente usa, emplea, aprovecha, disfruta o se beneficia de los caudales o efectos públicos, sin el propósito de apoderarse del bien. En el agente no hay ánimo o propósitos de quedarse o adueñarse, sino simplemente de servirse del bien público en su propio beneficio o en beneficio de tercero. Esto presupone una previa separación del bien de la esfera pública de custodia y darle una aplicación privada temporal, sin consumirlos, para retornarlo enseguida a la esfera de la Administración Pública".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 409.

D 1482 "Aquí es necesario hacer la siguiente precisión: en el artículo 388 del Código Penal encontramos el peculado de uso que muchos podemos pensar que es idéntico al peculado de uso que en su modalidad de utilizar del artículo 387 del Código Penal. Sin embargo, la diferencia salta con la sola lectura de ambos tipos penales. En efecto, el artículo 387 se refiere a utilizar efectos o caudales públicos en tanto que en el artículo 388 se refiere a usar vehículos,

maquina o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente a la Administración Pública. En consecuencia, se aplicará el artículo 387 siempre que los bienes públicos no estén representados por los instrumentos de trabajo en la Administración. Si estos son los objetos el delito, se aplicará el 388".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 410.

D 1483 "Es común en la doctrina nacional considerar que el peculado doloso tanto por apropiación como por utilización puede configurarse por omisión impropia. En efecto, de la lectura del tipo penal se concluye que el agente, muy bien con conocimiento y voluntad, puede dejar, tolerar o permitir que un tercero se apropie o haga uso de en su beneficio del bien público. De presentarse esta hipótesis, no hay duda que el operador jurídico recurrirá a lo dispuesto en el artículo 13 del Código Penal".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 410 y 411.

D 1484 "Pueden presentarse dos supuestos: primero, cuando el agente garante del bien público o allegados a él no se benefician con el acto del tercero. Aquí, el sujeto activo garante del bien será autor de peculado doloso, en tanto que el tercero será investigado y sancionado por el delito de hurto o apropiación ilícita. Segundo, cuando el agente garante del bien público o allegados a él, se benefician con el acto del tercero. Aquí el sujeto activo garante del bien será autor de peculado doloso, en tanto que el tercero por unidad del título de imputación será investigado y sancionado por el delito de peculado doloso en el grado de complicidad primaria. Es evidente un acuerdo previo entre el garante y el tercero para cometer el hecho punible en perjuicio de la Administración Pública. Solo así se explica que aquel dolosamente haya permitido que el tercero sustraiga el bien público confiado a su cargo y luego se aproveche del producto de la sustracción. Se entiende que el agente utiliza la ayuda del tercero para hacer realidad la apropiación del bien público".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 411.

D 1485 "Respecto al verbo "utilizar", según la RAE proviene del latín utilizar, por lo tanto, el significado semántico consiste en "hacer que algo sirva para un fin. Aprovecharse de algo de alguien". En ese sentido, el agente delictual sin fines de apropiación, usa los caudales o efectos públicos otorgados en razón del cargo funcionarial específico, dotándoles de una finalidad distinta, obteniendo provecho con tal accionar. Debe precisarse que dicho supuesto no mantiene vinculación con la figura delictual de peculado de uso, previsto en el art. 388 del CP, por cuanto esta última figura se refiere al uso de vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la Administración Pública, situación que no corresponde al supuesto de utilización previsto en el presente artículo materia de análisis, ya que la técnica legislativa hace referencia a caudales o efectos públicos, cuya naturaleza es distinta".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 476.

D 1486 "El peculado por utilización, adquiere perfección delictiva, cuando el agente logra usar el bien –objeto de custodia, percepción o administración–, es decir cuando se sirve materialmente de las bondades del bien; en caso de arrendar el bien inmueble cuando permite su uso por un tercero, sin que se acredite la entrega de un dinero por merced conductiva. Hasta antes de producirse el uso del bien, pueden revelarse actos –objetiva y unívocamente demostrativos–, del emprendimiento delictivo del agente; v. gr., se verifica la salida del bien de la esfera de la Administración, mas no llega a usar el aparato electrónico, al ser detectado por lo custodios del orden".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 415.

D 1487 "El mismo artículo 387, primer párrafo, prevé también la modalidad de utilizar indebidamente para sí o para otro, modalidad no contemplada en la fuente argentina, pero si en la colombiana. Con esto se configura el peculado por distracción o "peculado de uso".

Cuando el tipo legal habla de "utilización", obviamente presupone una previa separación del bien de la esfera pública de custodia y una aplicación privada temporal de los bienes sin consumirlos para regresarlos luego a la esfera pública, salvo que el uso, por la naturaleza del bien, se equipare a la apropiación; p. ej., el dinero y las cosas consumibles".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 344.

D 1488 "(...) El C.P. peruano no sigue la misma técnica, pues se refiere en el artículo 387 a "utilizar caudales o efectos" y en el artículo 388 a "usar vehículo, maquinas o cualquier otro instrumento de trabajo". Luego, debe entenderse que el "utilizar" del artículo 387 se refiere solamente a caudales (y efectos) que no constituyan "vehículos, máquinas o instrumentos de trabajo"".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 345.

- Perjuicio patrimonial

D 1489 "¿Perjuicio patrimonial? Al tipo penal parece ser inherente un "perjuicio patrimonial". Si incluso cuando el verbo rector se refiere solamente a la "sustracción" (como en el caso argentino), dicho perjuicio es considerado como un elemento necesario del tipo, con más razón parece ser necesario dicho perjuicio cuando el tipo penal se refiere a una "apropiación" (como en el caso peruano) y a un "aprovechamiento"".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 354.

D 1490 "Asimismo, para configurarse el delito de peculado es necesario que con la conducta de apropiación o utilización de los bienes públicos, por parte del agente, se haya causado perjuicio al patrimonio del Estado o una entidad estatal: "En el delito de peculado tanto en su modalidad dolosa como culposa, se sanciona la lesión sufrida por la Administración Pública al ser despojada de la disponibilidad de sus bienes; despojo que es producido por quienes ostentan

el poder administrador de los mismos, como son los funcionarios o servidores públicos, quienes al incumplir el mandato legal que establece el destino que debe darse a tales bienes, permiten que el Estado pierda su disponibilidad sobre el bien y este no cumpla con su finalidad propia y legal".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 412.

D 1491 "Este aspecto es importante tenerlo en cuenta. La jurisprudencia nacional se ha orientado en este sentido al punto que en todo proceso penal por peculado se exige la realización de una pericia técnica contable o en su caso, de valorización, por la cual se evidencie el perjuicio patrimonial ocasionado al Estado. Si la pericia concluye que con la conducta del investigado no se ocasionó perjuicio patrimonial alguno, el delito de peculado no se verifica al faltarle un elemento objetivo".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 412.

D 1492 "El tipo penal del artículo 387 no hace referencia a cuantía alguna como lo hace el Código Penal español. Para nuestro sistema penal, así el perjuicio ocasionado al Estado sea mínimo, igual se configura el delito de peculado".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 414.

D 1493 "En suma, en el delito de peculado no hay una cuantía mínima, situación que consideramos adecuada con una política frontal e lucha contra la corrupción. Tan corrupto es aquel que se apropia de diez soles como aquel que se apropia de diez millones. Aspecto que solo debe ser tomado en cuenta por el juez al momento de individualizar o determinar la pena a imponer al acusado luego del debido proceso penal".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 416.

J 0209 "En cuanto al delito de peculado doloso –de conformidad con el Acuerdo Plenario número cuatro guion dos mil cinco oblicua CJ guion ciento dieciséis, de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del treinta de setiembre de dos mil cinco–, se configura cuando el funcionario o servidor público se apropia o utiliza los caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, esto es, cuando el sujeto activo aparta los caudales o efectos de la esfera de la función de la Administración Pública o se aprovecha de las bondades del mismo; para ello se hace necesario que se acredite de forma fehaciente la indebida utilización de los fondos o efectos estatales encomendadas, resultando determinante para su corroboración una pericia contable (Recurso de Nulidad número tres mil setecientos noventa y cinco guion dos mil uno, del ocho de abril de dos mil tres, en: Salazar Sánchez, Nelson, *Delitos contra la Administración Pública*. Jurisprudencia penal, Jurista, Lima, dos mil cuatro, pagina doscientos doce) (...)".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 3248-2011-Lima, del 06 de noviembre de 2012, magistrado ponente: Villa Stein, considerando 3.4.

J 0210 "Que los hechos submateria tienen una connotación especial, pues si bien para este Supremo Tribunal la ejecución o no de una pericia contable, no es determinante para establecer responsabilidades penales en el delito de peculado, en cualquiera de sus modalidades, en tanto, que el tipo penal comprendido en el artículo trescientos noventa y dos del Código Penal o en el tipo base del artículo trescientos ochenta y siete del mencionado texto legal, no lo consideran como elemento del tipo ni hacen mención de este tipo de prueba.

Lo acotado no es óbice para reconocer la jurisprudencia –no vinculante– que sí considera la necesidad de la existencia de estas pruebas –pericia contable– para establecer la responsabilidad penal del funcionario o servidor público de cometer este tipo de ilícitos penales, sobre todo, para determinar o establecer diferencias entre el dinero que ingresa o sale de las arcas del Estado; sin embargo, esta situación solo se da cuando las circunstancias lo ameritan, siendo generalmente a casos en los que el servidor o funcionario cuestionado maneja directamente dinero –cajeros o tesoreros–, lo que no sucede en el caso.

Las irregularidades en el manejo del caudal o efecto público también pueden ser acreditado mediante la prueba indiciaria; de ahí, que no es indispensable la pericia contable, salvo la excepción acotada líneas arriba".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 484-2014-Ayacucho, del 23 de abril de 2015, magistrado ponente: Rodríguez Tineo, considerando 4.

J 0211 "Cabe indicar que al delito de peculado doloso se le define como el hecho punible que se configura cuando el funcionario o servidor público en su beneficio personal o para beneficio de otro, se apropia o utiliza, en cualquier forma, caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón del cargo que desempeña al interior de la Administración Pública; así, el objeto del delito de peculado –caudales o efectos–, debe estar confiado o en posesión inmediata o mediata del sujeto activo en razón del cargo que tiene asignado al interior de la Administración Pública (Rojas Vargas, Fidel. *Delito contra la Administración Pública*. Tercera edición, Grijley, Lima, dos mil dos, página trescientos treinta y uno). De igual manera, conforme se establece en el Acuerdo Plenario número cuatro guion dos mil cinco oblicua CJ guion ciento dieciséis, para que se configure el tipo pena de peculado necesariamente se debe cumplir con los elementos materiales: a) Tener competencia funcional específica sobre los bienes de la administración, esto es, relación funcional –poder de vigilancia y control sobre los bienes; b) Tener la condición de funcionario o servidor público; c) Posibilidad de libre disposición de los bienes en merito a sus atribuciones legales, esto es existencia de la disponibilidad jurídica; d) La apropiación para sí o para terceros de los caudales o efectos de la administración, lo que debe entenderse como el apartamiento de dichos bienes de la esfera de la función de la Administración Pública, lo que permite su disposición. Asimismo, es necesario con la conducta de apropiación o utilización de los bienes públicos por parte del agente haya causado un perjuicio al patrimonio del Estado o una entidad estatal".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 2787-2012-Ica, del 14 de enero de 2014, magistrado ponente: Pariona Pastrana, considerando 6.

J 0212 "Que el delito de peculado tutela tanto el patrimonio público cuanto, sobre todo, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado. Uno de los elementos del tipo objetivo es que el funcionario público, respecto de los bienes públicos objeto de apropiación

–apartándonos de su destino o desviándolo de las necesidades del servicio (separación definitiva de la espera de dominio público)–, los tenga a su cargo. Es decir, que con ocasión de sus funciones el funcionario concernido ostente su custodia materia o la capacidad de disposición e inversión sobre ellos, de suerte que no puedan salir de la institución sin su decisión.

En el presente caso, el imputado Diez Canseco Rivero –supervisor o inspector de obra designado por la Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto– tenía a su cargo el poder de informar acerca de la viabilidad de un pago (véase: Informe número cero sesenta y nueve/dos mil ocho–ODCR– IO/POSLO/GM/MPMN, de fojas quinientos diecinueve, de cuatro de diciembre de dos mil ocho), a partir del cual la Municipalidad agraviada efectuó un pago a la empresa dirigida por su coencausado Pino Trinidad [véase: comprobante de pago de fojas quinientos dieciocho de cinco de diciembre de dos mil ocho]. Este informe no expresaba la realidad y veracidad de lo que era parte del pago por la entidad agraviada; esto es, se emitió un pago que no correspondía afectándose en ese momento el tesoro municipal.

Que en tanto a través del delito de peculado se tutela el patrimonio público, es obvio que se necesita la disminución ilícita de los caudales o efectos públicos, lo que importa la producción de un daño patrimonial mediante la disposición antijurídica. Afirmado este elemento típico, desde la perspectiva procesal, el concreto alcance de la apropiación ha de ser determinado pericialmente. Se requiere, por consiguiente, de una pericia técnica, conforme lo estipuló, entre otras, la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad número 889-2007/Lima.

Cuando, como en el presente caso, interviene la Contraloría General de la República, a ella le corresponde, a través del Informe Especial y sus informes técnicos complementarios determinar el perjuicio patrimonial –el Informe Especial tiene el carácter de una auditoría de Cuentas Gubernamental y se erige como una pericia institucional–. (...)".

Sala Penal Permanente. Casación N° 1004-2017-Moquegua, de 26 de julio de 2018, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 5.

J 0213 "Que, con relación a la vulneración del derecho a la prueba porque la Sala Superior no habría valorado la decisión favorable que se emitió en el Expediente número cero dos mil setecientos cinco-dos mil cinco-cero dos mil quinientos uno-JR-LA-cero uno sobre "nulidad de despido", se advierte de la propia declaración del encausado (véase a fojas dieciséis y ciento cincuenta y tres) que este era quien se encargaba de tramitar los presamos, lo cual fue corroborado por Dalmacio Tapia Callan (véase a fojas ciento cincuenta), quien como administrador del Banco de la Nación, sede Cabana, señalo que el imputado estaba a cargo de tramitar y otorgar los préstamos, puesto que tenía la clave personal para el otorgamiento de los mismos. El hecho de que los montos de los préstamos fueron recuperados como se advierte de los documentos denominados alfabético de clientes (fojas cuatrocientos cuarenta y cinco y cuatrocientos cuarenta y siete), es irrelevante, ya que la entidad agraviada se había desprendido de los fondos estatales, con lo que se había consumado el delito de peculado. (...).

Que los demás agravios planteados tampoco pueden revertir el juicio de culpabilidad, porque la realización de una pericia contable es innecesaria al estar acreditado que el impugnante utilizo los pagarés (que no fueron suscritos por los agraviados) para obtener indebidamente dos préstamos de la entidad bancaria para la cual trabajaba. Por lo tanto, su pretensión impugnatoria es infundada".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 1941-2017-Del Santa, de 2 de julio de 2018, magistrado ponente: Prado Saldarriaga, considerando 8.

- Destinatarios de la apropiación

D 1494 "Otro elemento objetivo del delito de peculado lo constituye el destinatario de los bienes públicos objeto de apropiación o el destinatario del usufructo de los bienes del Estado objeto de utilización. El beneficiario o destinatario puede ser el propio agente de la apropiación o utilización, así como un tercero identificado en el tipo penal como "para el otro", que bien puede ser una persona jurídica o particular u otro funcionario o servidor público. Se entiende que el otro no debe haber participado en el hecho mismo de apropiación o utilización, caso contrario, sería autor del hecho si se verifica que tiene relación funcional con el objeto del delito, o en su caso, si no hay relación funcional será cómplice del delito".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 416 y 417.

D 1495 "La utilización del término "otro" significa que no siempre el peculado es un delito de apoderamiento que se agota en el sujeto activo, sino también puede comprometer a un tercero vinculado por nexos diversos con el autor del delito, teniendo como presupuesto en este último caso que el agente haya consumado ya el delito, vale decir, se haya apropiado del caudal o efecto para tener luego la posibilidad de disponer del bien y destinarlo para un tercero, en diversidad de expresiones fácticas".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 417.

D 1496 "El "otro" de modo alguno quedara sin sanción. Sera investigado y juzgado por el delito de inducción, si se verifica que el otro fue el que hizo nacer al agente la voluntad criminal; o por receptación; o el grave delito de lavado de activos".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 417.

D 1497 "En este supuesto, el tipo penal exige que la apropiación o utilización de los caudales o efectos públicos, tenga como destinatario el mismo sujeto cualificado o a favor de un tercero, respecto al primer supuesto, no existe problema alguno por la claridad de la redacción, es decir, el funcionario o servidor público, se apropia o utiliza para sí mismo los caudales o efectos públicos. Respecto al segundo supuesto, es decir, "para otro", advertimos que la técnica de tipificación no resulta ser causal o improvisada, por el contrario, estaríamos ante una modalidad delictual de participación necesaria o delito de encuentro, es decir, es perfectamente posible la admisión de un tercero en el hecho punible, quien, sin ostentar la condición especial, aparezca ligado a dicho accionar delictuoso. Por lo tanto, el tercero destinatario de los caudales o efectos públicos, en la medida que actúe con conocimiento del accionar delictual, s u conducta no pude ser inocua, sino por el contrario, tendría relevancia penal, por cuanto su conducta aparece ligada al hecho punible del autor, encontrándonos ante un caso de complicidad primaria".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 484 y 485.

D 1498 "Para sí o para otro. La apropiación o la utilización no solamente se pueden hacer a favor del funcionario, sino también de un tercero. Este tercero puede ser una persona natural o una jurídica (una empresa privada, una empresa de Derecho Público, un partido político, etc.), pero no la propia administración. En caso de que hubiere un cambio de destino público, sería aplicable la figura de "malversación"".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 354.

- Relación funcional: por razón del cargo

D 1499 "El objeto del delito de peculado (caudales y efectos) debe estar confiado o, mejor, en posesión inmediata o mediata del sujeto activo en razón del cargo que tiene asignado dentro de la Administración Pública. Este aspecto resulta un elemento objetivo trascendente del delito en hermenéutica jurídica. Si en un hecho concreto este elemento no se verifica, el delito de peculado no se configura así haya evidente apropiación de los caudales del Estado y este resulte seriamente perjudicado en su patrimonio".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 417 y 418.

D 1500 "En el delito de peculado es condición *sine qua non* que el bien público, objeto de la apropiación o utilización, esté en posesión del agente en virtud de los deberes o atribuciones del cargo que desempeña en la Administración estatal. Estas atribuciones o competencia aparecen determinadas o establecidas en forma previa por la ley o normas jurídicas de menor jerarquía como reglamento o directos de la institución pública. La posesión puede ser inmediata o mediata, es decir, el agente puede estar en contacto directo con los caudales y efectos públicos o darla por asumida, bastando solamente la facultad de disposición jurídica o disposición funcional".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 418.

D 1501 "La vinculación funcional cumple una doble misión: en primer lugar, sirve para restringir o limitar el círculo de autores, circunscribiendo solo a aquellos que posean los caudales o efectos públicos por razón el cargo que desempeñan, excluyendo las hipótesis de autoría a los que no gozan o no tienen tal relación funcional; y, en segundo lugar, esta exigencia constituye un límite que debe ser advertido por los jueces y fiscales, de lo contrario se lesionaría el principio de legalidad que sustenta la aplicación de normas punitivas".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 419.

D 1502 "Este elemento objetivo del delito de peculado permite sostener que el hecho punible trasciende el ámbito meramente patrimonial, para colocarse dentro de los delitos que vulneran los deberes de garantía y confianza específicos asumidos por el funcionario o servidor público en virtud del cargo que desempeña en la Administración Pública".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 420.

D 1503 "La relación funcionarial, constituye, para fines probatorios, el primer filtro para verificar la existencia o inexistencia del delito de peculado, doloso o culposo, en ese sentido –a nuestro entender– existen dos posibilidades por las cuales surge la relación funcionarial.

La primera, por mandato legal, es decir, será un dispositivo legal extra típico que otorgue o precise la relación funcionarial entre el sujeto cualificado y los caudales o efectos públicos, así tenemos las afirmaciones de Bernal Pinzón, quien indica que el sistema legal, habilita al funcionario público, para que tenga la disponibilidad jurídica o funcional de los caudales o efectos públicos entregados en razón del cargo"; por lo tanto, dicho dispositivo legal puede ser una ley, directiva, reglamento, instructivo, etc.

La segunda, será el acto dispositivo emitido por autoridad competente, es decir, el sujeto cualificado entrara en contacto con los caudales o efectos públicos, y subsecuentemente tendrá disponibilidad jurídica, en la medida que otro funcionario público, quien ostentando el poder funcionarial legitimo –por cuanto se encuentra respaldado por el sistema legal que le otorga dichas prerrogativas en razón del cargo específico– habilita al agente delictual para que ejerza disponibilidad jurídica sobre los caudales o efectos públicos (...). En ese sentido, nos encontramos en puridad ante un caso de delegación desconcentrada de funciones, debiéndonos conducir, para efectos de configuración, a la normatividad y las prerrogativas que ostenta el agente funcionarial delegante, según cada caso concreto; por ejemplo, existirá "acto dispositivo de delegación de funciones", cuando el gerente de la administración de una entidad pública, responsable de la administración de los caudales públicos del sistema financiero –por encontrarse habilitado, funcionalmente, por el Reglamento de Organizaciones de Funciones– autoriza, a un funcionario o servidor público de la misma entidad y responsable de la subgerencia de logística, la entrega de caudales públicos (dinero), para el cumplimiento de sus actividades funcionariales de su sector, en ese sentido, el subgerente aludido ostentara la relación funcionarial directa sobre los caudales públicos a título de administración".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 478.

D 1504 "El escenario expuesto nos permite afirmar que la relación funcionarial exige la existencia de un nexo o vinculación directa entre el sujeto cualificado y los caudales o efectos públicos, dicha relación se constituye en un requisito *sine qua non*, es decir, una condición sin la cual el tipo penal devienen en inexistente, por cuanto sobre el sujeto cualificado, funcionario o servidor público, existe un deber de salvamento o de fomento frente al bien jurídico tutelado por la ley penal, esto es, por normas extrapenales; por ejemplo, reglamentos, directivas, ordenanzas y en algunos casos por mandato expreso de la ley".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 479.

D 1505 "Siguiendo el hilo conductor esbozado, diremos que dicha relación funcional, importa una precisión en el marco del análisis típico, de que la apropiación o utilización de los caudales públicos no hayan de tomar lugar, únicamente en el decurso del ejercicio funcionarial del *intraneus*, pues al incluirse que la conducta ha de proceder en razón del cargo, exige

que la materialidad típica sea producto del abuso y/o aprovechamiento que le concede al autor su condición de perceptor, administrador o custodio de los bienes".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 399.

D 1506 "En "razón del cargo" supone que el funcionario o servidor público, tenga por competencia funcional las labores de perceptor, custodio o administrador de caudales o efectos o que por disposición de una resolución así se determine; será la ley o los procedimientos legales aplicables, lo que inciden en establecer la esfera competencial del *intraneus* para erigirse en dichas cualidades funcionales".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 399.

J 0214 "Se requiere: (...) que la conducta del agente público importe una apropiación –disponga de los bienes públicos como si fueran parte de su propio patrimonio o, mejor dicho, aparte los bienes públicos del ámbito de custodia de la Administración Pública–; y, (...) que el agente tenga la disponibilidad del bien dentro de la órbita funcional –que es lo que se denomina disponibilidad o custodia jurídica–, a título de percepción, administración o custodia –debe respetarse el nexo funcional que ha de mediar entre el sujeto activo y el bien público, de suerte que varios funcionarios o servidores públicos pueden tener disponibilidad jurídica de los mismos, "[...] *siempre que hubieren tenido el deber de actuar en algún eslabón del acto complejo y que hubiesen sustituido por su conducta los postulados del reglamento que contemplen tal deber*" (Corte Suprema de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia de veintitrés de setiembre de dos mil tres)–".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 2124-2018-Lima, del 29 de abril de 2019, magistrado ponente: César San Martín Castro, considerando 12, tercer párrafo.

J 0215 "Este delito requiere: (i) que el sujeto activo sea un funcionario o servidor público –no cabe duda de tal condición en el presente caso respecto de gerentes municipales en actividad–; (ii) que la conducta del agente público importe una apropiación –disponga de los bienes públicos como si fueran parte de su patrimonio o, mejor dicho, aparte los bienes públicos del ámbito de custodia de la Administración Pública–; y, (iii) que el agente público tenga la disponibilidad del bien dentro de la órbita funcional –que es lo que se denomina disponibilidad o custodia jurídica–, a título de percepción, administración o custodia. Debe respetarse el nexo funcional que ha de mediar entre el sujeto activo y el bien público, de suerte que varios funcionarios o servidores públicos pueden tener disponibilidad jurídica de los mismos, siempre que hubieren tenido el deber de actuar en algún eslabón del acto complejo y que hubiesen sustituido por su conducta los postulados del reglamento que contemplen tal deber".

Sala Penal Permanente. Casación N° 1500-2017-Huancavelica, del 15 de mayo de 2019, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 1, segundo párrafo.

J 0216 "El delito de peculado, tipificado en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, modificado por el artículo uno, de la Ley número veintiséis mil ciento noventa

y ocho, del trece de junio de mil novecientos noventa y tres, que sanciona al agente: "[...] 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 la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.

En doctrina, Ramiro Salinas Siccha, citando a Juan Carlos Portocarrero Hidalgo, ha señalado respecto al autor del delito de peculado: "[...] solo puede ser autor el funcionario o servidor público que reúne en su persona la relación funcional exigida por el tipo penal, es decir quien por el cargo que desarrolla al interior de la administración tiene bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional) en percepción custodia, o administración los caudales o efectos de los que se apropia o utiliza para sí o para otros".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 157-2018-Cajamarca, del 15 de noviembre de 2018, magistrado ponente: Pacheco Huancas, considerandos 10 y 11.

J 0217 "El delito de peculado sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le están confiados por razón de su cargo. Para atribuir la responsabilidad a una persona por el delito de peculado, nuestro ordenamiento jurídico no solo exige que el sujeto activo tenga la condición de funcionario o servidor público, sino, además, que ostente un vínculo funcional con los caudales o fondos del Estado; así pues, constituye un delito especial y de infracción de deber vinculado a instituciones positivizadas; siendo "un delito especial porque formalmente restringe la órbita de la autoría a sujetos cualificados, pero se trata de un delito de infracción de deber porque el fundamento de la responsabilidad penal en concepto de autor no radica en el dominio sobre el riesgo típico, sino que reside en el quebrantamiento de un deber asegurado institucionalmente y que afecta solo al titular de un determinado status o rol especial".

Segunda Sala Penal Transitoria. Casación N° 102-2016-Lima, del 11 de julio de 2017, magistrado ponente: Chávez Mella, considerando 15.1.

J 0218 "De lo expuesto, se advierte que estas irregularidades y el dinero faltante originaron un perjuicio económico en agravio del Estado, lo que determina la responsabilidad penal del acusado en el delito imputado; máxime si se debe destacar el delito de peculado doloso (...) sanciona la conducta del funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, de caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados de su cargo; por lo tanto, para la consumación del ilícito imputado es necesario acreditar la vinculación funcional del agente con los caudales estatales cuya administración le fue confiada por razón de su cargo, además de la apropiación o utilización dolosa de dichos bienes en su beneficio o de tercera persona".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 936-2014-Cusco, de 24 de agosto de 2015, magistrado ponente: Príncipe Trujillo, considerando 5.

J 0219 "(...) La naturaleza de la vinculación funcional determina el cumplimiento del servicio público marcado por el principio de eficiencia en la asignación de recursos y el cumplimiento de los fines de la institución pública en la que se labora.

De ahí que el fundamento de punición del delito de peculado es el quiebre de los deberes de garante de los caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados

por razón del ejercicio de su función, en sus diversos grados y niveles, ejercicio que debe estar marcado por el cumplimiento y el respeto al dicho deber de garante.

Tal vinculación funcional del sujeto con los bienes del Estado se expresa normativamente en el ámbito penal en el término "por razón de su cargo", esto es, que tiene contacto y capacidad de disposición jurídica en virtud de las normas administrativas que guían la entidad pública para poder disponer de bienes estatales.

Desde luego, los bienes públicos no son de libre disponibilidad ni para el beneficio personalísimo propio o de un tercero, de modo que la ley penal sancionará aquellos comportamientos en los que el funcionario o servidor público privilegie su satisfacción personal o la obtención de cualquier beneficio a costa del patrimonio del Estado.

En consonancia con el Acuerdo Plenario número 4-2005/CJ-116, del treinta de septiembre de dos mil cinco, emitido por las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, debe entenderse por relación funcional al poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, la competencia del cargo, la confianza en el funcionario en virtud del cargo y el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos, es decir, que los bienes públicos se hallen en posesión del sujeto activo en virtud de los deberes o atribuciones de su cargo.

Asimismo, al definir la disponibilidad jurídica, el citado acuerdo estableció que es aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener por tanto competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la Administración Pública. Así, en todo juzgamiento por delitos de infracción del deber, tanto el Ministerio Público como los jueces de instancia tendrán que diferenciar los deberes generales de los específicos que tiene cada funcionario o servidor público; y, a partir de ello, efectuar una evaluación del quebrantamiento del rol de garante".

Sala Penal Permanente. Casación N° 1527-2018-Tacna, del 05 de marzo de 2020, magistrado ponente: Sequeiros Vargas, considerando 1.1.

- Relación funcional de hecho

D 1507 Por otro lado, simples delegaciones o encargos temporales o coyunturales de los bienes del Estado a funcionarios o servidores públicos de modo alguno configuran la relación funcional que exige el tipo penal en análisis. No obstante, si los encargos o delegaciones al funcionario o servidor público son permanentes y por disposición o anuencia o autoridad competente, hasta el punto que cualquier persona toma conocimiento que tal funcionario o servidor es el encargado de administrar, percibir o custodiar los bienes del Estado, es factible tenerlo como autor del delito de peculado, siempre y cuando las leyes o reglamentos internos no prohíban de manera expresa aquellas delegaciones o encargos. La actuación de estos funcionarios, al contar con la anuencia, orden o disposición de los directos responsables de la administración o custodia del patrimonio estatal, es pública y pacífica. Este es el caso, por ejemplo, de un secretario de juzgado que por orden del juez asume el deber de custodiar determinado bien que constituye cuerpo del delito u otro documento".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 420.

- Caudales o efectos

D 1508 "Respecto a los caudales y efectos, el AP N° 4-2005 señala que los primeros "son los bienes en general de contenido económico [muebles o inmuebles] incluido el dinero"; mientras que los efectos "son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables". Entonces, si en los caudales también se incluye dinero podemos llegar a la conclusión que la asignación de los viáticos si puede considerarse como caudal que tiene el Estado; sin embargo, no están sujetos a la administración, percepción o custodia del funcionario o servidor públicos".

LIMAYLLA TORRES, Abraham de Jesús. "¿Los funcionarios o servidores públicos que no justifican el gasto de viáticos otorgados por el Estado incurren en el delito de peculado doloso? Análisis del Acuerdo Plenario N° 7-2019". En: *Actualidad Penal*. Volumen 67. Lima: Instituto Pacífico, enero de 2020, p. 134.

D 1509 "Se entiende por caudales, en una acepción amplia, a todos los bienes en general de contenido económico, incluido el dinero u los valores crediticios negociables, como los cheques y bonos, de exigencia actual o futura. En una acepción estricta, lo son solo los bienes fiscalizados y aprehensibles con valor económico propio (mercancías, vehículos, insumos, etc.) y el dinero.

A efectos de la hermenéutica jurídica del tipo penal del artículo 387 del Código Penal, sirve el concepto restringido de caudal, lo demás constituye efectos. En tal sentido, se entiende por caudal a toda clase de bienes, en general, con la única exigencia que estén dotados de valor económico. Es decir, todos los bienes muebles o inmuebles que sean susceptibles de valoración económica, incluido claro está, el dinero".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 424.

D 1510 "En otro extremo, es lugar común para la doctrina nacional entender que para efectos es todo tipo de documentos de crédito negociables (por lo tanto, pueden ser introducidos en el tráfico comercial) emitidos por la Administración Pública; valores en papel, títulos, sellos, estampillas, bonos, etc.

Los libros o documentos contables de las empresas estatales no son caudales ni efectos, debido a que no son factibles de ser introducidos en el tráfico comercial".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 425.

D 1511 "Respecto a los "caudales", inicialmente fueron vinculados al dinero, empero con el transcurso del tiempo dicho escenario fue extendido. Conforme indica la doctrina nacional, se entiende por caudales a "toda clase de bienes en general con la única exigencia que estén dotados de valor económico. Es decir, todos los bienes muebles o inmuebles que sean susceptibles de valoración económica, incluido claro está, el dinero. Con relación a los "efectos", se entiende a todo tipo de documentos de crédito negociables (por lo tanto, pueden ser introducidos en el tráfico comercial) emitidos por la Administración Pública;

valores en papel, títulos, sellos, estampillas, bonos, etc.". En ese sentido, el criterio fundamental aparece evidenciado en la medida que los efectos tengan naturaleza tangible, factible de ser admitida en el trafico documental; por lo tanto, las boletas, facturas, libros contables, etc., de naturaleza pública o privada no pueden ser objeto de tutela en el delito de peculado y tampoco pueden ser considerados efectos del delito, por la impropiedad para ingresarlos al tráfico comercial".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 477.

D 1512 "Empezamos, por "caudales", serán todos aquellos bienes de la Administración, expresados y valorados en términos económicos, que ingresan al patrimonio estatal, a través de diversas formas de adjudicación, formando parte del acervo (activos), que han de ser contabilizados por las agencias competentes. Consecuentemente por caudal público se ha entendido que lo constituye cualquier objeto mueble, dinero o efectos negociables susceptibles de ser convertidos en dinero.

No es necesario, en ese sentido, que aquellos sean de propiedad pública, bastando al efecto que se hallen en el circuito público, afectos a una determinada finalidad (por ejemplo, dinero destinado a la realización de un giro postal). Estamos hablando de todos aquellos bienes (muebles), valores, títulos, etc., cuya aprehensión permite a su tener hacerse de un determinado patrimonio, sin necesidad de que expresen una suma liquida, basta que sean negociables (cheques al portador)".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 393.

D 1513 "Los caudales son toda clase de bienes en general (especialmente el dinero) dotados de valor económico. Incluso lo bienes artísticos, recreativos e históricos son valuables económicamente. Entonces, no hay problema en considerar como "caudales" a todo bien mueble contenido económico".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 347.

D 1514 "Los "efectos", por su parte serán aquellos que no son fungibles (como el dinero) y que pueden ser objeto de apropiación y de utilización; lo serán todos aquellos objetos o bienes (distintos del dinero), (...), con independencia de su inclusión o no, entre los bienes inventariables de la Administración. Esta consideración, lógicamente no afecta a pequeñas sustracciones de material, más se nos antoja imprescindible ante expropiaciones cuantiosas del mismo, sobre manera allí donde las necesidades de la Administración obligan al almacenamiento de importantes contingentes (quedarían pues integradas en el tipo de las substracciones de material de oficina, tales como papel, bolígrafos, grapas, etc., generalmente no inventariable con el propósito de revenderlo en la papelería familiar)".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 394 y 395.

D 1515 "Los efectos son documentos de crédito negociables emanados de la Administración Pública: valores en papel, títulos sellos, estampillas, bonos, etc. Para la doctrina española se trata de todo objeto o bien, distinto del dinero, pero susceptible de valoración económica, sin importar que estén incluidos entre los bienes inventariables de la Administración Pública".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 349.

J 0220 "Es preciso acotar que el artículo 387 del Código Penal, regula el delito de peculado tanto en modalidad dolosa como culposa. Define al delito de peculado doloso como el hecho punible que se configura cuando el funcionario o servidor público en su beneficio personal o para beneficio de otro, se apropia o utiliza, en cualquier forma, caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón del cargo que desempeñan al interior de la Administración Pública. Todo ello nos lleva a sostener que, tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobla en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico– penal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebrante los deberes funcionales de lealtad y probidad. En tal sentido, observamos que los elementos materiales del tipo penal son los siguientes: a) existencia de una relación funcional entre el sujeto activo, y los caudales y efectos; b) la percepción, administración o custodia; c) modalidad de comisión: apropiación o utilización en cualquier forma; d) destinatario: para sí o para otro; y, e) objeto de la acción: caudales o efectos.

Así, se tiene que la posesión de los caudales o efectos de la que goza el funcionario debe basarse en el ámbito de competencia del cargo, establecido en la ley o normas jurídicas de menor jerarquía, como son los reglamentos-ROF. Dicha posesión puede ser directa o indirecta, pero siempre en virtud a los deberes o atribuciones, habiendo, por tanto, siempre una relación funcional entre el bien y el agente. Por ello, cuando se menciona al término apropiación, este consiste en hacer suyos los caudales que pertenecen al Estado, y disponer de ellos. Mientras que en el supuesto de hacer uso de los efectos se refiere al aprovechamiento de las bondades que permite el bien.

Sala Penal Permanente. R.N. N° 287-2013-Puno, de 24 de febrero de 2014, magistrado ponente: Neyra Flores, considerandos 3 y 4.

J 0221 "Por lo tanto, este Colegiado Supremo ratifica los conceptos y alcances respecto a los que ha tomado posición jurídica sobre el delito de peculado y tras desarrollar los criterios de interpretación en los acuerdos plenarios, al establecer que los caudales pueden tener origen público o privado, como en el caso de autos, en el cual el dinero incautado fue derivado de un hecho delictivo teniendo como fuente a un particular (el agraviado Sergio Labán Huamán), por lo que su custodia y su manejo eran responsabilidad del acusado Hernández Alama, quien debió efectuar los procedimientos correspondientes para asegurarlo y, por el contrario, al depositar dicho caudal a su cuenta personal, dispuso y se apropió de él de forma ilegal. Asimismo, aun cuando el procesado haya devuelto finalmente la misma cantidad de dinero de la que se apropió, lo hizo una vez consumado el hecho, por lo que su "desistimiento" resultaría irrelevante para el presente caso".

Sala Penal Permanente. Apelación N° 3-2019-Piura, del 20 de agosto de 2020, magistrado ponente: Castañeda Espinoza, considerando 12.

- Percibir, administrar, custodiar

D 1516 "La "percepción" es la facultad por la cual se reciben bienes para la Administración Pública, lo que tiene indudable relación con la cobranza de tributos o derechos. Así Carrera la conceptualiza como "la facultad de la Administración Pública para recibir bienes, en concepto de tributos o derechos por servicios a su cargo, desarrollada por los funcionarios competentes"".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 319.

D 1517 "Percibir significa la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa, pero siempre licita (del tesoro, de particulares, de fuentes extrajeras, donaciones, etc.) y que ingresan o pasan a integrar el patrimonio del Estado. Perciben los caudales tanto aquellos a quienes el Estado asigna bienes en razón de sus cargos, como las que recaudan, del ámbito externo a la Administración Pública, contribuciones, rentas o impuestos que ingresan a los fondos públicos".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 426.

D 1518 "En otras palabras, la percepción implicaría el acto de liberalidad desplegado por la entidad estatal, respecto a los caudales o efectos públicos, los mismos que ingresan a dominio del funcionario o servidor público, para su respectiva disponibilidad, en razón del cargo específico asumido".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 483.

D 1519 "El percibir consiste en recibir bienes de procedencia lícita de la Administración Pública, sea para ingresarlos o para regresarlos a ella. Como se exige que los bienes sean públicos, deben ingresar con la finalidad de pertenecer a la Administración Pública".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 353.

D 1520 "Administrar significa la faculta de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas. No implica que el sujeto debe detentar siempre la posesión directo de los bienes que administra, pero si resulta que tenga dominio sobre ellos debido a sus funciones, pudiendo disponer de ellos en razón de ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego.

La administración de los caudales o efectos por parte del gerente tiene implícita vinculación funcional, comprendiendo tantas relaciones directas con el bien jurídico público o relaciones mediatas por las que sin necesidad de entrar en contacto con los bienes puede el funcionario o servidor público disponer de ellos en razón de ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego por ejemplo".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 427.

D 1521 "En ese sentido, la "administración" coloca al sujeto cualificado en una relación directa con el bien jurídico, con la finalidad que le otorgue el destino correcto por el cual le fue encomendado los caudales o efectos públicos; por ejemplo, el gerente de administración y finanzas, habilitado por los instrumentos de gestión interna (ROF y MOF), mediante resolución, oficio o memorando, autoriza la entrega de sumas dinerarias a favor del gerente de infraestructura, para que este último cumpla con la ejecución de determinadas actividades propias de su área, en ese sentido, este último, para efectos de contenido penal, se apropia o utiliza los caudales o efectos públicos para sí o en sentido contrario a favor de un tercero".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 484.

D 1522 "(...) La Administración, según la doctrina argentina, se refiere a la facultad de disponer de los bienes para aplicarlo a finalidades legalmente determinadas. No implica que el sujeto deba detentar siempre la posesión material de los bienes que administra, pero sí que tenga dominio sobre ellos debido a sus funciones. Quien solamente percibe o custodia, en realidad, no administra en el sentido del tipo penal".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 353.

D 1523 "Por "custodia" se entiende "guardar con cuidado y vigilancia", en este caso los caudales o efectos públicos. Por esto es que la custodia implicara la tenencia de los bienes, lo que no exigirá una relación permanente, pero que al menos debe determinar que en un momento los bienes le sean confiados en custodia en razón del cargo".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, pp. 319 y 320.

D 1524 "Custodiar es la actividad de cuidado y vigilancia sobre los bienes públicos realizada como función administrativa. Aquí si hay tenencia de los bienes, aunque sea simbólica y no material. No basta la "custodia ocasional" (simple relación material); como ya se dijo antes, debe tratarse de una "custodia funcionarial". P. ej., no es sujeto activo el policía que vigila el local donde están los bienes; tampoco el empleado que embala los bienes por orden del administrador".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 353 y 354.

D 1525 "El otro título que genera la posesión del bien público es el acto jurídico denominado por el legislador en el tipo penal: custodiar, el que se traduce en actos de protección, conservación y vigilancia de los caudales o efectos públicos por parte del funcionario o servidor público. Debe haber una custodia funcional entre el agente y el bien público, por lo que es imposible una simple custodia ocasional o coyuntural".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 427.

D 1526 "La custodia, implica que el sujeto cualificado, en mérito a la norma de mandato impresa en el supuesto de hecho, tiene la obligación de conservar, proteger, vigilar y generar un ambiente adecuado a efecto de poner a buen recaudo los caudales o efectos públicos otorgados bajo su custodia, (...)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 484.

D 1527 "Por custodia se entiende "guardar con cuidado y vigilancia" en este caso los caudales o efectos públicos. Por eso es que la custodia implica la tenencia de los bienes, lo que no exigirá una relación permanente, pero que al menos debe determinar en un momento los bienes que sean confiados en custodia en razón del cargo. La "custodia" importa, por tanto, la detentación fáctica del bien (efectos o caudales), que ingresan a la esfera de custodia del funcionario, quien se convierte en garante, siempre y cuando haya ingresado el bien en razón del cargo, si es que el caudal que, detentado de forma momentánea, porque el funcionario encargado le pidió que lo cuidara por un momento y así se produce su apropiación, será un delito de hurto y no de peculado.

La custodia importa, por ende, una tenencia material de la cosa, del bien –objeto de apropiación o sustracción, una detentación fáctica que permite al agente emprender las modalidades típicas en cuestión, infringiendo lo deberes de custodia, protección y conservación del bien".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 395 y 396.

D 1528 "Percibir" implica recibir caudales o efectos en razón del cargo funcional, la administración reparte bienes a determinados funcionarios para cumplir lo cometidos propios de la Administración. Aquí el sujeto activo se desempeña en nombre y por cuenta de la Administración Pública, esto es, recibe caudales o efectos siempre y para la Administración Pública. El autor se erige en garante de los bienes que recibe, que en vez de darles una aplicación pública, los sustrae de la esfera de la Administración, sea apropiándose de ellos o utilizándolo de forma indebida".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 396.

D 1529 "La "Administración" supone actos de gestión sobre una determinada actuación pública, en cuanto a la ejecución, ordenación y adopción de todos aquellos actos encaminado al bien manejo de la cosa pública. El administrador, por ende, no cuenta con la detentación fáctica de los caudales o efectos, aquel es el que debe procurar que los recursos estatales sean ejecutados conforme a las leyes de presupuesto, así como de los objetivos plasmados al interior de la Administración; si aquel que no es lo suficiente diligente para cautelar su correcto uso y, así toma lugar la sustracción del dinero –puesto a su confianza– se configura el delito de peculado culposo y no la modalidad dolosa".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 397.

J 0222 "[E]s de enfatizar que en la administración, percepción y custodia –según nuestro Código Penal– "[...] *se involucra una compleja actividad en donde se combinan no solo la disponibilidad material sino la jurídica*" (Corte Suprema de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia de nueve de mayo de dos mil trece). Más allá de los encargos reglamentarios específicos del agente en la entidad pública donde presta servicios respecto de los bienes públicos, "[...] *basta con que hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que 'concretamente y efectivamente' realizare el sujeto como integrante del órgano público; lo importante es que el funcionario tenga la posibilidad de disposición sobre los efectos sometidos a tal poder, en virtud de la función atribuida al ente público o en virtud de una mera situación de hecho derivada del uso o de la práctica administrativa dentro de aquella estructura*" (Sentencia del Tribunal Supremo Español 615/2007, de doce de junio). Es suficiente, pues, que de hecho se tenga tal percepción, administración o custodia; y, como recalca la Sentencia del Tribunal Supremo Español de veintiséis de diciembre de dos mil dos, basta con que la posibilidad de disposición se deba a una situación de hecho derivada de la costumbre o práctica que se da dentro de una estructura administrativa [Ortiz De Urbina Gimeno, Íñigo y otros: *Lecciones de Derecho Penal - Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 317]".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 2124-2018-Lima, del 29 de abril de 2019, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 12, cuarto párrafo.

J 0223 "Ahora bien, en el fundamento jurídico séptimo, del Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, se establece que en el delito de peculado doloso se utilizan dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: apropiar o utilizar, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son:

4.1. Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos.

4.2. La percepción no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita. La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción. La custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

4.3. Apropiación o utilización. En el primer caso estriba en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de aquellos. En el segundo caso, utilizar se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse de él para sí o para un tercero.

4.4. El destinatario: para sí. 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. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero.

4.5. Caudales y efectos. Los primeros son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 1240-2017-Tacna, del 05 de septiembre de 2018, magistrado ponente: Chávez Mella, considerando 4.

J 0224 "Para fijar la configuración del delito de peculado doloso, tipificado en el artículo 387 del Código Penal, cabe remitirse a lo previsto en el Acuerdo Plenario número 04-2005/CJ-116, de fecha treinta de setiembre de dos mil cinco, emitido por las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República. Cinco son los aspectos significativos a ponderar para entender, cabalmente, los alcances de la citada figura delictiva. Éstos son:

i) La existencia de una relación funcional relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. La relación funcional alude al poder de vigilancia y control sobre la cosa, sobre criterios de competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo y el poder de vigilar y cuidar los caudales y efectos.

ii) La percepción, consistente en la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita. La administración, engloba las funciones activas de manera y conducción. Y la custodia se refiere a la posesión con implicancia en la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales o efectos públicos.

iii) En lo atinente a la apropiación o utilización; en el caso de la primera, se entiende por hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolos de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándolos en situación de disposición de los mismos; en lo referente a la segunda, se refiere a la acción de aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.

iv) Lo concerniente al destinatario: Para sí o para otro. En el primer caso, el sujeto actúa por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos. En el segundo caso, el acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero.

v) Finalmente, en lo pertinente a los caudales y efectos, se tiene que los primeros son bienes en general de contenido económico, entre ellos, el dinero. Por su parte, los efectos, constituyen todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables".

Segunda Sala Penal Transitoria. R.N. N° 2557-2017-Áncash, del 26 de abril de 2018, magistrado ponente: Hinostroza Pariachi, considerando 8.

J 0225 "En el presente caso, se atribuye al imputado la comisión del delito de Peculado doloso, por cuanto habría dispuesto de caudales del Estado a través de donaciones a favor de terceros, sin realizar un análisis de su situación económica y estado de necesidad.

El análisis de la tipicidad objetiva del hecho imputado, nos lleva a determinar que se ha cumplido con los elementos materiales del tipo, en cuanto el imputado ostenta la condición de alcalde de la Municipalidad agraviada, existiendo una relación funcional entre él y los caudales o efectos del Estado; por cuanto ostentaba la facultad de disponer de estos en razón de su

cargo, conforme se verifica de las resoluciones emitidas –de fojas setenta y ocho a seiscientos treinta y tres–; asimismo, por razón del cargo, ostentaba la potestad de administración de los caudales o efectos de la Municipalidad, la conducta habría sido de apropiación para otro de dinero que era parte del presupuesto institucional y de materiales de construcción de la Municipalidad de Pacaipampa. La disposición se ve corroborada tanto con las resoluciones expedidas, en las cuales se concedían las donaciones como las pericias contables –de fojas ochocientos cincuenta y nueve mil ochocientos veinte y dos mil novecientos noventa y cinco-. En el extremo de la tipificad objetiva puede verificarse en el hecho imputado".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 1379-2013-Piura, Voto Dirimente del señor Juez Supremo Cevallos Vegas, del 27 de enero de 2014, considerando 1.6)

J 0226 "Que, el Acuerdo Plenario N°4-2005/CJ-116, en su fundamento 7 estableció lo siguiente: "(...) Es necesario tener en cuenta los comportamientos típicos que la norma en análisis nos señala a efectos de limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado. La norma, por consiguiente, al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: apropiar o utilizar, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal: a. Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos; b. La percepción, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre licita. La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción. La custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos; c. Apropiación o utilización. En el primer caso estriba en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito mal de apoderarse para sí o para un tercero; d. El destinatario: para sí. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose el mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de transito al dominio final del tercero; e. Caudales y efectos. Los primeros, son bienes en general de contenido económico incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables (...)".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 3886-2011-Huancavelica, de 22 de agosto de 2012, magistrado ponente: Pariona Pastrana, considerando 6.

J 0227 "La apropiación o la utilización, son los dos supuestos que utiliza la norma penal para definir los comportamientos típicos del sujeto activo en el delito de peculado, las mismas que deben contener elementos para su configuración, tales como: a) Existencia de una relación funcional 'por razón del cargo; b) La percepción, administración o custodia; c) La apropiación o utilización; d) Destinatario, para sí o para otro; y, e) Los caudales o efectos.

a) Existencia de una relación funcional "por razón de su cargo".

Prima facie debemos mencionar que no todo funcionario público —por su sola condición— podrá ser sujeto activo del delito de peculado. El tipo normativo de peculado hace referencia claramente a un funcionario público no in abstracto, sino contextualizado a un segmento concreto de la función pública "por razón de su cargo"; es decir, para que opere el comportamiento típico de apropiarse o utilizar, los bienes públicos [caudales o efectos] objeto del delito deben encontrarse en posesión [mediata o inmediata] del sujeto activo y ello en virtud a los deberes o atribuciones del cargo que ostenta al interior de la administración estatal. Por lo que, si dicha relación funcionarial de estricta base jurídica entre el sujeto activo y bien público que posee no existe, no podrá hablarse del delito de peculado.

Ahora bien, la posesión [bajo cualquiera de las tres formas que la norma exige de poseer: percepción, administración o custodia] de los caudales o efectos de la que goza el funcionario o servidor debe basarse en el ámbito de competencia del cargo, determinado o establecido en la ley o normas jurídicas de menor jerarquía (Reglamentos, directivas, entre otros). 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 [Vid. Bernal Pizón, Jesús, *Delitos contra la Administración Pública y asociación para delinquir*, Ed. Temis, Bogotá, 1965, p. 23]. En esa misma línea, el Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-l 16, del treinta de setiembre de dos mil cinco, ha dejado en claro que para la existencia del delito de peculado no es necesario que, sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica [Véase fundamento sexto del Acuerdo Plenario en mención].

b) La percepción, administración y custodia

Conforme se ha referido en el párrafo anterior para configurarse el injusto de peculado resulta necesario que el agente esté en vinculación directa o indirecta con los bienes públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiadas en razón del cargo que desempeña, conforme se detalla a continuación:

1. Percepción. Hace referencia a la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita (del tesoro público, de particulares, donaciones etc.) y que ingresen o pasan a integrar al patrimonio estatal en calidad de bienes públicos.
2. Administración. Implica la facultad de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas. La administración de los caudales públicos por parte del autor tiene implícita la vinculación funcional, comprendiendo tanto relaciones directas o mediatas con el caudal, por las que sin necesidad de entrar en contacto con los bienes puede el funcionario público disponer de ellos en razón de ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego [Vid. Rojas Vargas, Fidel, Óp. Cit., p. 489].
3. Custodia. Implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

En virtud a estas formas de posesión que 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.

c) La "apropiación o utilización"

No puede haber apropiación o utilización propia de peculado si no hay relación funcional entre el sujeto activo y el patrimonio público. Sobre esta base se articulan las modalidades delictivas de comisión estipuladas en esta figura penal.

La apropiación consiste en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolos de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos –el agente activo realiza actos de disposición como si fuera el dueño del bien, esto es, determinado por el animus domine: ejerce sobre él actos de dominio inconfundibles que justifica su tenencia– [Vid. Gómez Méndez, Alfonso/ Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, *Delitos contra la Administración Pública*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 292].

La utilización estriba en que el agente se aprovecha de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.

d) El destinatario "para sí o para otro"

El destinatario, en el supuesto "para sí", actúa por cuenta propia, apropiándose de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. En el supuesto "para otro" el agente activo realiza un acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero.

e) Los "caudales o efecto"

Los 'caudales' son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los 'efectos' son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.

Sala Penal Permanente. R.N. N° 615-2015-Lima, de 16 de agosto de 2016, magistrado ponente: Pariona Pastrana, considerando 2.1.1.2.

- **El cobro simultáneo de una pensión por docencia y un sueldo por el ejercicio de una función pública no configura el delito de peculado doloso**

J 0228 "En particular y como se ha anotado, el artículo 8 del Decreto Ley N° 20530 expresamente habilita la percepción simultánea de un sueldo y una pensión, cuando uno de ellos provenga de servicios docentes prestados a la enseñanza pública.

Al respecto, el Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre la incompatibilidad entre pensión y remuneración, con referencia al Decreto Ley N° 20530, reconoce la legalidad del cobro simultáneo de una pensión docente y una remuneración del Estado. Así lo estableció en la STC N° 3480-2007-PA, en la cual sostiene que el artículo 54 del Decreto Ley N° 20530 establece, entre otros supuestos, que se suspende el derecho a la pensión, sin derecho a reintegro, en caso de reingreso al servicio del Estado, de lo que se infiere la expresa incompatibilidad entre la remuneración y la pensión. No obstante, precisó que en concordancia con su artículo 8 se podrán percibir simultáneamente del Estado dos pensiones, o un sueldo y una pensión, cuando uno de ellos provenga de servicios docentes prestados a la enseñanza pública o de viudez.

En esta misma línea interpretativa y de manera más reciente, la STC N° 4555-2013/PA establece con claridad y especificidad que no existe incompatibilidad legal para la percepción simultánea de una pensión proveniente de servicios docentes prestados en la enseñanza pública y la remuneración proveniente de una relación laboral, pues se enmarca dentro de la excepción prevista por el artículo 8 del Decreto Ley N° 20530.

Se trató de un caso en que evaluó la pensión del demandante, la que provenía de servicios docentes prestados a la enseñanza pública, quien posteriormente reingresó a laborar en EsSalud, entidad de la cual fue despedido por tal motivo. El Tribunal Constitucional, al advertir que no existe incompatibilidad legal para la percepción de este doble ingreso, declaró fundada su demanda y ordenó su reposición.

En igual sentido y con anterioridad a las dos sentencias del Tribunal Constitucional referidas, la Sala Civil Transitoria de esta Corte Suprema, en la Casación N° 1926-05, determinó que no constituye un pago indebido por parte del Estado si una persona percibe simultáneamente una pensión por servicio docente y una remuneración en condición de director general de educación, cultura y deporte e Industria de una municipalidad provincial.

Por otro lado, la pensión que percibe una persona es parte de su derecho de propiedad. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el derecho a la pensión que adquiere una persona tiene efectos patrimoniales, los cuales están protegidos bajo el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagra el derecho a la propiedad privada.

Por tanto, con base en la normativa detallada y las interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional y la Sala Civil Transitoria de esta Corte Suprema, no existe ilegalidad en el cobro simultáneo de una pensión por docencia y un sueldo por el ejercicio de una función pública. Como correlato de ello, en dichos casos no se configura típicamente el delito de peculado doloso, pues ambos ingresos percibidos, sea pensión o remuneración, al ser legales, son de propiedad del beneficiario, y no se materializa como tal la apropiación de un caudal público.

La Sala Penal de Apelaciones, invocando la STC N° 3480-2007-PA, consideró que el imputado como cesante del Magisterio, al asumir el cargo de vicepresidente del GRSM, generó una nueva relación jurídica de empleo, lo que motivó una doble remuneración.

Al respecto, este Supremo Tribunal precisa que no se trata de la percepción de una doble remuneración proscrita por el artículo 40 de la Constitución Política, ya que el reingreso del imputado a la función pública no convierte a su pensión como cesante del Magisterio en remuneración, esto es que constituyen conceptos distintos. Nos encontramos ante un caso de percepción simultánea de pensión docente y remuneración en condición de vicepresidente del GRSM, permitida por ley.

Por tanto, la Sala Penal de Apelaciones no delimitó correctamente los alcances de la STC N° 3480-2007-PA, ni tuvo en cuenta que dicho caso difiere del presente. Tampoco consideró lo expuesto en la STC N° 4555-2013/PA, la cual es anterior al auto de vista impugnado.

En ese aspecto, no puede considerarse que el imputado se haya apropiado de lo cobrado por concepto de pensión y remuneraciones, ya que legalmente no existe impedimento para percibirlos; y, por tanto, son ingresos que le pertenecen y son de su propiedad. Por consiguiente, los hechos atribuidos son atípicos respecto al delito de peculado doloso".

Sala Penal Transitoria. Casación N° 500-2017-San Martín, del 18 de diciembre de 2019, magistrado ponente: Castañeda Otsu, considerandos 15-22.

- Peculado y no rendición de cuentas de viáticos

D 1530 "Entonces, el funcionario o servidor público que realiza un mal manejo de los viáticos asignados no incurre en el tipo penal de peculado, puesto que este no se encuentra relacionado a los viáticos, por medio de alguno de estos elementos. En ese sentido, el f.j. N° 38 del AP N° 7-2019 indica:

[N]o es correcto afirmar que aquel específico monto de los viáticos mantiene la condición de caudal público entregado bajo administración. Corresponde tener en claro que la facultad de libre disposición del os caudales percibidos es incompatible con el concepto de administrar dinero para fines estatales".

LIMAYLLA TORRES, Abraham de Jesús. "¿Los funcionarios o servidores públicos que no justifican el gasto de viáticos otorgados por el Estado incurren en el delito de peculado doloso? Análisis del Acuerdo Plenario N° 7-2019". En: *Actualidad Penal*. Volumen 67. Lima: Instituto Pacífico, enero de 2020, p. 136.

D 1531 "No compartimos, por tanto, la tendencia de algún sector de la jurisprudencia y doctrina nacionales de identificar la comisión del delito de peculado por apropiación de viáticos con el simple hecho de no rendir cuentas del dinero recibido o hacerlo de modo deficiente. En el Primer Pleno Jurisdiccional Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios se plantea este problema en el Tema N° 2 (los viáticos como objeto del delito de peculado), de la siguiente manera: ¿Configura o no delito de peculado la conducta del sujeto público que ante la administración no rinde cuentas del dinero recibido por concepto de viáticos?

La no rendición de viáticos puede deberse a una multiplicidad de factores que no indican necesariamente que el funcionario o servidor público se haya apropiado del patrimonio del Estado, ya que podría haber sucedido que, habiendo cumplido plenamente con la comisión de servicios encomendada, perdió los comprobantes de pago que daban cuenta del correcto gasto del dinero recibido, o se los podrían haber hurtado o robado junto con otros bienes, o simplemente –habiendo cumplido también con la comisión encomendada– el funcionario o servidor fue negligente y dejó transcurrir el plazo para presentar su rendición de cuentas.

La no rendición de cuentas puede constituir un importante indicio de la apropiación del dinero recibido en calidad de viáticos, es cierto, pero no más que ello. Ello debe usarse y valorarse en conjunción con otros indicios o elementos de convicción para determinar si realmente el funcionario o servidor se ha apropiado o no del dinero materia de cuestionamiento".

ÁVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos. "Los viáticos como objeto material del delito de peculado". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 104. Lima: Gaceta Jurídica, febrero de 2018, p. 15.

J 0229 "El dinero entregado a un trabajador que debe desplazarse dentro o fuera del territorio nacional a fin de cumplir un encargo específico se denomina "viático" o "viáticos" y constituye el caudal del erario público que recibe el funcionario o servidor público para cubrir sus necesidades personales esenciales.

En el Perú se ha establecido en la Ley 27619 (que regula los viajes al exterior de servidores y funcionarios públicos), como en el Decreto Supremo 007-2013-EF, que a su vez regula el

otorgamiento de viáticos para viajes de comisión de servicios en el territorio nacional, la obligación de rendir cuentas de su disposición al término de la comisión. La omisión de aquella obligación ha generado posiciones refractarias respecto a la configuración del delito de peculado.

La línea argumental expuesta define un ámbito muy peculiar, que por su escaso desarrollo dogmático devino en resoluciones disímiles, sea por considerar a la no devolución de los "viáticos" como infracción administrativa o como presunto delito de peculado. Lo primero, en la medida que se observa suficiente disvalor material en dicha conducta, necesitada y merecedora de pena; y lo segundo, al no concurrir los presupuestos de configuración típica propuestos normativamente en el artículo 387 del CP, donde el argumento de la "infracción del deber", resulta insuficiente, para dotar de sustantividad a los injustos funcionariales.

Se ha producido una confusión entre la calidad del dinero estatal entregado propiamente para efectuar el encargo (para pagar el valor de bienes y/o servicios que son el objeto de la comisión o son inherentes a ella, como costos, tasas, derechos de trámite, etcétera, en el lugar de destino) y el dinero (en monto tasado) entregado a quien se desplazará para atender sus necesarios gastos personalísimos en el lugar al que se desplazará (destino provisional).

Aunque probablemente se entreguen simultánea o paralelamente ambos montos, cada uno pertenece a rubros presupuestales distintos y su naturaleza y objeto concreto son también diferentes.

El funcionario o servidor público puede utilizar el dinero otorgado como viáticos para alimentarse, dormir y desplazarse como mejor crea conveniente (se trata de necesidades básicas primarias), puesto que no existe otra limitación para gastar el dinero entregado salvo el monto máximo tasado por día, y la razonable advertencia de que no se cubre con aquella suma el consumo de bebidas de contenido alcohólico, pero con cargo a rendir cuentas del gasto realizado, por lo que no es correcto afirmar que aquel específico monto mantiene la condición de caudal público entregado bajo administración. Corresponde tener en claro que la facultad de la libre disposición de los caudales percibidos es incompatible con el concepto de administrar dinero para fines estatales.

El Estado tiene el deber de garantizar que los funcionarios o servidores comisionados que se desplacen no estén sometidos a la inseguridad o a riesgos que podrían afectarlos personalmente en particular en el ámbito de la salud, todo ello con motivo del desempeño de la comisión, debiendo tenerse en cuenta el sentido del tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución Política del Perú que establece que "*ninguna relación laboral puede* [...] *desconocer o rebajar la dignidad del trabajador*".

No cabe asumir válidamente la presunción de que el comisionado desplazado que no rinde cuentas, pero que realizó cabalmente el encargo del desplazamiento no efectuó gastos personales durante su viaje para llegar a destino y una vez en el destino, que no se alimentó ni se alojó en algún lugar; todo para concluir que debe devolver toda la suma recibida por aquellos conceptos. Esas presunciones devendrían en absurdas y por tanto en ilógicas. Como mínimo se requiere una indagación eficaz y previa en sede administrativa para determinar cuánto gastó y como efecto cuanto debe devolver y luego, requerir formalmente la devolución o disponer el descuento del monto cierto de los haberes del comisionado.

La casuística en relación a la entrega y recibo de dinero por concepto de viáticos por parte de funcionarios o servidores públicos demuestra que tal condición se ha instrumentado en

algunas oportunidades como medio para defraudar, ya sea para apropiarse de dinero en caso de una comisión inexistente o para beneficiarse al realizar un desplazamiento para una comisión que carece de interés para el servicio público (pero sí en beneficio propio o de terceros), como para apropiarse del viático por una comisión cancelada es decir dejada total o parcialmente sin efecto o interrumpida, o por percibir dinero que excede el máximo fijado en la norma; casos que corresponden a un conjunto de actos desleales que a su vez configuran otros delitos coexistentes, puesto que no hubo un soporte real o se extinguió total o parcialmente antes de realizarse la comisión, o en el curso de la comisión.

Cuando la diligencia o comisión por la que fue otorgado el viático no se realizó porque el comisionado no se desplazó y no devolvió el dinero, es decir lo incorporó a su patrimonio probablemente constituye un delito de falsedad.

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.

Como quiera que el comisionado que se desplazará no recibe pagos permanentes, sino que corresponden a la atención necesaria de consumos propios del desplazado durante el tiempo de la comisión fuera del lugar de su habitual residencia, vienen a constituir una suerte de condiciones del desempeño de su encargo, fuera del centro laboral, pero, además, lejos del medio cotidiano de desarrollo ordinario de su vida. El comisionado viaja para cumplir una misión de interés del órgano estatal comisionante.

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, y 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.

En tal virtud, existiendo el deber de rendir cuentas para el funcionario o servidor público y el de devolver lo no gastado, (exigencia legal en el Perú), el incumplimiento total o parcial no habrá de connotar el delito de peculado por apropiación.

En tal supuesto puede configurarse una infracción administrativa (diferente al delito. Véanse los fundamentos jurídicos 9 a 13) y/o laboral; probablemente se podrá procesar administrativamente por no haber rendido o devuelto lo que no se utilizó para gastos personales durante el viaje.

Los presupuestos típico-jurídicos que fundan el peculado son distintos. Son técnicamente diferentes.

Analizada la especial naturaleza de los viáticos, se puede concluir que ese dinero entregado a un sujeto público para gastos de movilidad, alimentación y hospedaje, lo son en calidad de transferencia en disposición, no en calidad de posesión o administración a diferencia del dinero entregado para pagar tasas, derechos, aranceles, copias, etcétera, en el lugar de destino, que está sujeto en el país al deber administrativo de devolución de lo no gastado.

A mayor abundamiento, el monto previsto y percibido como viáticos para la subsistencia y bienestar del comisionado conforme a la normativa respectiva, está presupuestado y por tanto preconcebido y destinado a cubrir los gastos personales del comisionado (el comisionado es el que se alimenta, se desplaza, se guarece de la intemperie en particular para dormir). Si la asignación económica está prevista implica que el órgano estatal espera razonablemente sea consumida en toda su dimensión durante el tiempo de la comisión (como se ha indicado, en Chile el comisionado ha de justificar que la comisión se efectuó, sin explicar cuanto o cómo realizó el gasto). 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.

Es de anotar que las partidas presupuestales de las que proviene el dinero que se entrega al viajero son distintas porque el destino es diferente.

CLASIFICADOR DE GASTOS

Viáticos y asignaciones por comisión de servicios	Servicios domésticos (encargos)
2.3.21.12: Asignación que se concede al personal público para atender gastos que les ocasiona en el desempeño de una comisión de servicio en el exterior (alimentación, hospedaje y movilidad). 2.3.21.22: Asignación que se concede al personal público para atender gastos que les ocasiona en el desempeño de una comisión de servicio en el interior (alimentación, hospedaje y movilidad).	2.3.27.11 99: Gastos por otros servicios prestados por personas naturales y jurídicas no contemplados en las partidas anteriores.

La consecuencia administrativa prevista ante la sola omisión de rendir total o parcialmente cuentas revela en el Perú una posible conducta reacia, tal vez deshonesta, pero sin suficiente entidad como para fundar una imputación penal y menos una condena por delito de peculado, debido a la naturaleza especial de los viáticos, y debe ser separada de la práctica desleal de apropiarse de dinero de las arcas del Estado pretextando una misión irreal o fraguada para tal fin; por tanto, se podrá considerar el dinero entregado y recibido en la auténtica calidad de viáticos cuando: i) La comisión (dentro o fuera del territorio nacional) sea cierta y no una falsa formalidad para encubrir una apropiación. ii) Se cumpla la comisión encargada (independientemente del resultado obtenido). iii) El monto de dinero entregado se ajuste al marco o nivel tope de la cantidad permitida por ley (no se haya inflado o sobredimensionado la suma).

El ámbito penal ha de intervenir ante la ausencia de otros medios menos intensos de reacción estatal que proteja el bien jurídico y reestablezca el derecho afectado, ello constituye la materialización de los principios de mínima intervención y fragmentariedad (que son principios esenciales del Derecho Penal), de las que el tratamiento de la no rendición de viáticos no puede ser excluida.

Por tanto, antes de imputar la comisión del delito de peculado será necesario identificar si el funcionario cumplió o no con la comisión; si la cumplió, la omisión o defecto en la sustentación del gasto deberá quedar dentro de los estrictos ámbitos del control y sanción de orden administrativo. Ir más allá constituiría un supuesto de criminalización extensiva de una materia que tiene eficaz tratamiento extrapenal. Peor aun cuando sin la indagación previa y debida

se pudiera imputar una apropiación total o parcial del monto que recibió el comisionado como viáticos".

XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema. Acuerdo Plenario N° 7-2019, del 10 de setiembre de 2019, magistrado ponente: Salas Arenas, fundamentos jurídicos 35-49.

- **Disponer el pago de remuneraciones o su incremento a trabajadores con vínculo laboral con la entidad agraviada no constituye delito de peculado**

J 0230 "Los delitos contra la Administración Pública generalmente se estructuran sobre la base de infracciones o inobservancias administrativas.

El solo quebrantamiento de una norma administrativa, tal como se postula en los recursos de casación materia de la presente, no constituiría un delito si se analizase de manera aislada o por sí sola la infracción administrativa.

La relevancia de las normas administrativas es la de guiar el funcionamiento de una institución y determinar los deberes y derechos de quienes laboran en ella.

La diferencia entre un injusto penal y uno administrativo radica en que en el primero, además del quebrantamiento de la norma administrativa, se toma en cuenta: i) el elemento subjetivo con la que obra el agente y ii) la lesión de un bien jurídico protegido por el Estado.

A partir de ello, tanto la fiscalía como la judicatura deben efectuar un análisis integrado de la teoría del delito con base en la actividad probatoria realizada, la que, finalmente, en aplicación del principio de *ultima ratio*, definirá si una conducta es delito o si posee menor relevancia. (...).

Superada la primera parte, corresponde evaluar si el ordenar un incremento de remuneraciones en cuya ejecución se utilizaron, además, fondos no destinados para tal fin constituye un supuesto de peculado. Para ello, se evaluará lo siguiente:

- El tipo penal de peculado, previsto en el artículo 387 del Código Penal, sanciona a quien se apropia o utiliza bienes públicos para su beneficio o el de un tercero.
- La conducta que se prohíbe es que algún funcionario o servidor extraiga de la esfera de la Administración Pública bienes o dinero para luego ingresarlos a su dominio privado y disponer de ellos como si fuesen bienes propios –esto último es un hecho post delictivo–.
- El análisis estructurado del tipo penal de peculado, a partir de sus verbos rectores y sus elementos descriptivos y normativos, permite aseverar que disponer el pago de remuneraciones o su incremento a trabajadores con vínculo laboral con la entidad agraviada y que prestaron de manera efectiva el servicio, incluyendo a todos y no solo a algunos, y que, además, se produjo en el marco de una negociación colectiva en que hubo tratativas, no se subsume en ninguno de los verbos rectores que contempla el delito de peculado –apropiación o uso–.
- Se debe considerar que la remuneración o su incremento es la contraprestación a un servicio que proporciona el trabajador a la entidad, y ello se encuentra dentro de la esfera de la Administración Pública.
- Quebrar las reglas presupuestarias de prohibición es una falta muy grave y, aunada a otros elementos de prueba que evidencien dolo en la conducta de los imputados, puede

ser subsumible en otros tipos penales que es preciso determinar; pero dicha conducta, en sí misma, por las razones expresadas, no constituye una apropiación.

- Distinto será el supuesto de aquel funcionario o servidor público que disponga el pago de la remuneración de una persona que no laboró o lo hizo parcialmente; en este caso, sí constituiría peculado. Nótese que esta conducta dista mucho de la ahora juzgada, por lo que este supuesto no se condice en lo mínimo con el que ahora es materia de juzgamiento.
- Resulta necesario precisar que la configuración del delito de peculado no depende del empleo de dinero de una fuente no autorizada o proscrita por la norma administrativa; pues, independientemente del origen, se sanciona la apropiación o el uso de los bienes o caudales públicos.
- En cuanto al planteamiento de la subsunción típica de la conducta juzgada en el delito de malversación de fondos, se debe evaluar que este último sanciona a quien asigna al dinero o los bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a la que están destinados, con lo que se afecta el servicio o la función encomendada. Jurisprudencialmente se han establecidos diversos requisitos para su configuración, entre los que se hallan: i) la afectación al servicio público y ii) la disposición definitiva de bienes en fines diferentes. Estos últimos no han sido postulados como supuesto de hecho en la acusación fiscal ni han sido materia de juzgamiento.
- Resulta necesario precisar que entre peculado y malversación de fondos se producen las siguientes diferencias:

N°	Peculado	Malversación de fondos
1.	No exige que el bien o efecto apropiado tenga un fin específico.	El bien o dinero empleado tiene una finalidad específica y distinta.
2.	El caudal o efecto sale de la esfera pública e ingresa a dominio privado.	El dinero o los bienes se mantienen en la esfera de la Administración Pública.
3.	Sus verbos rectores son apropiarse o utilizar.	Su verbo rector se expresa en asignar una aplicación definitiva diferente.
4.	Los bienes jurídicos, además del patrimonio, son el correcto desarrollo de la función pública y el ejercicio debido del funcionario o servidor público.	Asignación eficiente de fondos públicos.
5.	No aplican los bienes a favor de la Administración Pública.	Sí aplica los bienes a favor de la Administración Pública, pero para fines distintos.
6.	El perjuicio patrimonial que genere la apropiación o uso de los bienes es intrascendente a efectos de su configuración; será una agravante.	Si la aplicación definitiva diferente del dinero no afecta el servicio o la función encomendada, no se configuraría el delito.

- Si una de las irregularidades imputadas, además del aumento indebido de las remuneraciones y de la conflagración de los partícipes para aparentar formalidad de acuerdo a ley invocando hechos ambiguos –simular la existencia de fondos a partir de proyecciones que pueden darse o no en el futuro y realizar interpretaciones de la ley omitiendo pronunciarse de manera deliberada sobre la ley especial aplicable–, es la utilización de fondos

no asignados para ello, eventualmente podría configurarse un concurso delictivo con el tipo penal de malversación de fondos –si se cumpliesen los otros elementos configurativos de dicho delito–; empero, de ninguna manera puede considerarse que aquella solamente se subsume en el delito de malversación".

Sala Penal Permanente. Casación N° 1527-2018-Tacna, del 05 de marzo de 2020, magistrado ponente: Sequeiros Vargas, considerando 1.2.

- Peculado por omisión

J 0231 "[D]esde una perspectiva axiológica o valorativa, los delitos de infracción del deber de carácter funcionarial, descritos mediante tipos penales de comisión, pueden en general ser realizados por omisión impropia, en tanto esta equivalga a la producción de un resultado lesivo. El deber especial que sustenta la delimitación del círculo de sujetos activos calificados, en los tipos penales especiales, es el deber de garante, que fundamenta la primera condición en la omisión de impedir la realización del hecho punible. 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 presentan 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 objetos 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. Ciertamente, desde una perspectiva ontológica, podría decirse que no corresponde asumir, conforme a la naturaleza de las cosas, que el omitir hacer algo para impedir que otro se apropie de un bien público no es lo mismo que apropiarse comisivamente del bien. Pero la equiparación de un contexto omisivo a uno comisivo se sustenta en la tipificación de la omisión impropia dolosa en el artículo 13 del Código Penal. La modalidad culposa de la omisión del peculado –dar ocasión a que se efectúe por otra persona, la sustracción de los caudales o efectos– ha sido expresa y específicamente tipificada en el artículo 387, párrafo final, del Código Penal, por exigencias del sistema *numerus clausus* para la sanción de la culpa".

Sala Penal Permanente. Casación N°1749-2018-Cañete, del 19 de agosto de 2020, magistrado ponente: Figueroa Navarro, considerando 16.

- Agravantes

D 1532 "La Ley N° 29758 del 21 de julio de 2011 introdujo al tipo penal en hermenéutica jurídica la agravante que se configura cuando el valor de lo apropiado o utilizado por el agente público sobrepase las diez unidades impositivas tributarias. Esto es, aparece la agravante cuando el funcionario o servidor público se apropia o utiliza caudales o efectos cuyo valor supera as 10 UIT. El fundamento de la agravante radica en el mayor perjuicio que puede producirse al agraviado. El principio de lesividad justifica que, a mayor afectación patrimonial a los recursos del Estado, mayor sea la sanción punitiva que se imponga a los agentes públicos

que violentando sus deberes funcionales cometen este tipo de conductas ilícitas. De verificarse esta agravante el agente será sancionado con una pena que oscila entre no menor de ocho ni mayor de doce años de pena privativa de la libertad ambulatoria.

La agravante, sin duda, está destinada en forma prioritaria a aquellos funcionarios públicos que ocupan cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas estatales".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 454 y 455.

D 1533 "El artículo 387 del CP prevé que el peculado será agravado y, por lo tanto, el autor será merecedor de mayor pena cuando se apropie o utilice bienes públicos destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o ayuda social. Aquí, el mayor injusto penal en el mayor daño que la conducta puede causar a los beneficiarios.

Fines asistenciales son aquellas campañas de ayuda o auxilio destinadas a cubrir urgencias coyunturales de la población necesitada (en salud, educación, alimento, abrigo, etc.), ya sea mediante la asignación de recursos que hace el Estado con las donaciones de organismos nacionales o internacionales. La expresión programas de apoyo social hace alusión a programas de carácter más permanente y con asignación presupuestaria para paliar las carencias socioeconómicas en la población mayormente de menos recursos".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 455.

D 1534 "A efectos de la agravante, los programas con "fines asistenciales" o programas de "apoyo social" tienen que ser específicos. No deben entenderse en sentido general".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 456.

D 1535 "Respecto al primer supuesto, el baremo es cuantificable objetivamente, debiéndose recurrir a una norma de carácter extrapenal para dotar de contenido significado al tipo penal agravado, en ese sentido, actualmente según el D.S. N° 380-2017-EF, para el año 2018, corresponde al monto de S/ 4 150,00 (cuatro mil ciento cincuenta y 00/100 soles), en ese sentido, en la medida que el monto apropiado o utilizado supere la suma de 41,500.00 (cuarenta y un mil quinientos soles) estaremos ante la forma agravada".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 500 y 501.

D 1536 "Con relación al segundo supuesto, esto es, que lo caudales o efectos públicos estuvieran destinados a fines asistenciales o programas de apoyo o inclusión social, por lo tanto, se entiende por fines asistenciales, a cualquier actividad que busca asistir a la población en estado de necesidad, por lo tanto, la necesidad opera en diversas formas, económicas, educativas, alimentarias, etc., En ese contexto el sujeto cualificado, se apropia o utiliza para sí o para otros, los caudales o efectos que fueron destinados a determinada población en estado de necesidad. Respecto a los programas de apoyo o inclusión social, se refieren a los diversos

diseños o proyectos que fueron plasmados y aprobados producto de la gestión de Estado, los mismos que tienen un escenario permanente por contar con un presupuesto institucional, en ese sentido, el sujeto cualificado se apropia o utiliza los caudales o efectos destinados a dichos programas de asistencia social".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 501.

D 1537 "Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años.

El disvalor del delito de peculado radica en la infracción de los deberes inherentes al cargo funcionarial, y el reproche jurídico-social en la defraudación de los legítimos intereses de los comunitarios, quienes se van alarmados cuando el funcionario en vez de aplicar los efectos y caudales en bienestar estricto de la colectividad, se sirve del cargo para apropiárselos o utilizarlos".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 417.

D 1538 "Entonces, cuando lo caudales o efectos, tienen como destinatarios a fines asistenciales o programas de apoyo social, se propicia un estado de mayor disvalor antijurídico, así como del reproche culpable, tomando en cuenta la magnitud del perjuicio en la masa poblacional afectada. Sin duda, el grado de ofensa, de esta circunstancia, justica una reacción punitiva más enérgica por parte del Estado".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 418.

J 0232 "Estando a lo antes expuesto, previamente se debe indicar que el segundo párrafo del artículo 387 del Código Penal prevé como circunstancias agravantes si los caudales o efectos estuvieras destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, siendo esta la configuración que se le dio al hecho imputado a los encausados; sin embargo, si bien el dinero recibido en préstamo por la suma de 216. 000. Nuevos soles fueron primigeniamente depositados la cuenta de FONCOMUN –Fondo de Compensación Municipal, Programa del "Vaso de Leche"–, también lo es, que se ha determinado que el destino de dicho dinero, no quera para fines asistenciales, sino para la construcción de la primera planta del Palacio Municipal, y la remodelación [de un] parque, [...] en consecuencia, considerando que se logró establecer concretamente cuál era el destino de dicho monto de dinero apropiado, cabe subsumir la conducta de los encausados en el primer párrafo [y no en el segundo] del artículo 387 del Código Penal [...]".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 2558-2013-Amazonas, de 22 de enero de 2014, magistrado ponente: Pariona Pastrana, considerando 7.

2.4.2. La conducta típica del delito de peculado culposo

D 1539 "En tanto que 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".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 406.

D 1540 "El peculado culposo hace alusión directa a la sustracción efectuada por tercera persona aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público en su función de vigilar y resguardar los bienes del Estado. No hay delito de peculado culposo en la modalidad de utilización".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 457.

D 1541 "Es preciso determinar que la figura del peculado culposo no está referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos, se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario servidor público. Es decir, se trata de una culpa que origina (propicia, facilita o permite de hecho) un delito doloso de tercero; sea que el tercero lo sustrae con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtiene o no un provecho. El tercero puede ser un particular u otro funcionario o servidor público que no tiene ni debe tener la función de percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos. Aquí no se castiga la sustracción de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro (*extraneus* o *intraneus*) lo sustraiga dolosamente".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 457 y 458.

D 1542 "Asimismo, en el peculado culposo debe tenerse en cuenta: "La sustracción y la culpa del funcionario o servidor público como elementos componentes típicos de esta figura penal: describiéndolas como:

a) La sustracción. Entiéndasele como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la Administración Pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público.

b) La culpa del funcionario o servidor público. Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al termino impreciso de perdidas), vale decir, cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantienen con el patrimonio público".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 458.

D 1543 "Queda claro que el agente del delito de peculado culposo de modo alguno propicia o genera su propia negligencia. Si en un caso en concreto, el sujeto público, por ejemplo, participa con pleno conocimiento y voluntad en un acuerdo por el cual se decide disponer de fondos públicos que administra y luego, ejecuta el acuerdo, descuidando los bienes o caudales que administra de modo alguno el agente actúa con negligencia o culpa en la disposición de aquellos fundos públicos, sino que actúa abiertamente en forma dolosa".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 460.

D 1544 "De la misma forma, el criterio jurisprudencial vinculante expuesto, indica los presupuestos típicos del delito de peculado culposo, es decir, el peculado culposo debe tenerse en cuenta: "la sustracción y la culpa del funcionario o servidor público" como elementos componentes típicos de esta figura penal, describiéndolas de la siguiente manera:

a) La sustracción. Entendiéndosela como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de la vigilancia de la Administración Pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público. b) La culpa del funcionario o servidor público. Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al termino impreciso de perdidas) vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 485 y 486.

D 1545 "Por consiguiente, la tipificación del delito de peculado culposo viene a complementar las tareas preventiva del peculado doloso, castigando con pena aquellas vulneraciones de los deberes inherentes del cargo, que no han sido perpetrados de forma consciente por lo sujetos obligados (funcionarios y servidores públicos)".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 419.

D 1546 "El núcleo de disvalor del peculado culposo se centra en la inacción, en la falta de cuidado, en no haber tomado las medidas de salvaguarda necesarias, para poner a buen recaudo la intangibilidad e integridad de los bienes estatales. Si la sustracción de los caudales –por parte de terceros–, obedece a otros factores –concomitantes o circunstanciales–, ajenos a la esfera competencial del *intraneus*, no se dará el delito *–in examine–*, al no develarse la generación de un riesgo no permitido o a través de la aplicación del ámbito de protección de la norma, correctivos ellos, aglutinados en la moderna teoría de la imputación objetiva".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 420.

D 1547 "La connivencia del funcionario con el autor elimina la posibilidad de culpa, de modo que aquel pasa a ser autor de peculado doloso, y el tercero cómplice primario, de acuerdo con los principios generales. Y, si se tratan de caudales o efectos, mediando una custodia compartida de dos funcionarios públicos, quien no intervino estará exento de responsabilidad y el otro, que actuó intencionalmente, responde como autor de peculado doloso".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 422.

J 0233 "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".

Segunda Sala Penal Transitoria. Casación N° 102-2016-Lima, del 11 de julio de 2017, magistrado ponente: Chávez Mella, considerando 19.5.

J 0234 "Que, el delito de Peculado Culposo, previsto en el tercer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, se configura cuando el agente, en su condición de funcionario o servidor público, por culpa, negligencia o infracción a su deber objetivo de cuidado, da ocasión a que se efectúe por otra persona, la sustracción de caudales efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo; así, debe verificarse la existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales o efectos.

Que, se entiende por "custodia", a la forma típica de posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor público de los caudales y efectos públicos; mediante tales formas de posesión que la ley penal ha establecido, el funcionario o servidor tiene que desarrollar funciones de control, cuidado, conducción y vigilancia –deber de garante– en despliegue de las obligaciones inherentes a su cargo. Su infracción pone en evidencia el quebrantamiento de los deberes funcionales por parte del sujeto activo para con la Administración Pública; por tanto, habrá culpa en el sujeto activo, cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones, es decir, cuando viola su deber objetivo de cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 944-2011-Apurímac, del 12 de abril de 2012, magistrado ponente: Villa Stein, considerando 4.

J 0235 "Ante los acuerdos adoptados por el Consejo Universitario que vincularon al rector (...), este tenía el deber objetivo de cuidado de advertir si dichos acuerdos atentarían o no contra el patrimonio o funcionamiento de la Universidad, en razón, de ser el máximo representante de la citada casa de estudios y, por tanto, el deber de ser una persona razonable y cuidadosa por el alto cargo que desempeñaba (...). Admitir, que se tiene que cumplir todos los acuerdos arribados por el Consejo Universitario sin ingresar a calificar si estos son o no lícitos, llegaríamos al absurdo que acuerdo que atentan contra el patrimonio o funcionamiento de la Universidad no podrían ser sancionados penalmente y con ello generar impunidad, lo que está proscrito bajo el principio de que el error no genera derecho y por lo prescito por el

artículo II del Título Preliminar del Código Civil (abuso del derecho) aplicable supletoriamente al presente caso".

Sala Penal Permanente. Casación N° 244-2013-Arequipa, de 11 de febrero de 2014, magistrado ponente: Morales Parraguez, considerando 9.

J 0236 "(...) el encausado en su condición de asistente administrativo de la entidad agraviada fue la persona que recibió el total de los bienes, entre ellos, las tuberías faltantes, en el local señalado por la entidad de donde iban a ser trasladados a las diferentes obras en las que iban a ser utilizadas (...); (...) en consecuencia, es un hecho probado que los bienes materia de apropiación estaban bajo la custodia del citado encausado (...), de lo cual se aprovechó para consumar el ilícito penal (retirar irregularmente del local de tuberías), no habiéndose establecido que el retiro del citado material haya sido por orden expresa de alguna autoridad o que exista documento alguno en el que se ordenaba su recogimiento para ser utilizado en alguna obra (...)".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 550-2011-Cusco, de 16 de setiembre de 2011, magistrado ponente: Santa María Morillo, considerando 5.

J 0237 "Que, en relación al delito de peculado culposo, de la revisión de los autos se verifica que la encausada SA, en su condición de administradora, y los encausados HH y MN jefes de las áreas de Almacén y Logística, respectivamente actuaron con negligencia en el cumplimiento de sus funciones al no haber tomado las precauciones debidas de supervisar el correcto manejo del material (tuberías) que fue recibido por su coencausado VM; que, en efecto, a dicha conclusión se arriba si se tiene en cuenta las funciones administrativas que dichos imputados debían cumplir conforme se aprecia en el Manual de Organización y Funciones del Instituto de Manejo de Aguas y Medio Ambiente (...); que el actuar negligente de dichos encausados permitió que el encausado VM se apropie para sí y para un tercero de modo sistemático de los bienes del Estado, generando un detrimento en su patrimonio, (...) los tres imputados tuvieron la posibilidad de supervisar, vigilar y custodiar que los bienes del Estado sean debidamente retirados para las obras en las que debían utilizarse, empero, al no haber cumplido con sus funciones administrativas permitieron su apropiación por parte de otra persona; que resulta irrelevante lo alegado por la encausada HH en el sentido que con la entidad agraviada tenía un contrato de naturaleza civil y en dicha vía debe discutirse la controversia, en tanto ello no enerva su calidad de funcionaria pública, por ende, resulta responsable penalmente, en este caso, por el delito de peculado culposo, al no haber cumplido con los deberes para los cuales fue contratada; (...)".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 550-2011-Cusco, de 16 de setiembre de 2011, magistrado ponente: Santa María Morillo, considerando 6.

J 0238 "En el peculado culposo debe tenerse en cuenta: "la sustracción y la culpa del funcionario o servidor público" como elementos componente típicos de esta figura penal, describiéndola como: i) La sustracción, entendiéndosela como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la Administración Pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público. La culpa del funcionario o servidor público. ii) Culpa es un término global usado para incluir en él todas las

formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al termino impreciso de perdidas) vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público.

(...) la imputación específica que se le hace al encausado (...), estriba en que este en su condición de alcalde (...) no contrato el personal de seguridad suficiente para la vigilancia del local donde funcionaba la Oficina de Abastecimientos y Obras, lo que permitió que un tercero sustrajera la computadora e impresora de dicha área; al respecto cabe precisar que ello no están cierto, pues el encausado si contrató seguridad particular para el cuidado de dicho local (...); así mismo, en el día había vigilancia por parte del serenazgo (...); en tal sentido, no se verifica actitud negligente alguna por parte del encausado.

Ahora, (...) si la vigilancia así dispuesta era suficiente o no (...) ya no le competía directamente encausado [sino a] (...) los responsables de las áreas (entre ellas la de abastecimiento) (...); por tanto, no existió inacción y/o negligencia de parte del encausado; distinto seria el criterio si previamente hubieran existido informes o documentación que pusiera en conocimiento en el momento oportuno al titular de la entidad edil de alguna situación de vulnerabilidad en la seguridad edil; en consecuencia, no se verifica la comisión del delito imputado".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 765-2014-Pasco, de 12 de diciembre de 2014, magistrado ponente: Neyra Flores, considerandos 5-7.

J 0239 "Que el delito de peculado culposo (...) se configura cuando el funcionario o servidor público por su descuido da ocasión a la sustracción del bien por un tercero, esto es, se presenta una infracción del deber de cuidado de los bienes o caudales que se le entregaron por razón de su cargo o función, esa infracción debe producir un resultado típico –pérdida del bien por sustracción dolosa de un tercero– y una relación de antijuricidad –esto es, que el resultado se deba a la infracción del deber de cuidado–; que los encausados (...) admitieron que no cumplieron debidamente sus funciones de verificar el contenido de las cajas que recibían, para determinar si contenían los productos que se indican en las guías de remisión; (...) motivo por el cual se configura la infracción del deber de cuidado que originó la pérdida de los productos que se detallan en la pericia contable (...)".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 2674-2009-Cajamarca, de 15 de julio de 2010, magistrado ponente: Calderón Castillo, considerado 4.

J 0240 "Respecto a la conducta culposa es de precisar que dicha figura no está referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos, se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público de los caudales o efectos, se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público. Es decir, se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando, permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero; sea que lo sustrajo con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo o no un provecho. El tercero puede ser un particular u otro funcionario o servidor público que no tenga

la percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos, no se castiga la sustracción de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro lo sustraiga dolosamente.

En el peculado culposo debe tenerse en cuenta: "la sustracción y la culpa del funcionario o servidor público" como elementos Componentes típicos de esta figura penal, describiéndolas como: a) La sustracción. Entendiéndosela como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la Administración Pública, por parte de un tercer, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público. b) La culpa del funcionario o servidor público. Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes del dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar sustracción (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al termino impreciso de perdidas) vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público"

Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria. Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, del 30 de septiembre de 2005, magistrado ponente: Gonzales Campos, considerandos 8 y 9.

3. Tipicidad subjetiva

- La tipicidad subjetiva en el peculado doloso

D 1548 "El peculado en su modalidad dolosa requiere o exige que el funcionario o servidor público actúe con conocimiento que tiene el deber de no lesionar el patrimonio del Estado, en consecuencia, tiene el deber de lealtad y probidad de percibir, administrar o custodiar adecuadamente los bienes públicos confiados por su cargo. No obstante, voluntariamente actúa, es decir, voluntariamente infringe y lesiona el deber de no lesividad impuesto. Es obvio que la conducta del cómplice también es dolosa. No es posible complicidad culposa".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 448.

D 1549 "En suma, para configurarse el delito de peculado, aparte del dolo en el agente, es necesaria la concurrencia del elemento subjetivo adicional al dolo como es el ánimo de lucro. La finalidad de acrecentar su patrimonio o el ajeno infringiendo su deber funcional de no lesionar el patrimonio del Estado. Si ese no se verifica en la conducta concreta del agente, el delito de peculado se descarta. Por ejemplo, no se configura el delito de peculado cuando el agente se apodera de parte del dinero que administra para hacerse pago de su remuneración que la Administración Pública le adeuda".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 449.

D 1550 "La acriminación del delito de peculado, en sus dos vertientes (apropiación y utilización), es punible a título de dolo; conciencia y voluntad de realización típica; el *intraneus* sustrae lo caudales o efectos del ámbito interno de la Administración, con la intención de

ejercer una nueva relación de custodia (privada) sobre el bien, sabiendo que es un patrimonio estatal o de pertenencia privada".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 416.

D 1551 "Tipo subjetivo. El dolo consiste en el conocimiento del carácter de bien público y de la relación funcionarial, así como la intención de apropiarse o dar uso privado a los bienes. Precisamente, este animo especial sirve como criterio de distinción entre una y otra modalidad. Por eso no es posible el "dolo eventual" a diferencia del tipo argentino, sino solamente el dolo directo".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 356 y 357.

D 1552 "Se trata de un delito doloso que solo requiere que el sujeto conozca el carácter del bien y realice la acción típica. De modo que no es necesario buscar animo especial alguno, que no solo no lo exige el sentido de la ley, sino que menos aún está regulado por la ley".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública.* 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, pp. 326 y 327.

4. Autoría y participación

• El delito de peculado es un delito de infracción del deber

J 0241 Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito contra la Administración Pública, sin perjuicio –claro está– de los diferentes presupuestos que también se requieran para determinar la autoría de cada injusto, como por ejemplo en el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto.

Este tipo de delitos restringe el círculo de autores –como se anotó–, pero se admite la participación del "*extraneus*" que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva –en torno a la accesoriedad de la participación– en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del "*extraneus*". Esta posición, sostiene lo siguiente: A. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes. B. El *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del *extraneus* no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquel toma parte en la realización de la conducta punible.

VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria. Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116, de 06 de diciembre de 2011, magistrado ponente: Lecaros Cornejo, considerando 11.

J 0242 "En doctrina se ha establecido que el delito de peculado constituye un delito especial de infracción de deber fundamentado en instituciones positivas [Vid. Reaño Peschiera, José Leandro, La administración de caudales por delegación de competencias funcionariales. En *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 4, Lima, Grijley, 2003, p. 351]. Es delito especial porque típicamente restringe los contornos de la autoría a determinados sujetos cualificados –en este caso, de funcionarios y servidores públicos–, pero, al mismo tiempo, se trata de un delito de infracción de deber porque el fundamento de la responsabilidad penal a título de autor reside en el quebrantamiento de un deber positivo asegurado institucionalmente [Ibídem]. En este sentido, en esta clase de delito rige el principio de autor único, por el cual el quebrantamiento de un deber institucional, o de una competencia institucional funcionarial concreta, se ha realizado mediante acción, u omisión, o bien mediante aportes que desde un punto de vista táctico pudieran admitir la posibilidad de una graduación y diferenciación, pues el obligado especial responde siempre como autor único de un delito de infracción de deber, con independencia de la diferenciación fenomenológica de las clases de autoría o participación, que más bien pertenecen a la clasificación de los delitos de dominio o de una competencia por organización [Vid. Caro John, José Antonio. *El funcionario público como autor de un delito de infracción de deber.* En: Consejo Nacional de la Magistratura (Ed). Balance y Desafíos a 20 años de funcionamiento. Lima, 2015, pp. 194-195]".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 615-2015-Lima, de 16 de agosto de 2016, magistrado ponente: Pariona Pastrana, considerando 2.1.1.)

J 0243 "El delito de peculado es uno de infracción de deber (más específicamente, un delito especial de deber). Se construyen sobre la base de deberes que se imponen a determinadas personas que, por su vinculación institucional con ciertos bienes jurídicos, tienen una obligación específica de mantener una situación social determinada. Lo que se castiga es, en buena cuenta, la infracción de normas muy específicas para la constitución de tipo penal es necesaria la presencia de un deber especial".

Sala Penal Permanente. Casación N° 1500-2017-Huancavelica, del 15 de mayo de 2019, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 1, tercer párrafo.

J 0244 "Así las cosas, el dato relevante no es el dominio del hecho del autor o si el obligado coadyuvó para la producción del resultado típico, sino el quebrantamiento de los deberes que le impone la institución positiva [Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 133]. Por tanto, lo que debe demostrarse es si el funcionario público competente cumplió o no con su deber positivo y, asimismo, que materialmente llevó a cabo la realización de la conducta exigida por el tipo delictivo –realización típica en sentido material– [Caro John, José Antonio: *Recensión a Ricardo Robles Planas (dir.), La responsabilidad en los delitos especiales*. En: Revista Indret, Barcelona, enero 2015, p. 23]".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 2124-2018-Lima, del 29 de abril de 2019, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 13, segundo párrafo.

J 0245 "En doctrina, Ramiro Salinas Siccha, citando a Juan Carlos Portocarrero Hidalgo, ha señalado respecto al autor del delito de peculado: "[...] solo puede ser autor el funcionario o servidor público que reúne en su persona la relación funcional exigida por el tipo penal, es decir quien por el cargo que desarrolla al interior de la administración tiene bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional) en percepción custodia, o administración los caudales o efectos de los que se apropia o utiliza para sí o para otros".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 157-2018-Cajamarca, del 15 de noviembre de 2018, magistrado ponente: Pacheco Huancas, considerando 11.

J 0246 "De lo precedentemente expuesto, es preciso indicar que en el delito de peculado–delito de infracción de deber– no habría lugar para la coautoría; hay que destacar que la teoría de la infracción del deber de Roxin, no acepta la coautoría que, ciertamente, es la consecuencia de la teoría del dominio del hecho. Así las cosas, no puede concurrirla figura de coautoría porque como se trata de un delito de infracción de un deber especial penal, resulta insostenible materialmente que dos o más funcionarios o servidores públicos acuerden sus voluntades para transgredir una parte del deber especial, teniendo en cuenta que, este es único y no es posible dividirlo materialmente. En tal sentido, si dos o más funcionarios de una institución pública, se ponen de acuerdo para sustraer el patrimonio de la institución sobre el cual tienen la relación funcional de administración, y así lo hacen, cada uno de aquellos funcionarios afectaría su deber personal de no lesividad del patrimonio público. En definitiva, no puede sostenerse que en los funcionarios o servidores públicos ha concurrido un reparto de conductas para infringir un deber especial penal. Por lo tanto, si dos o más funcionarios o servidores públicos con relación funcional se apropian, por ejemplo, de bienes del Estado, todos responden a título de autores".

Segunda Sala Penal Transitoria. Casación N° 102-2016-Lima, del 11 de julio de 2017, magistrado ponente: Chávez Mella, considerando 18.4.

J 0247 "Por estos hechos probados, el juez de primera instancia lo condenó a título de cómplice primario del delito de peculado doloso, ratificado en sede de instancia. Conforme a lo desarrollado en la presente ejecutoria, el delito de peculado es uno de infracción del deber. Conforme a lo desarrollado en la presente ejecutoria, el delito de peculado es uno de infracción del deber. Como regla general, en los delitos de infracción del deber solo cabe la autoría; evidenciándose un error inicial en la determinación del título de imputación pero que no tuvo incidencia práctica en la decisión finalmente adoptada. Como se ha señalado, existen delitos, como el peculado doloso, que exigen, además de la condición de funcionario o servidor público, una vinculación positiva con los caudales o efectos, para ser considerado como autor. Además, como se ha indicado *ut supra* este tipo de delitos admite la omisión impropia.

En el caso concreto, como se ha mencionado, también quedó acreditado que el citado encausado fue presidente del Comité Directivo del Finver, de conformidad con el artículo 11 del Decreto Ley número 22831, ley que crea el Fondo de Inversiones (Finver) de los Consejos Provinciales del país, el cual le otorgaba la calidad ya acotada. Asimismo, el literal e del artículo 12 del mencionado decreto ley señalaba que el presidente tenía como función: vigilar el buen manejo de los recursos y bienes del fondo por el fiduciario. De esta manera, tenía

vinculación funcional y un deber jurídico especial o de garante sobre los caudales del Finver. Por tanto, esta condición le daba el título de autor y no de cómplice primario.

Sala Penal Permanente. Casación N° 1749-2018-Cañete, del 19 de agosto de 2020, magistrado ponente: Figueroa Navarro, considerando 32.

- Configuración de la autoría paralela en el delito de peculado por apropiación

J 0248 "Es claro, además, que la lesión del deber en un delito de infracción de deber es algo personalísimo e independiente, por lo que no es posible admitir la coautoría entre los obligados especiales. Cuando en un hecho típico han intervenido más dos obligados o sujetos especiales, cada uno será autor y, entre ellos, en su caso, se configura el supuesto de autores paralelos, porque ellos han incumplido su deber especial –que, como se anotó, es personalísimo e independiente– y realizado por su cuenta el tipo penal. No hay lugar a deberes conjuntos, pero ello no significa que dentro de estructuras complejas pueda explicarse y tener lugar la intervención de varios sujetos especiales; cada uno de ellos responde, siempre de forma individual, y teniendo en cuenta su deber personalísimo que tiene de tutelar el patrimonio estatal".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 2124-2018-Lima, del 29 de abril de 2019, magistrado ponente: César San Martín Castro, considerando 13, cuarto párrafo.

J 0249 "A los efectos del juicio de imputación se necesita comprobar (*i*) que el agente público competente cumplió o no con su deber positivo, y (*ii*) que, además, materialmente llevó a cabo la realización de la conducta exigida por el tipo delictivo. Cuando en el hecho típico han intervenido varios sujetos especiales, muy común en estructuras jerárquicas organizadas, cada uno será en principio autor –autoría paralela–; y, cuando uno o alguno de ellos realiza la conducta típica, los otros *intranei* pueden ser, eventualmente y según la conducta que lleven a cabo, partícipes –distinto es el caso, por cierto, de los *extranei*–".

Sala Penal Permanente. Casación N° 1500-2017-Huancavelica, del 15 de mayo de 2019, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 1, cuarto párrafo.

- Determinación de la participación delictiva en el delito de peculado

D 1553 "Por otro lado, el particular o *extraneus*, el usurpador del cargo ocasional en contraposición a las normas internas, así como el funcionario o servidor público que no tenga vinculo funcional con los bienes públicos objeto de apropiación o uso indebido, no serán autores del delito de peculado, sino serán autores de otro delito común o, en su caso, partícipes del delito de peculado cometido por un funcionario o servidor público que si tiene relación funcional con el objeto del delito. No debemos soslayar que, siguiendo la teoría de los delitos de infracción de deber de Roxin, solo pueden ser autores aquellos que infringen el deber funcional especial penal; los demás que participan con el solo pueden ser partícipes del delito de peculado".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 441.

D 1554 "En cuanto a la participación en el delito de peculado de particulares o funcionarios y servidores no tienen la relación funcional que exige el tipo penal, se presentan hipótesis interesantes. No obstante, aplicando primerio la teoría de los delitos de infracción de deber, luego los principios de unidad del título de imputación y el de accesoriedad de la participación, se llega a las siguientes conclusiones:

- Los funcionarios o servidores públicos que no estén vinculados funcionalmente con los bienes del Estado no son pasibles de cometer peculado a título de autores. Sus actos se tipifican como delitos comunes que pueden ser de apropiación ilícita o hurto.
- Los funcionarios o servidores públicos que no tengan vinculación funcional con los bienes del Estado que participen con aquellos funcionarios que si tienen vinculación con los bienes, serán partícipes en calidad de instigadores o cómplices del delito de peculado. En este último supuesto solo en calidad de cómplices. Es obvio que en los delitos de infracción del deber no se hace diferencia entre complicidad primaria o secundaria como en la teoría del dominio del hecho. En la teoría de infracción del deber solo hay partícipes ya sea como instigadores o como cómplices.
- Los particulares que instiguen o colaboren con so funcionarios que no tienen vinculación funcional con los bienes del Estado, serán partícipes (instigadores o cómplices) del delito común perpetrado.
- Los particulares (*extranei*) que auxilian o colaboran con los funcionarios o servidores públicos vinculados funcionalmente con los bienes estatales responden a título de complicidad del delito de peculado cometido. Solo complicidad".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 443 y 444.

J 0250 "En conclusión, de todo lo expuesto, se tiene que, respecto a los partícipes en el hecho delictivo a título de cómplice, sea primario o secundario, su aporte a la comisión del delito siempre es doloso, entendido como el conocimiento de que es un hecho injusto y con la voluntad de prestar la colaboración; además, se limita en el *iter criminis* durante los actos preparatorios, lo que debe verificarse en el caso en concreto".

Segunda Sala Penal Transitoria. Casación N° 102-2016-Lima, del 11 de julio de 2017, magistrado ponente: Chávez Mella, considerando 20.

J 0251 "La complicidad primaria en delitos de función se produce, a diferencia de la colaboración secundaria, solo mediante aportes en fase de preparación del delito, pudiendo ser colaborador necesario o primario cualquier funcionario, servidor público o un particular"; a diferencia de la cooperación secundaria, la cual se genera cuando las contribuciones del partícipe son ayudas accesorias o coadyuvantes a la preparación, ejecución o consumación del delito".

Segunda Sala Penal Transitoria. Casación N° 102-2016-Lima, del 11 de julio de 2017, magistrado ponente: Chávez Mella, considerando 18.

J 0252 "Por otro lado, "la complicidad primaria en delitos de función se produce, a diferencia de la colaboración secundaria, solo mediante aportes en fase de preparación del delito, pudiendo ser colaborador necesario o primario cualquier funcionario, servidor público o un particular". Asimismo, "los funcionarios o servidores que no tengan vinculación funcional con los bienes del Estado que participen con aquellos funcionarios que sí tienen vinculación con los bienes, serán partícipes en calidad de instigadores o cómplices del delito de peculado. En este último supuesto solo en calidad de cómplices".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 1240-2017-Tacna, del 05 de septiembre de 2018, magistrado ponente: Chávez Mella, considerando 5.

5. Tentativa y consumación

D 1555 "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. En la segunda modalidad, a través de la utilización o uso del caudal o efecto. Desde el momento que se produce la apropiación o el inicio de la utilización de los bienes públicos en propio beneficio del agente o de tercero, en forma automática se produce un perjuicio al sujeto pasivo del delito.

Cuando el bien está destinado a un tercero, el delito de peculado se consuma en el momento que el agente se apropia, no siendo necesario que el tercero reciba el bien público. Si en el caso concreto, el tercero llega a recibir el bien público, ya estaremos en la fase de agotamiento del delito".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 452.

D 1556 "Al ser un delito de resultado en sus dos modalidades de comisión, es perfectamente posible que la conducta del sujeto activo se quede en el grado de tentativa. Estaremos ante una tentativa cuando el agente, estando por cruzar la puerta del establecimiento público, es intervenido y encontrado llevándose el dinero en su bolsillo".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 454.

D 1557 "La consumación no se da con la simple sustracción, sino con el uso del bien como si fuera propio (apropiación). Por lo mismo es perfectamente posible la tentativa. Si, además, se exige "perjuicio patrimonial" en la modalidad de "apropiación", en el sentido de una disminución contable de bienes de la administración, la tentativa será posible hasta antes de que se verifique esto. En el caso de la utilización, la tentativa será posible hasta antes de dar uso privado a los bienes; p. ej., cuando estos son llevados al lugar donde se les va a dar uso privado".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 359.

J 0253 "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". Esto tiene coherencia con la postura objetiva individual, que indica que los actos ejecutivos se inician, según el plan del autor, con una peligrosidad cercana para el bien jurídico.

Respecto al momento consumativo del peculado doloso por apropiación, según Fidel Rojas Vargas: "se realiza instantáneamente al producirse la apropiación de los caudales o efectos por el sujeto activo, apartándolos de la esfera de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos, esto es, incorporándolos a su patrimonio personal"; asimismo, el mismo autor sostiene: "el destino de los caudales o efectos va dirigido a tercero, la consumación no está definida por el momento en que este recibe o se beneficia con los bienes, pues para que se produzca este momento ya previamente el funcionario o servidor público debió de haberse apoderado de los caudales o efectos y por lo mismo consumar el delito". El autor colombiano Erleans de Jesús Peña Ossa, señala que "el momento consumativo del peculado se produce con el efectivo desapoderamiento de los fondos públicos al Estado mediante la realización de actos de dueño por el autor".

Segunda Sala Penal Transitoria. Casación N°102-2016-Lima, del 11 de julio de 2017, magistrado ponente: Chávez Mella, considerando 19. 3 y 19.4.

J 0254 "El delito de peculado sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le están confiados por razón de su cargo. Para atribuir la responsabilidad a una persona por el delito de peculado nuestro ordenamiento no solo exige que el sujeto activo tenga la condición de funcionario público, sino además, que ostente un vínculo funcional con los caudales o fondos del Estado; es decir, "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 de s patrimonio público a su patrimonio personal, o en su segunda modalidad, a través de la utilización o uso del caudal o del efecto. Cuando el destino de los caudales o efectos va dirigido a tercero, la consumación no está definida por el momento en que este recibe o se beneficia con los bienes, pues para que se produzca este momento ya previamente el funcionario o servidor público debió haberse apoderado de los caudales o efectos y por lo mismo consumar el delito". (Rojas Vargas, Fidel. "*Delitos contra la Administración Pública*", tercera edición, Editorial Grijley, Lima, dos mil dos, página trescientos cuarenta y tres)".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 1371-2012-Puno, de 12 de noviembre de 2013, magistrado ponente: Pariona Pastrana, considerando 4.

- El delito de peculado se consuma a pesar de la reposición de los bienes apropiados

J 0255 (...) se ha establecido suficientemente que dichos bienes fueron objeto de apropiación por tercer persona, incorporándolo a su patrimonio personal, habiéndose procedido a cubrir estos con otros de la misma naturaleza, lo que resulta irrelevante para la configuración del injusto penal aflictivo a los intereses patrimoniales del Estado; es decir, con la apropiación de los materiales de propiedad de la institución estatal se consuma el delito instruido

con prescindencia de la reposición de estos –con otros de iguales o de similares características–, que eventualmente signifique una desfiguración del perjuicio ocasionado, pretendiendo alegar un cumplimiento tardío de sus funciones, no obstante que la afectación se concretizo al no haberse acudido oportunamente a las familias afectadas (...).

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 1229-2010-Loreto, de 01 de junio de 2011, magistrado ponente: Villa Bonilla, considerando 7.

- **La utilización de documento público falso para poder consumar el peculado debe ser considerada como parte integrante de este último delito, como un presupuesto para su realización**

J 0256 "En cuanto al delito de uso de documento público falso, se advierte de la revisión de la sentencia recurrida que la Sala Superior absolvió a los encausados (...) del delito antes mencionado, al considerar que no concurren los elementos típicos del delito de falsificación de documentos, que establece el artículo 427, primero y segundo párrafo, del Código Penal, toda vez que el certificado de depósito no es falso, falso solo eran las firmas de las juezas que disponían el endose de dicho documento para efectuar el cobro en el Banco de la Nación, habiéndose acreditado que fue el sentenciado PWDC (...), el responsable de dicha falsificación, no habiéndose acreditado que estos fueron los que falsificaron las firmas a las juezas; al respecto debe indicarse que el factum imputado a ambos encausados fue el de utilizar un documento falso y no l de fabricar un documento apócrifo, tal como se aprecia de la acusación, (...); por lo que, erróneamente la Sala Superior se ha pronunciado sobre hechos que no han sido materia de imputación, con lo que se estaría vulnerando el principio de congruencia; s in embargo, también cabe añadir que la conducta desplegada por los encausados fue el facilitar al sentenciado DC la apropiación de los caudales o efectos de los litigantes, para ejecutar la comisión del delito de peculado (delito que no ha sido materia de impugnación y por el cual se les encontró responsables penalmente a los procesados VB y QV), y para ello los procesados QV y VB endosaron y cobraron a solicitud de su coprocesado DC, los certificados de depósito judicial (...), documentos en el que su coprocesado antes mencionado, había introducido as firmas falsas de las juezas TM y EL (...), conducta que se encuentra prevista en el segundo párrafo del artículo 427 del Código Penal; la utilización del documento (...), era necesaria para poder consumar el peculado, toda vez que solo con el podían acceder los caudales o efectos. Por ende, esta conducta ha de ser considerada como parte integrante del delito de peculado, esto es, como un presupuesto para su realización; en consecuencia, debe absorberse en dicho tipo penal".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 3973-2011-Piura, de 05 de febrero de 2013, magistrado ponente: Calderón Castillo, considerando 3.2.

- **Ne bis in ídem. Sanción administrativa no impide que infractor sea juzgado penalmente**

J 0257 "Que, estando a lo expuesto precedentemente, se advierte que lo alegado por la recurrente al pretender que se declare fundada la excepción de cosa juzgada –teniendo como fundamento que al haber sido investigada y sancionada administrativamente por la institución agraviada, no podría ser juzgada penalmente–, no tiene sustento legal alguno, por cuanto no se

está ante un supuesto de cosa juzgada, y si bien es cierto las sanciones administrativas y los delitos contra la Administración Pública tutelan el correcto desempeño de la función pública, sin embargo, debe tenerse en cuenta, que el delito de peculado, además de evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad, garantiza el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública, el cual no se protege con la sola imposición de una sanción administrativa, fundamento jurídico que ha sido plasmado en la Ejecutoria Suprema número mil doscientos veintiocho-dos mil cinco, de fecha uno de setiembre de dos mil cinco, expedida por esta Suprema Sala; a lo que debe agregarse, que los motivos para investigarse administrativamente a la encausada se basan en faltas de carácter disciplinario que se encuentran previstas en los incisos a), d) y f) del artículo veintiocho del Decreto Legislativo número doscientos setenta y seis –Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público–, lo cual no se condice con la infracción de normas penales en que incurrió la imputada y que ha quedado debidamente acreditada en autos –conforme a los fundamentos expuestos en los considerandos ya citados–; que siendo así, no se advierte la existencia de una resolución judicial firme seguida contra la recurrente y, menos aún, por los mismos hechos, por lo que no es de aplicación lo dispuesto por el artículo cinco del Código de Procedimientos Penales.

Sala Penal Permanente. R.N. N° 544-2009-Lima, de 29 de abril de 2010, magistrado ponente: Santa María Morillo, considerando 7.

II

PECULADO DE USO

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 388 **Peculado de uso**

El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la Administración Pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública.

No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo[38].

TEXTO ORIGINAL

Artículo 388.- Peculado por uso

El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la Administración Pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años. Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública. No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo.

PRIMERA MODIFICATORIA

Artículo 388.- Peculado de uso

El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas u otros instrumentos de trabajo pertenecientes a la Administración Pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados, cuando los efectos indicados en el párrafo anterior pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública, independientemente del grado de afectación de la obra.

No están comprendidos los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo[39].

SEGUNDA MODIFICATORIA

Artículo 388.- Peculado de uso

El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la Administración

38 Texto vigente conforme a la modificatoria efectuada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22 de octubre de 2016, en el diario oficial *El Peruano*.

39 Texto conforme a la modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 29703, publicada el 10 de junio de 2011 en el diario oficial *El Peruano*.

Pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública.

No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo[40].

TERCERA MODIFICATORIA

Artículo 388.- Peculado de uso

El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la Administración Pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública.

No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo[41].

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico

D 1558 "En la doctrina es lugar común considerar que el bien jurídico general es el recto desarrollo o desenvolvimiento de la función pública en la Administración Pública.

El bien jurídico específico o particular que se pretende proteger con la tipificación del delito de peculado de uso es el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cuidado de los bienes públicos al cumplir con el deber especial encomendado en razón del cargo que desempeñan. El bien jurídico específico solo se verá afectado cuando el agente lesione el patrimonio del Estado infringiendo sus deberes de lealtad y probidad en el cuidado de los bienes muebles especificados en el tipo penal, que le han sido encomendados en razón de su cargo o que están bajo su guarda. Ello es así hasta el punto que si el patrimonio estatal se lesiona sin que se hayan infringido los deberes de lealtad y probidad del funcionario o servidor en la administración o custodia de los bienes muebles del Estado, el delito de peculado de uso no se configura".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 479.

D 1559 "Como en todo delito contra la Administración Pública (por ser una infracción penal de corte institucional) siempre existirá un bien jurídico-penal *genérico,* que en el caso del delito de peculado de uso, sería el de garantizar el principio de la. no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; (...).

40 Texto conforme a la modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 29758, publicada el 21 de julio de 2011 en el diario oficial *El Peruano*.

41 Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 de noviembre de 2013 en el diario oficial *El Peruano*.

Ahora bien, desde el punto de vista del bien jurídico-penal *específico* sería la de proteger el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cuidado de los bienes públicos al cumplir con su deber particular encomendado en razón del cargo que desempeñan'. El delito de peculado de uso, según Frisancho Aparicio, por tratarse de una forma de malversación de bienes públicos, ostenta la nota común a todas las malversaciones, la afectación general a los intereses patrimoniales del Estado, quebrantándose en aquellos, el deber de fidelidad o lealtad del funcionario respecto a la Administración de la que depende". En otras palabras, se trata de evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad. Por todo ello –tanto desde el punto de vista genérico y específico en el ámbito de protección–, el delito de peculado de uso se trata, en realidad, de un delito pluriofensivo".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. Vol. III. Lima: Ediciones Legales, 2016, pp. 1726 y 1727.

D 1560 "El punto de partida es la determinación del bien jurídico genérico y el objeto de protección específico del delito de peculado en todas sus modalidades que en este caso tiene una correspondencia y este es asegurar la buena marcha de las funciones y servicios de la Administración Pública. Se protege la correcta administración del patrimonio público, preservándola de apropiaciones o utilizaciones ilegales, se habla de que el delito es uno pluriofensivo ya que tiene dos objetos específicos de protección penal: primero garantizar el principio de no lesividad de intereses patrimoniales de la Administración Pública y por otro el abuso del poder que se halle facultado el funcionario o servidor público que quiebra los deberes funcionales de honestidad, lealtad y probidad".

ARMAS CABRERA, Rafael. ¿El ocaso de los delitos de infracción de deber? Sobre la imposibilidad de aplicación de llamado dominio sobre el fundamento del resultado como sustento de la autoría en el delito de peculado. En Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 98, Gaceta Jurídica, agosto de 2017, p. 122.

J 0258 "[El] bien jurídico tutelado en [el] delito [de peculado de uso] es el normal desenvolvimiento de la Administración Pública y la buena imagen institucional, fundadas ambas, en el hecho de la adecuada disponibilidad funcional de los bienes mencionados en el tipo penal por parte de los sujetos públicos. Asimismo, los elementos materiales constitutivos del tipo exigen: **a)** Usar o permitir el uso, el usar es un comportamiento activo en provecho o goce personal del sujeto activo o de terceros; mientras que permitir que otro use; está referido a que otro se aproveche del bien, supone un comportamiento omisivo imputable a los sujetos activos que dolosamente permiten (toleran, consienten, autorizan) el uso de dichos bienes por terceros; **b)** Bienes pertenecientes a la Administración Pública, esto es, vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento perteneciente a la Administración Pública o bajo su guarda que sean propiedad del Estado, de la Administración Pública en sentido amplio, o de particulares bajo la custodia de la Administración Pública; y **c)** fines ajenos al servicio–, lo cual presupone la presencia de beneficio para el sujeto activo o para los terceros que resultan favorecidos. Resultando ser sujeto activo el funcionario y servidor público en el ámbito de extensión del servicio a título de autoría o coautoría; asimismo, al ser un delito doloso, requiere que el sujeto activo debe usar los bienes señalados en el tipo conociendo que son del Estado y con voluntad y conciencia de infringir la prohibición implícita en el tipo penal".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 1541-2012-Lima, de 18 de septiembre de 2013, magistrado ponente: Neyra Flores, considerando 4.

J 0259 "El delito de peculado de uso, previsto en el artículo 388 del Código Penal, establece que: "El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio usa o permite que otro use vehículos, maquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la Administración Pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de cuatro años. Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al estado o a cualquier dependencia pública. No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinado al servicio personal por razón del cargo". Asimismo, el bien jurídico protegido en este delito pluriofensivo es el correcto funcionamiento de la Administración Pública y, de modo particular, el bien jurídico protegido en este delito pluriofensivo es el correcto funcionamiento de la Administración Pública y, de modo particular, el bien jurídico protegido viene a ser la correcta disposición funcional de los bienes muebles proporcionados como instrumentos de trabajo para la Administración Pública, a los funcionarios o servidores públicos".

Sala Penal Permanente. Apelación 19-2015-Ucayali, de 15 de marzo de 2016, magistrado ponente: Villa Stein, considerando 4.

2.2. Sujeto activo

D 1561 "Por nuestra parte, consideramos que la primera parte del delito materia de análisis, respecto al sujeto activo, resulta ser un delito de dominio, específicamente, delito especial propio, por cuanto, el tipo penal exige un agente delictual cualificado, esto es, funcionario o servidor público, en ese sentido, dicha condición especial, restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 512.

D 1562 "De la misma forma y bajo el mismo supuesto de dominio, la parte final del articulado, cuando hace alusión al "contratista" y sus "empleados", si bien a primera vista resultarían ser cualquier persona, empero, también es cierto que se tratan de contratistas y empleados vinculados exclusivamente a una obra pública, por cuanto, conforme indica Abanto Vásquez, son personas que operan en virtud de un contrato, situación que advierte una restricción del radio de autores, por lo tanto, en este extremo, nos encontramos ante un delito especial propio, operando la cualificación del sujeto por imperio de la ley".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 513.

D 1563 "Por otro lado, respecto al supuesto de hecho, el delito de peculado de uso registra una relación directa entre el funcionario o servidor público y los bienes estatales, esto es, vehículos, máquinas o cualquier instrumento de trabajo perteneciente a la Administración

Pública. En ese sentido, por mandato legislativo, se consignó deberes especiales impuestos al sujeto cualificado, es decir, se advierte una relación directa entre el sujeto cualificado y el bien jurídico tutelado por ley penal, por lo tanto, existen deberes especiales así como se advierte la presencia de una institución denominada "Administración Pública", de dicho escenario normativo fluye de una norma de mandato, subsecuentemente, la imputación jurídico penal radica en la defraudación de una expectativa social de naturaleza normativa, la misma que aparece evidenciada en la lesión al deber especial impuesto al sujeto cualificado, dicha defraudación de naturaleza jurídica fundamentaría, además de la autoría, el injusto penal, por la misma trascendencia que genera la vinculación del deber especial y la institución "Administración Pública"".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 513.

D 1564 "Por otro lado, no solo los funcionarios de la burocracia tradicional pueden ser sujetos activos del delito de peculado de uso, sino también, según el artículo 425, inciso 3, del Código Penal, los particulares que han sido contratados para ejercer la función específica de custodiar o administrar los bienes muebles del Estado".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 480.

D 1565 "Sujeto activo. Es fundamentalmente el funcionario público, pero en relación con los bienes públicos que haya recibido como instrumentos de trabajo. Aunque suela pensar que no existiría una relación funcionarial entre el funcionario y los bienes, ello no es así. Los instrumentos de trabajo constituyen bienes "administrados" por los funcionarios que son recibidos por este con la finalidad de emplearlos en el desempeño de sus labores funcionariales. Si ello no fuera así, en caso de que el funcionario "se apropie" de estos bienes, no cometería tampoco "peculado doloso de uso"; sino un hurto".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 373.

D 1566 "Tenemos que advertir lo siguiente: el segundo párrafo del artículo 388 señala que dicha disposición es aplicable al *contratista de una obra pública o a sus empleados,* siempre y cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o cualquier dependencia pública. Es decir, se eleva a la categoría de funcionario o servidor público, a parte de la lista normativa que se prevé en el artículo 425 del Código Penal, primero a los contratistas de una obra pública o en segundo lugar, a sus empleados de dichos contratistas. Como es sabido, en el caso de los "contratistas" se trata de personas que ejecutan obras para la Administración Pública en virtud de un contrato vigente".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. Vol. III. Lima: Ediciones Legales, 2016, p. 1729.

D 1567 "El sujeto activo del hecho ilícito es cualquier funcionario o servidor público. También el contratista o sus empleados. El texto del tipo no contempla propósito, intención o

finalidad del agente, de manera que basta la demostración del uso ajeno al servicio para juzgar debidamente conformada la acción típica.

Obviamente que debe entenderse que el agente busca satisfacer apetencias propias o de un tercero, con abuso de las funciones atribuidas e incumpliendo su obligación de velar por que primen los intereses de la Administración Pública, en cuyo nombre actúa. Los instrumentos de trabajo, vehículos o máquinas deben permanecer sin interrupción al servicio propio de la Administración y no para fines ajenos a él".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 271.

D 1568 "El sujeto activo en esta modalidad es también cualificado. Solo lo podrá ser el funcionario o servidor público con la obligación funcional ya tratada. Inclusive, conforme lo establece la norma punitiva, el tipo puede extenderse también al contratista de una obra pública o a sus empleados, cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública".

HUGO VIZCARDO, Silfredo Jorge. "El delito de peculado". En: REVILLA LLAZA, Percy (coordinador). *Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p. 270.

D 1569 "Entonces, en el delito de peculado de uso solo puede ser autor el funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigida por el tipo penal, es decir, quien por el cargo que desarrolla al interior de la Administración tiene bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional) en custodia o administración de los bienes muebles destinados al servicio público. El funcionario debe tener los bienes en función de lo dispuesto por la ley o reglamentos en razón del cargo que desempeña, no basta con que el funcionario disponga de los bienes con los que coyuntural u ocasionalmente entra en posesión".

VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. "El delito de peculado de uso. Análisis al artículo 388 del Código Penal peruano". En: REVILLA LLAZA, Percy (coordinador). *Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p. 329.

2.3. Sujeto pasivo

D 1570 "Por nuestra parte, consideramos que el Estado, resulta ser el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "Administración Pública" (...)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 513.

D 1571 "Es el Estado como único titular del bien jurídico protegido con la tipificación de este delito".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 481.

2.4. Conducta típica

- Usar o permitir usar

D 1572 "Usar o permitir dolosamente que otro utilice dichos bienes para fines ajenos al servicio es la fórmula legal que condensa la conducta típica del delito de peculado de uso específico y que centra la ilicitud del comportamiento en determinar que el uso doloso se ha concretado en áreas distintas al de la función o servicio, para el cual los vehículos, máquina o instrumental están reservados".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 273.

D 1573 "Interesa destacar el contenido normativo que da razón a la causal de exención de pena, contenido en el último párrafo del artículo 388 del Código Penal, es decir, cuando el vehículo automotor está signado al uso personal del funcionario por razón del cargo. Son prerrogativas especiales concedidas en determinados lugares y reparticiones públicas a determinados funcionarios para que hagan uso para sus fines personales del automóvil, camioneta, motocicleta u otro vehículo motorizado (una nave acuática en la zona de la selva, por ejemplo). Los fines personales cubren todo un espectro de usos que le son inherentes a la vida privada del sujeto público, abarcando tanto a su entorno familiar como suyo propio. No se trata de equiparar vehículo para fines personales con vehículo de uso oficial o vehículo para fines del servicio, pues los destinos son diferentes.

El servicio personal por razón del cargo le quita tipicidad al comportamiento descrito en el tipo penal, cuando se trata de vehículos motorizados, no así de las maquinas e instrumentos. Tal excepción obedece al sentido común que la naturaleza del cargo y las necesidades funcionales y del servicio imponen".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 274.

D 1574 "Según la RAE, el verbo "usar" significa "hacer servir una coa para algo", en ese sentido, para efectos del tipo penal materia de análisis, el sujeto cualificado utiliza de manera directa los bienes del Estado, esto es, vehículos, máquinas o cualquier instrumento de trabajo perteneciente a la Administración Pública, otorgándoles un destino diferente para el cual fueron avocados, de la misma forma, es necesario precisar que el *animus rem sibi habendi*, propio del delito de peculado doloso, no existe en esta figura, siendo uno de los criterios diferenciados, por cuanto, el agente delictual, en el delito de peculado doloso, únicamente busca obtener un provecho personal con el uso de los bienes estatales y no así el apoderamiento de los mismos".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 516.

D 1575 "Asimismo, el tipo penal regula la figura conocida como "peculado por distracción"; es decir, el agente delictual permite que otro use bienes del Estado, esto es, vehículos,

maquinas o cualquier instrumento de trabajo perteneciente a la Administración Pública. En este supuesto, sin duda alguna, nos encontramos ante un escenario de omisión impropia, por cuanto, el sujeto cualificado, mediante un no hacer, consiente o permite que terceras personas ajenas al servicio público, utilicen los bienes estatales, por lo tanto, en el supuesto aludido se puede advertir con nitidez la presencia de un deber funcional propio de una norma de mandato de la misma que proviene de una situación, en este caso, "Administración Pública"".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 516.

D 1576 "En primer término, la modalidad de usar o utilizar se configura cuando el agente usa, emplea, aprovecha, disfruta o se beneficia de vehículos, maquinas o cualquier otro instrumento de trabajo del Estado, sin propósito de apropiárselos. En el agente, no hay ánimo o propósito de quedarse o adueñarse, sino simplemente de servirse del bien público en su propio beneficio o en beneficio de un tercero. Esto presupone una previa separación del bien de la esfera pública de custodia y darle una aplicación privada temporal a los bienes sin consumirlos, para regresarlos o reintegrarlos luego a la esfera de la Administración Pública".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 473.

D 1577 "En segundo término, se configura el delito de peculado por distracción cuando el agente por actos omisivos permite, tolera o facilita que un tercero o particular, para fines ajenos al servicio público, realice actos de uso, empleo, provecho, disfrute o se beneficie de vehículos, maquinas o cualquier otro instrumento de trabajo del Estado, sin propósito de apropiárselos".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 473.

D 1578 "Aquí cabe hacer la siguiente precisión: en el artículo 388 encontramos el peculado de uso que –al parecer– es idéntico al peculado en su modalidad de "utilizar" del artículo 387 del Código Penal. Sin embargo, la diferencia salta por sí sola de la lectura de ambos tipos penales. En efecto, el artículo 387 se refiere a utilizar efectos o caudales públicos, en tanto que el artículo 388 se refiere restrictivamente a usar vehículos, máquina o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente a la Administración Pública. En consecuencia, se aplicará el artículo 387 siempre que los caudales públicos no estén representados por cualquier instrumento de trabajo de la Administración Pública. Si estos son los objetos del delito, se aplicará el artículo 388".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 473 y 474.

D 1579 "Uso privado. El termino usar es en realidad sinónimo de "utilizar", e implica como este un acto de beneficiarse con las propiedades funcionariales de un bien, sin consumirlo. Pero el uso de los bienes, debe ser además privado, es decir, debe producirse con fines ajenos a la función pública para la cual han ido destinados, p. ej., el funcionario que con la

maquinaria a su cargo, destinada a construir una escuela, construye una casa para sí mismo. Si se diera a los bienes una finalidad pública distinta (p. ej., en vez de construir una escuela con la maquinaria, se la emplea para construir un camino público), estaremos ante una "malversación de fondos.

También se sanciona el permitir usar, es decir, el comportamiento omisivo doloso que consiste en tolerar, consentir, autorizar que otra persona distinta (natural o jurídica) de aplicación privada de uso a los bienes públicos. Si el sujeto activo permitiera culposamente el uso privado por otro, no habrá delito. En el caso de que permitiera dolosamente el uso público distinto de la finalidad pública específica que tenían los bienes, tampoco habrá delito, salvo –como se verá más adelante– que se considera aplicable el tipo penal de "malversación" (at. 389)".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 374)

J 0260 "Que en efecto, para la configuración del delito de peculado de uso se requiere que el funcionario o servidor público, use o permita que otros usen, para fines ajenos al servicio, vehículos, maquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la Administración Pública o que se hallan bajo su guarda".

Sala Penal Permanente R.N. N° 2170-2013-Huancavelica, de 20 de abril de 2015, magistrado ponente: Rodríguez Tineo, considerando 4.

D 1580 "Conforme lo tipificado en el artículo 388, comete esta modalidad de peculado, el funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos maquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la Administración Pública o que se hallan bajo su guarda. (...)".

HUGO VIZCARDO, Silfredo Jorge. "El delito de peculado". En: REVILLA LLAZA, Percy (coordinador). *Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos.* Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p. 270.

D 1581 "El delito de peculado de uso, también denominado peculado por distracción, se perfecciona cuando el funcionario o servidor público, para fines privados o particulares hace so o permite que un tercero utilice vehículos, maquinas o cualquier otro instrumento de trabajo del Estado confiados a él en razón del cargo que desempeña al interior de la Administración Pública o que se hallan bajo su guarda o cuidado".

VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. "El delito de peculado de uso. Análisis al artículo 388 del Código Penal peruano". En: REVILLA LLAZA, Percy (coordinador). *Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos.* Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p. 325.

- Bienes muebles del Estado

D 1582 "El supuesto materia de análisis, marca el trato diferenciado con el delito de peculado doloso en su modalidad de utilización, por cuanto, en la figura delictual prevista en el artículo 387 del CP, se refiere a caudales o efectos públicos, sin embargo, en el delito de

peculado de uso, el tipo penal restringe el radio de acción típico, indicando expresamente que los bienes resultan ser: vehículos, maquinas o cualquier instrumento de trabajo perteneciente a la Administración Pública, es decir, se tratan de bienes muebles y no así de bienes inmuebles, debiéndose precisar que si bien el dinero, tiene naturaleza de bien mueble, por tratarse de caudales, empero, en el delito de peculado de uso, dicho bien no es propio del contenido típico, por cuanto, los objetos materia de tutela son herramientas o instrumentos de naturaleza mecánica y no de valor comercial cuantitativo, por lo tanto, en el supuesto caso que se trata de dinero público, el hecho deberá ser subsumido en el delito de peculado doloso por utilización y no si en el delito de peculado de uso".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 516 y 517.

D 1583 "Respecto a los "vehículos", según la RAE, proviene del latín *vehiculum*, cuyo significado hace referencia al "medio de transporte de personas o cosas", de la misma forma, el Texto Único Ordenado del Reglamento Nacional de Transito, indica que "vehículo", resulta ser todo artefacto libre de operación que sirve para transportar bienes o personas, el mismo que pertenece al Estado. Con relación a las "máquinas", según la RAE proviene del latín machina, el cual significa "conjunto de aparatos combinados para recibir cierta forma de energía y transformarla en otra más adecuada, o para producir un efecto determinado", en ese sentido, el tipo penal analizado, hace alusión a cualquier tipo de maquinaria, esto es, motorizada, mediante la cual se despliega determinada fuerza automotriz, por ejemplo, tractor, caterpillar, cargador frontal, moto niveladora, etc. Respecto a "cualquier instrumento de trabajo"; se advierte una técnica legislativa abierta, por lo tanto, se incluye cualquier bien mueble, excepto el dinero, perteneciente a la Administración Pública; por ejemplo, computadoras, fotocopiadoras, materiales de limpieza, materiales de oficina, etc.".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 517.

D 1584 "Finalmente, la tercera parte del tipo penal, indica que no están comprendidos en el delito de peculado de uso, los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo, es decir, nos encontramos ante una norma permisiva de exclusión de responsabilidad penal, en la medida que el agente delictual use bienes públicos, esto es, vehículos motorizados que fueron asignados a su persona en razón del cargo público encomendado, por lo tanto, el thelos de la técnica legislativa, advierte que el uso de los vehículos deberá estar vinculado para el ejercicio de la función pública y no así para fines personales".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 517.

D 1585 "El tipo penal especifica la naturaleza de los bienes objeto del delito de peculado. Estos solo pueden ser de naturaleza mueble, puesto que tienen como finalidad servidor de instrumentos de trabajo en la Administración Pública. Pueden ser cualquier tipo de bienes como, por ejemplo, los vehículos, computadoras, herramientas utilizadas en construcción civil, camiones de limpieza pública, etc.".

En consecuencia, no hay peculado de uso sobre bienes inmuebles ni sobre bienes muebles fungibles. Si en un caso concreto, un inmueble o un bien fungible (dinero, por ejemplo) es objeto de uso para fines particulares, el operador jurídico deberá recurrir al supuesto típico recogido en el artículo 387 del Código Penal para imputar responsabilidad penal al agente.

Estos bienes que sirven de instrumentos de trabajo a efectos de que la administración estatal cumpla con sus fines, tienen que pertenecer al Estado o, en su caso, a particulares siempre y cuando estén bajo la custodia y guarda de la Administración Pública".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 474 y 475.

D 1586 "Instrumentos de trabajo. Este concepto es muy amplio, no obstante, lo cual el propio tipo penal establece una pauta orientadora al destacar, a manera de ejemplo, a los vehículos y maquinarias. Debe entenderse, entonces, que solamente se trata de todo tipo de herramientas, maquinas, vehículos o aparatos indispensables para el desempeño de una función pública; no pueden serlo el dinero, los títulos valores, los bienes consumibles como el papel, los alimentos, la mano de obra, los inmuebles, etc. En caso de estos bienes, debe acudirse al "peculado de utilización" del artículo 387. Por otro lado, los bienes deben pertenecer a la Administración Pública o hallarse bajo la custodia del funcionario público. En este último caso, también se incluyen bienes privados confiados a la Administración Pública, sea voluntaria o coercitivamente: bienes embargados, bienes dados en prenda o como fianza".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 375.

D 1587 "Por otro lado, con respecto al objeto material del delito, pueden presentarse dos situaciones que configura el tipo: i) que el vehículo, maquinas o cualquier otro instrumentos de trabajo pertenezca a la Administración Pública o sea de propiedad del Estado, ello quedará acreditado con los papeles que deberán estar a nombre de la institución pública que representa el agente especial; ii) que el vehículo, maquinas o cualquier otro instrumento de trabajo no le pertenezcan a la Administración Pública, pero se halle bajo guarda de la Administración Pública debido a que ha ingresado (prestado, alquilado, etc.) para cumplir determinada función pública (obra pública). Es decir, los bienes muebles no son de propiedad del Estado, sin embargo, están bajo custodia y vigilancia por parte del Estado, y puede estar encargado de la custodia el mismo sujeto que luego realiza el uso indebido del vehículo instrumento".

VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. "El delito de peculado de uso. Análisis al artículo 388 del Código Penal peruano". En: REVILLA LLAZA, Percy (coordinador). *Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Gaceta Jurídica, 2016, pp. 332 y 333.

- Finalidad de los bienes

D 1588 "El delito de peculado de uso, registra como elemento descriptivo del tipo penal, la finalidad que deberá otorgar el agente delictivo a los bienes estatales, es decir, el tipo penal, alcanza un escenario consumativo, en la medida que se otorgue a los bienes entregados baja guarda, un destino distinto al ejercicio de la función pública, por lo tanto, el tipo penal a nivel

subjetivo, contiene un escenario de tendencia interna trascendente por cuanto, el contexto reprochable penalmente, parece ligado a la finalidad espuria que despliega el agente delictual, otorgándole un destino diferente a los bienes que le fueron encomendados bajo su guarda o para el uso específico en razón del cargo funcionarial. En ese sentido, encuentra justificación, por lo evidente del thelos de la norma, el punir la conducta del funcionario o servidor público a quien le fue designado un vehículo motorizado para el uso personal de la actividad o cargo público que desempeña, subsecuentemente, si el vehículo es utilizado perfeccionamiento por la finalidad ajena al servicio público. Por ejemplo, el funcionario o servidor público que utiliza el vehículo estatal para trasladar a sus familiares o amistades a un lugar determinado, por tratarse del onomástico del funcionario".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 518.

D 1589 "Los bienes muebles del Estado tienen como finalidad trascendente hacer realidad los fines de la Administración. En consecuencia, el funcionario o servidor público tiene el deber ineludible de usarlo dentro de la Administración o con el propósito de materializar su finalidad. Este servicio es el destino natural y normal de los bienes del Estado, así como de aquellos bienes pertenecientes a particulares. Pero que eventualmente se encuentran en custodia de la Administración Pública. Se entiende que los bienes de los particulares se encuentran en custodia de la Administración debido a que han ingresado (prestados, alquilados, etc.) para prestar una determinada función pública (obra pública).

Sin embargo, constituye otro elemento objetivo de la tipicidad del delito de peculado de uso, el supuesto que el funcionario o servidor público, en lugar de destinar el bien mueble a su servicio natural y normal, lo destina o utiliza para fines ajenos al servicio en su evidente beneficio o de terceros allegado a aquel. Se usa el bien mueble para fines particulares ajenos a los fines de la Administración Pública".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 475.

D 1590 "Beneficio propio o ajeno. Cuando el tipo penal exige que el uso típico sea para "fines ajenos al servicio" se está refiriendo a un "uso privado" y, por lo tanto, señala que los beneficios que aporta esto deben estar orientados a beneficiar al funcionario o a un tercero, mas no al Estado. Pero esto no significa que se exija la producción efectiva de este beneficio privado".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 374 y 375.

D 1591 "En otras palabras, los *fines* a los cuales deben ser empleados toda la maquinaria estatal, ha de estar encaminados a los objetivos privativos de los estamentos públicos, los cuales son gravemente distorsionados, cuando el *intraneus* da una aplicación privada a dichos bienes, generando una alarma legítima en la comunidad". Por tal motivo, el delito de peculado de uso, en su versión actual, empieza (artículo 388 del Código Penal) reprimiendo la conducta de la siguiente manera: *"El funcionario público que, para fines ajenos al servicio (...)"*,

En este sentido, los fines ajenos al servicio presuponen la presencia de beneficio para el sujeto activo o para los terceros que resultan favorecidos. Tiene que existir un uso privado, que sería un acto de beneficiarse con las propiedades funcionariales de un bien, sin consumirlo. El uso debe ser privado, es decir, debe producirse con destinados fines ajenos a la función pública para la cual han sido destinados. Los casos de desviación del fin son subsumibles en el tipo de malversación de caudales".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial.* Vol. III. Lima: Ediciones Legales, 2016, p. 1735.

D 1592 "Los fines ajenos al servicio público a los que el funcionario o servidor público destina los bienes señalados en el tipo penal pueden ser diversos: transportar a los familiares del agente público a su centro de trabajo o al centro comercial para hacer las compras domesticas; utilizar el vehículo para realizar trabajos de mensajería de una empresa privada; usar los vehículos para hacer las compras domesticas; utilizar el vehículo para realizar trabajos de menajes de una empresa privada; usar los vehículos para hacer campaña electoral ya sea propia o de un tercero allegado; alquilar los equipos de cómputo, prestar los instrumentos agrícolas, etc. El uso para fines ajenos al servicio presupone ya la presencia de beneficio para el agente o para terceros que resultan favorecidos con el uso del bien público".

VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. "El delito de peculado de uso. Análisis al artículo 388 del Código Penal peruano". En: REVILLA LLAZA, Percy (coordinador). *Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos.* Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p. 333.

- Relación funcional

D 1593 "El tipo penal exige una relación funcionarial respecto al sujeto activo frente a los bienes estatales, dicha relación funcionarial aparece como uno de los criterios determinantes para efectos de consumación del tipo penal, por lo tanto, en el caso que no exista dicha relación, el tipo deviene en inexistente (...)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 514.

D 1594 "En ese sentido, la relación funcionarial, aparecerá determinada expresamente por la ley o normas extrapenales, por ejemplo, reglamentos, directivas, instructivos, etc., mediante las cuales, se fija el deber específico, por cuanto, el tipo penal exige que los bienes estatales, esto es, vehículos, maquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la Administración Pública ,aparezcan confiados al sujeto activo, es decir, en términos del mismo tenor del tipo penal, que estén "bajo su guarda"".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 514.

D 1595 "Finalmente, respecto al último supuesto del tipo penal comentado, esto es, contratistas y sus empleados, también ostentarían dicha relación directa con los bienes materia de

protección, a pesar que, técnicamente no tienen un estatus funcionarial, es decir, no son funcionarios ni servidores públicos, empero mantienen una relación directa con los bienes del Estado, por lo tanto, deberán responder penalmente en la medida que usen indebidamente los bienes públicos".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 516.

D 1596 "De la naturaleza del delito de peculado de uso, se desprende que los bienes muebles objeto de la conducta típica deben estar confiados o encontrarse en posesión inmediata o media del sujeto activo, en razón del cargo que tiene asignado en la Administración Pública. Si en un hecho concreto este elemento no se verifica, el delito de peculado de uso no se configura así sea evidente el uso de los bienes del Estado y este resulte seriamente perjudicado en el desarrollo del servicio o función pública.

En efecto, para que se configure el delito de peculado de uso, al igual que en los supuestos ilícitos tipificados en el artículo 387 del Código Penal, es condición *sine qua non* que el bien público objeto de la utilización esté en posesión del agente en virtud de los deberes o atribuciones del cargo que desempeña dentro de la Administración estatal. Estas atribuciones o competencias aparecen determinadas o establecidas previamente por ley o por normas jurídicas de menor jerarquía, tales como los reglamentos de la institución pública o directivas internas. La posesión puede ser inmediata o mediata, es decir, el agente puede estar en contacto con los bienes o instrumentos de trabajo o tenerla por asumida, bastando solamente la facultad de disposición jurídica o disposición funcional".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 476.

D 1597 "Es común en la doctrina considerar que 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 que desarrolla dentro de la administración tiene bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional), en custodia o administración, lo bienes muebles o destinados al servicio públicos. El funcionario debe tener los bienes muebles destinados al servicio público. El funcionario debe tener los bienes en función de los dispuesto por la ley o reglamentos en razón del cargo que desempeña, no debe bastar con que el funcionario disponga de los bienes sobre los que coyuntural u ocasionalmente tiene posesión.

Para la configuración de este delito no es suficiente el requisito –también indispensable– de que el sujeto activo sea funcionario o servidor público. También se requiere que el bien esté en la esfera de custodia directa o jurídica del sujeto activo".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 480.

J 0261 "Que el peculado de uso es conocido como peculado por distracción, haciendo alusión de tal modo al hecho de que el bien es distraído de su destino o empleado en usos distintos al oficial. La norma penal busca garantizar el normal desenvolvimiento de la Administración Pública y la buena imagen institucional, fundadas ambas en el hecho de la adecuada

disponibilidad funcional de los bienes mencionados en el tipo penal, por parte de los sujetos públicos. (...).

Los televisores en mención, así como los reproductores de video, incluido el que fue encontrado en el domicilio del recurrente, estaban destinados a ser entregados a los supervisores del proceso de alfabetización; de ahí que se puede inferir que la conducta del procesado vulneró la adecuada disponibilidad funcional de los bienes entregados para su custodia".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 2149-2013-Amazonas, de 20 de abril de 2015, magistrado ponente: Rodríguez Tineo, considerandos 3 y 5.

J 0262 "Que por otro lado, se ha determinado la relación funcional del procesado con el bien utilizado indebidamente, pues su proceder se adecua a lo que alude la norma sustantiva, de que el bien mueble se hallaba bajo su custodia directa, pues ejercía sobre el mismo acto de cuidado o vigilancia, o con palabras de la norma penal se hallaba bajo su guarda; por ello, aun cuando apareciera como un acto fútil el proceder del recurrente, lo cierto es que su conducta ha infringido el normal desenvolvimiento de la Administración Pública y la buena imagen institucional, que constituye el bien jurídico protegido por el delito; por lo tanto, la sentencia recurrida es conforme a ley".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 2149-2013-Amazonas, de 20 de abril de 2015, magistrado ponente: Rodríguez Tineo, considerando 6.

J 0263 "[El] delito de peculado de uso es un delito de infracción de deber, puesto que contiene deberes positivos que implican –en el actuar (en este caso del funcionario público)– no solo tratar de no "dañar" el bien jurídico protegido (Administración Pública), sino acrecentar su buen funcionamiento; es decir, se protegen deberes positivos, por lo que se necesita una relación funcional de cuidado respecto del funcionario y los vehículos pertenecientes al Estado para que se configure el delito, aunado al uso distinto del que está destinado".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 1269-2009-Puno, de 19 de agosto de 2010, magistrado ponente: Rodríguez Tineo, considerando 5)

J 0264 "Que el tipo penal de peculado de uso (artículo 388 del Código Penal), como se sabe, exige, en lo pertinente, que el autor sea un funcionario o servidor público, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la Administración Pública o que se hallan bajo su guarda.

En esta perspectiva penal, el artículo 425 del citado Código incorpora una noción amplia de funcionario o servidor público, pues no solo comprende a los que integren la carrera administrativa, a los que desempeñan cargos políticos o de confianza y a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional; sino también (i) a los que, con independencia del régimen laboral, presten servicios en organismos públicos en general –incluidas empresas públicas y sociedades de economía mixta– y en su mérito ejerzan funciones en ellas, y (ii) a los designados por autoridad competente para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.

Esta amplitud permite reconocer que el Código Penal acoge un concepto amplio, situándose un poco más allá del Derecho administrativo a la hora de fijar este elemento normativo –es un concepto funcionarial autónomo y exclusivo del Código Penal–. Como acota la STSE

793/2006, de catorce de julio, "Se trata de un concepto nutrido por ideas funcionales de raíz jurídico-política y acordes a un concreto planteamiento político-criminal que exige atribuir la cualidad de funcionario conforme a unas funciones y metas propias del Derecho Penal, no siempre coincidentes con el Derecho administrativo".

Por consiguiente, no es suficiente o determinante que el artículo 3 del Decreto Legislativo número 1260 enfatice que el bombero no es funcionario o servidor público, sino que es de analizar el status integral de su función, la naturaleza del servicio de la institución y las reglas jurídicas respecto de los bienes asignados para el cumplimiento de sus funciones (artículos 5 y 6 del referido Decreto Legislativo). Ello significa que el agente debe realizar actos funcionariales y referidos a la relación entre la administración y los administrados; es decir, debe estar incorporado en la actividad pública –lo que puede suceder de distintas formas– y, además, debe ejercer la función pública Abanto Vásquez, Manuel: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, Editorial Palestra, Lima, 2003, pp. 21-30).

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, que puede ser triple: disposición de la ley, elección, o designación o nombramiento por autoridad competente –determinante de un vínculo con el Estado o sus entidades, incluidas empresas públicas o de economía mixta– (Conforme: Mir Puig, Carlos: *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 2000, p. 22)".

Sala Penal Permanente. Revisión de Sentencia N° 503-2017-Callao, del 05 de noviembre de 2018, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 5.

- Perjuicio patrimonial

D 1598 "El delito de peculado de uso no exige expresamente la existencia de un perjuicio patrimonial concreto, como si opera, típicamente, en el delito de colusión agravada, en la cual el perjuicio patrimonial es un elemento descriptivo del tipo penal, por lo tanto, en un primer momento, no podemos discriminar donde la ley penal no lo hace, en ese sentido, es perfectamente posible, sustentar responsabilidad penal por el delito de peculado de uso sin contar con una pericia económica, mediante la cual se pueda cuantificar el monto perjudicial".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 518 y 519.

D 1599 "A pesar de lo señalado, por fines probatorios y no por criterios sustantivos de consumación, deviene en idóneo y pertinente poder demostrar el uso de los bienes estatales a través de una pericia contable a efecto de fijar los lineamientos del uso y del perjuicio ocasionado al Estado para una eventual reparación civil, ante ello, el perjuicio resulta ser cuantitativo, por lo tanto, nos preguntamos ¿Cuál es el monto mínimo para sustentar el monto del perjuicio patrimonial? La respuesta, es netamente inferencial, por cuanto, conforme se viene indicando, la acreditación del perjuicio no es un elemento típico del delito de peculado de uso (...)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 519.

D 1600 "Aun cuando el tipo penal no hace referencia a la magnitud del perjuicio patrimonial que se ocasiona contra la Administración Pública con el uso temporal de los bienes públicos para fines ajenos al servicio o función encomendada, este elemento objetivo es tácito en el tipo penal. Todo uso de un bien mueble origina automáticamente un perjuicio patrimonial sea grave o leve. Este puede ser por el desgaste natral del bien que se produce por su uso, así como por el hecho de que, al no estar el bien a disposición del servicio público, este se ve afectado temporalmente. No se exige que la afectación al servicio o función encomendada se de gravedad. Basta que el perjuicio se verifique para configurarse el hecho punible. En consecuencia, al no existir cuantía mínima, se entiende que así el perjuicio lo valoricen los peritos en una cantidad mínima, igual el delito se verifica".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 477.

J 0265 "En ese 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 (...), 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 ligar 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 relevancia penal a la conducta de manera que justifique una intervención tan drástica del Derecho Penal mediante la pena. Precisamente, por no trasgredir 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".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 3763-2011-Huancavelica, de 29 de enero de 2013, magistrado ponente: Pariona Pastrana, considerando 9.

J 0266 "Ahora, para sancionar la conducta, se necesita demostrar en este extremo (además del conjunto de los elementos objetivos y subjetivos que lo conforman, que no se analiza por no ser el tópico controvertido) que el agente usó indebidamente el bien inmueble del Estado que se le confió por razón de su cargo o sus funciones. Esto significa que se castiga al agente por vulnerar el derecho de disponibilidad exclusivo que sobre ese bien tiene la Administración, en cuanto le da un uso privado no autorizado por alguna disposición legal. No es una exigencia del tipo penal que se haya dañado el bien inmueble ni que exista el propósito de aprovechamiento del autor del delito. Fortalece esta conclusión, la afirmación del profesor Jorge B. Hugo Álvarez, quien refiere que: "Lo que importa para la configuración del tipo penal es el uso momentáneo privado o ajeno a la función pública, cualquiera fuera el provecho o no del agente".

El profesor colombiano Carlos Mario Molina Arrubla, comentando este tópico, sostiene que: "Lo que se ofende con la materialización de este comportamiento, no es otra cosa que la disponibilidad misma de la Administración, respecto del bien que es o ha sido indebidamente usado o utilizado por parte del agente. Y por ello, no es necesario que se produzca daño o perjuicio efectivo para la administración, de suerte tal que el momento consumativo de este delito, coincide con el instante mismo en que se da tal uso o utilización indebida [...] No es necesario que se produzca daño efectivo alguno a la Administración, desde el punto de vista patrimonial".

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".

Primera Sala Penal Transitoria. Casación N°131-2016-Callao, de 21 de marzo de 2017, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerandos 17-19)

J 0267 "Que, en cuanto al delito de peculado de uso atribuido al encausado Aquino Gamboa, se tiene que sostuvo que las maquinarias cuestionadas estaban en poder de Renar SAC porque mediaba una contraprestación de servicios; que en vía de regularización envió al Gerente Municipal el modelo de contrato para regularizar la utilización de esas maquinarias; que, sin embargo, el no dio la autorización para la salida de las mismas, las cuales no dependían de la gerencia a su cargo (...).

Empero, primero, a dicho encausado, como Gerente de Desarrollo Urbano y Rural, le correspondía el control de esas maquinarias, según el ROF, más allá de que directamente estas estaban a cargo de la Oficina de Maquinarias y Equipo, a cargo en ese entonces, Pérez Arteaga (artículo 67 y 69 del ROF); y, segundo, emitió la Nota Informativa número mil trescientos veinticuatro guion dos mil siete guion MPM oblicua GDUR (...), de dieciocho de diciembre de dos mil siete, en cuya virtud remitió el proyecto de contrato (...) para la regularización de lo ejecutado por Renor SAC, contrato que tenía como fecha diez de setiembre de dos mil siete. Ambos elementos de prueba revelan que sabía de lo que se llevó a cabo, que necesariamente permitió esa entrega indebida de maquinaria municipal y que luego pretendió una regularización tardía –con fecha pre datada– para "legalizar" una conducta delictiva –lo que es jurídicamente imposible–.

El perjuicio generado por esa utilización indebida de maquinaria fue de setenta y tres mil ciento veintinueve punto cincuenta y cinco soles, no percibida por la Municipalidad de Moyobamba. Ta suma se desprende de los contratos que firmo Renor SAC con las Municipalidades de Yantalo y Soritor y los pagos efectuados por aquellas (factura d fojas dos mil seiscientos setenta y siete, comprobante de pago de fojas mil cuatrocientos ochenta, orden de servicio de fojas mil cuatrocientos ochenta y dos, contrato de alquilar con la Municipalidad de Yantalo de fojas mil cuatrocientos ochenta y tres, contrato de alquilar con la Municipalidad de Soritor de fojas mil quinientos treinta y nueve, la adenda de fojas mil quinientos cuarenta, facturas de fojas dos mil seiscientos cinco, dos mil seiscientos doce, dos mil seiscientos veintiuno, dos mil seiscientos cuarenta y tres, dos mil seiscientos cincuenta, dos mil seiscientos cincuenta y tres, dos mil seiscientos cincuenta y seis y dos mil seiscientos sesenta y dos).

Estando a dicha prueba documental es obvio que no se requiere prueba pericial contable adicional. Es de acotar, de un lado que las sumas que es del caso efectuar no necesidad de concurso pericial; y, de otro lado, que el Informe Especial número cero uno guion dos mil ocho guion MPN oblicua CECAM oblicua P, de fojas mil novecientos veinticinco, señaló las responsabilidades incurridas. El perjuicio, entonces, está probado".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 1976-2017-San Martín, del 13 de diciembre de 2017, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 8)

3. Tipicidad subjetiva

D 1601 "El delito de peculado de uso es un delito de comisión dolosa, es decir, se requiere conocimiento y voluntad en el agente delictivo, asimismo, dicho tipo penal exige una finalidad que trasciende el escenario convencional, por cuanto, se exige que el agente use los bienes del Estado, con fines ajenos al servicio público, en ese contexto, se advierte que se trataría de un delito que exige a un nivel de tipo subjetivo un elemento adicional al dolo, esto es, un delito de trascendencia interna. No se admite la forma culposa, conforme señala el art. 12 del CP".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 523.

D 1602 "El peculado de uso requiere o exige que el funcionario o servidor público actúe con conocimiento de que tiene el deber de lealtad y probidad de administrar o custodiar adecuadamente los bienes públicos confiados a su cargo, no obstante, voluntariamente los utiliza o permite que otro los utilice en su provecho y como contrapartida en perjuicio de la Administración Pública.

El dolo consiste en el conocimiento del carácter público del bien y de la relación funcional, así como la intención de dar uso privado a los bienes. Este último aspecto nos permite sostener que se trata de un delito de comisión solo por dolo directo. No es posible su comisión por dolo eventual".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 481.

D 1603 "Según la redacción del tipo penal, el agente actúa o desarrolla la conducta punible con el firme propósito de utilizar en beneficio propio o de otro los bienes muebles no fungibles del Estado. Tal proceder ocasiona un evidente perjuicio al sujeto pasivo del delito. En consecuencia, en el delito de peculado el agente actúa con ánimo de lucro. Le guía la intención o el móvil de obtener un provecho particular, ya sea para él o para otro, con el cual tiene nexos sentimentales o de parentesco.

Aparte del dolo, es necesaria la concurrencia del elemento subjetivo adicional al dolo, como es el ánimo de lucro por parte del agente público. Si el ánimo de lucro no se verifica en la conducta del agente, el delito de peculado se descarta".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 482.

D 1604 "No se exige "ánimo de lucro", aunque esto sea lo que usualmente buscara en la practica el funcionario público. Ejemplo: también será peculado de uso el hecho de usar los bienes públicos para satisfacer la vanidad del funcionario".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 376.

D 1605 "La configuración típica de este delito requiere que el agente haya actuado con dolo, el mismo que ha de abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal materia de estudio en este trabajo; esto es la naturaleza estatal de los bienes y que estén bajo su custodia funcional".

VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. "El delito de peculado de uso. Análisis al artículo 388 del Código Penal peruano". En: REVILLA LLAZA, Percy (coordinador). *Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p. 336.

J 0268 "[...] Que si bien se puede afirmar –según su propia versión– que condujo el vehículo sin la papeleta de salida, tal omisión solo puede constituir una inobservancia o falta administrativa pero no así una conducta dolosa, que configure delito de peculado de uso".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 2170-2013-Huancavelica, de 20 de abril de 2015, magistrado ponente: Rodríguez Tineo, considerando 7)

J 0269 "[S]i bien el hecho de que el procesado alcalde trasladó] la línea telefónica afectada de la entidad municipal [a su] domicilio, [y] que luego utilizó para realizar llamadas telefónicas nacionales e internacionales de carácter personal [...] [constituye una] conducta reprobada jurídicamente porque no es aceptable [...], sin embargo, ello en el contexto social que se desarrolló, lo hace pasible de sanciones administrativas, pero no penales porque el hecho en sí mismo no produce una "perturbación social" que dote de relevancia penal a la conducta de manera que justifique una intervención 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, es que en atención al principio de *última ratio,* corresponde absolver al encausado [...] de la acusación fiscal por el delito [de peculado]".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 3004-2012-Cajamarca, de 1 de febrero de 2014, magistrado ponente: Pariona Pastrana, considerando 8)

4. Autoría y participación

D 1606 "Según el segundo párrafo del artículo 388, el tipo penal extiende la autoría también a "contratistas" de obras públicas y a sus empleados "empleados", en relación con los bienes de la Administración Pública, que ellos usen de manera privada en el marco de su actividad contratada con aquella. En el caso de los "contratistas", se trata de personas que ejecutan las obras para la Administración Pública en virtud de un contrato".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 373.

D 1607 "En la autoría y participación es interesante observar que, en la modalidad de "usar", es posible la participación de terceros funcionarios o particulares. En la modalidad de "permitir que otro use", el funcionario será "autor" del "peculado doloso de uso de bienes específicos" y el "otro", un partícipe necesario (impune) de este delito".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 377.

D 1608 "Desde la óptica de los delitos de infracción de deber, conforme se viene indicando en los capítulos anteriores, únicamente, se admite autoría directa, negándose la posibilidad de incorporar las figuras de autoría mediata o coautoría, por canto, el deber especial, contenido en la institución positiva, "Administración Pública", fundamentan la autoría e injusto penal, por el alto nivel personal del deber positivo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 526.

D 1609 "La figura delictual materia de análisis; conforme se viene sosteniendo en otros apartados del presente trabajo, desde la óptica de los delitos de dominio y delitos de infracción de deber, admite la participación delictual, en todos sus extremos respecto al delito de peculado de uso, es decir, admite las formas de complicidad (primaria y secundaria), esto es, será partícipe el sujeto que con anterioridad al momento de la utilización de los bienes de naturaleza pública, coopera con el plan del autor cualificado; por lo tanto, la punición del cómplice de un delito especial o delito de infracción de deber, encuentra amparo, en la medida que su accionar no cualificado aparece ligado al hecho punible; en consecuencia, la imputación jurídico penal encuentra fundamento en la infracción de un rol general de no dar. La afirmación sustentada, es posible de ser aplicada en un caso concreto, por cuanto la parte final del art. 25 del CP, señala que el cómplice siempre responde en referencia del hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él, es decir, el legislador se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación.

Con relación al instigador, su intervención es admisible, en la medida que haya generado influjo psicológico a favor del autor, esto es, funcionario o servidor público, para que use o permita que otro use los vehículos, maquinas o cualquier otro instrumento vinculado a la Administración Pública".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 526.

D 1610 "De lo dicho podemos advertir, a nuestro entender, que existe un injusto único de intervención de peculado en el que acceden directamente el funcionario público en razón de su cargo llamado *intraneus* y el *extraneus* (el extraño a la función pública), cada uno en razón de su aporte, el título de imputación del funcionario como autor se funda en la infracción del deber mientras que la del particular se funda en un "dominio necesario" para la configuración de la conducta típica a fin de lesionar el objeto de protección específico del tipo penal de peculado.

Así, en la doctrina moderna se ha venido a decir que existen delitos de pura infracción del deber que no admiten participación y delitos especiales de infracción de deber, con elementos de organización o de dominio que sí lo aceptan. Esta diferenciación tiene como finalidad fundamentar qué delitos especiales se aplican sin problema a la discusión respecto de aplicar o no la teoría de la unidad o ruptura del título de imputación.

Esta tesis diferenciadora de delitos especiales planteada por el profesor Reaño Peschiera permite señalar que los delitos de pura infracción del deber no permiten ninguna organización con extraños a la función pública y, por tanto, no admiten la participación punible; mientras que en los delitos de infracción con elementos de dominio, no basta con la sola infracción del deber del sujeto cualificado para la realización del injusto típico sino que se requiere un acto de organización con extraños a la función, siendo que de esta manera el *extraneus* accede al injusto único con su aporte para la realización de la conducta típica.

No se debe confundir este acceso al injusto con la idea de que el *extraneus* accedería también al ámbito funcional, ello es incólume o *intuito personae* al funcionario; solo sirve para fundamentar la *ratio essendi* de la punibilidad del *extraneus* en los delitos de funcionarios. Compartiendo dicha propuesta concluimos que el delito de peculado es un delito de infracción del deber con elementos de organización y, por tanto, se debe aplicar la teoría de la unidad del título de imputación conforme al reformado artículo 25 del Código Penal vigente para sanción del *extraneus* y entender que el fundamento material de la autoría del funcionario reside en la infracción del deber institucional ya que es así cómo este accede al injusto único de intervención funcionarial como es el tipo penal de peculado".

ARMAS CABRERA, Rafael. "¿El ocaso de los delitos de infracción de deber? Sobre la imposibilidad de aplicación de llamado dominio sobre el fundamento del resultado como sustento de la autoría en el delito de peculado". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal.* Tomo 98. Lima: Gaceta Jurídica, agosto de 2017, p. 123.

5. Tentativa y consumación

D 1611 "El delito de peculado de uso o por distracción se perfecciona cuando el funcionario o servidor público, para fines privados o particulares, hace uso o permite que un tercero utilice vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo del Estado confiados a él en razón del cargo que desempeña la Administración Pública o que se hallan bajo su guarda o cuidado".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 472.

D 1612 "De igual modo, por disposición del segundo párrafo del artículo 388 del Código Penal, el delito de peculado de uso también se configura cuando el contratista de obra pública o sus empleados, para fines privados o particulares, usan o permiten que un tercero utilice vehículos, maquinas o cualquier otro instrumento de trabajo del Estado o dependencia pública que se halla bajo su guarda o cuidado".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 472.

D 1613 "El delito de peculado de uso puede ejecutar por acción, en razón del verbo "usar", por cuanto es un verbo de acción, es decir, respecto a la forma omisiva, se tiene que, con relación a la modalidad de omisión propia, no resulta posible su admisión, por cuanto, además de la naturaleza activa del verbo rector, para admitir la figura delictual de omisión propia, se requiere que se encuentre expresamente señalada en el tipo penal, situación que no opera en el artículo 388 del CP.

Con relación a la figura de comisión por omisión u omisión impropia, desde la óptica de los delitos de dominio, no existe problema alguno para admitir su aplicación, por cuando, dicha modalidad resulta ser inferida y demanda una postura de garante en el agente delictual, situación que es perfectamente posible en el caso concreto, toda vez que, sobre el autor, versa una postura de garante en razón de la norma de mandato impresa en el supuesto de hecho al señalarse "bajo su guarda". Asimismo, un argumento adicional, para justificar la figura de omisión impropia, se tiene que el peculado de uso, resulta ser un delito de resultado, situación afín para admitir la aplicación de la postura de garante vinculada a la omisión impropia".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 521.

D 1614 "Por nuestra parte, consideramos que el delito tentado únicamente opera en los delitos de resultado y no así en los delitos de mera actividad, por lo tanto, respecto al delito de peculado de uso, al ser concedido como delito de resultado, determinado por el desvalor de la acción y el resultado, la tentativa es perfectamente posible".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 524.

D 1615 "Al ser un delito de resultado, la consumación se realiza instantáneamente al producirse la utilización o uso de los bienes muebles del Estado o de particulares, pero que está bajo la guarda de la Administración Pública. Desde el momento en que se inicia la utilización de los bienes públicos en propio beneficio o de tercero, en forma automática se produce un perjuicio al sujeto pasivo del delito".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 483 y 484.

D 1616 "Por otro lado, al ser un delito de resultado es perfectamente posible que la conducta del sujeto activo se quede en el grado de tentativa. Se presentará, por ejemplo, tentativa cuando la custodia de la maquinaria de una obra pública permite que un tercero se lleve a la maquinaria a efectuar un trabajo particular ajeno al servicio público normal, y este tercero es intervenido por personal policial, en los precisos instantes que iba a iniciar el uso de la maquinaria pública en obra particular. Aquí el delito no se consumó, pues no llego a iniciarse el real uso del bien, quedando la conducta delictiva en grado de tentativa".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 484.

D 1617 "Al ser un delito de resultado, la consumación se realiza instantáneamente al producirse la utilización o uso de los bienes muebles del Estado o de particulares, pero que están bajo la guarda de la Administración Pública. Desde el momento en que se inicia la utilización de los bienes públicos en propio beneficio o de tercero, en forma automática se produce un perjuicio al sujeto pasivo del delito".

VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. "El delito de peculado de uso. Análisis al artículo 388 del Código Penal peruano". En: REVILLA LLAZA, Percy (coordinador). *Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p. 336.

6. Causal de atipicidad del peculado de uso

D 1618 "El último párrafo del artículo 388 del Código Penal recoge una causal de atipicidad de la conducta de peculado de uso. Ella se concreta cuando el funcionario o servidor público, para fines ajenos al servicio, usa vehículos motorizados pertenecientes a la Administración Pública, siempre y cuando tales vehículos estén destinados a su servicio personal por razón del cargo que desempeña dentro de la Administración Pública. La atipicidad se presenta solo cuando se trate de vehículos. Aquí debe precisarse que haya atipicidad siempre y cuando el mismo funcionario o servidor público utilice el vehículo destinado a su servicio personal, para fines ajenos al servicio.

Se presenta cuando, por ejemplo, el mismo servidor público o funcionario utiliza el vehículo para que le traslade al gimnasio, para que le traslade a la playa en sus horas o días de descanso, le traslade al mercado donde va a hacer sus compras, le traslade a determinado lugar donde va a efectuar una visita familiar o amical, le traslade a una reunión social, le traslade al colegio de sus hijos para dejarlos o recogerlos, etc. Se entiende que, de una u otra manera, son actos personales que realiza el sujeto público como parte de su vida cotidiana. Es más, se justifica totalmente esta causal de atipicidad, debido, que el sujeto público desde su nombramiento o designación hasta su cese en ningún momento deja su condición de funcionario o servidor público. Hasta duerme como sujeto público. Incluso, sin duda se presenta la atipicidad así el funcionario o servidor a cuyo servicio está el vehículo, vaya en el interior del vehículo acompañado de familiares o terceras personas.

De igual modo aparece la atipicidad si el sujeto público dispone que algún familiar o personal de confianza vaya o se traslade en el vehículo a determinado lugar con la finalidad de realizarle una gestión personal (traslado a una agencia bancaria para hacer pagos mensuales por el uso de tarjetas de crédito, se traslade a la municipalidad a realizar pagos de tributos, se traslade a la universidad a recoger un documento académico del sujeto público, se traslade a los juzgados o fiscalía a verificar el estado del proceso donde el sujeto público aparece como procesado, etc.). Mucho más será atípica la conducta cuando el agente público disponga que algún familiar o personal de confianza vaya o se traslade en el vehículo asignado a su persona, a determinado lugar con la finalidad de realizar un acto propio de la función pública o un acto en beneficio de la función pública (se traslade a su domicilio a recoger documentos que olvidó, propios de su labor diaria se traslade a una comisaría a recoger una información antes solicitada, se constituya al juzgado o fiscalía a verificar el estado del proceso donde la institución pública respectiva aparece como agraviada, se traslade a otra institución pública a dejar o recoger documentos, etc.) En suma, en este supuesto de interpretación cuando el vehículo es usado por familiares o personas de confianza o allegados al funcionario o servidor obligado para realizar actividades en beneficio de aquel o en beneficio de la Administración Pública, sin duda, se presenta la atipicidad.

Por el contrario, hay tipicidad del delito de peculado de uso, cuando el funcionario o servidor público dispone u ordena al chofer de la movilidad asignada, traslade de un lugar a otro a sus familiares o terceros a fin de que estos realicen actos personales o actos en su directo y propio beneficio. Aparece sin duda el peculado de uso, cuando el agente público dispone que la movilidad traslade al gimnasio a algún familiar o tercero, o traslade a la playa a toda la familia o terceros, o traslade a la cónyuge o un tercero al mercado donde va a hacer sus compras, o traslade a un familiar o tercero a determinado lugar donde va a efectuar una visita familiar o

amical, o traslade a una reunión social a un familiar o tercero, o traslade al colegio a sus hijos para dejarlos o recogerlos, etc. Es más reprochable la conducta cuando el funcionario se traslada a otra ciudad dejando la movilidad al servicio de la familia".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 484-486.

D 1619 "[C]onforme al texto legal, el peculado de uso, es un delito de mera actividad, implica aprovecharse del uso del bien sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero. No hay aquí ánimo de dominio, sino solo el de servirse del bien.

Asimismo, el delito se configura cuando el funcionario usa o permite que el bien sea utilizado por terceros con finalidad ajena a la función. El núcleo rector es usar o permitir usar. Este verbo consiste en servirse de la utilidad o ventaja, sin derecho o sin debida autorización, que brinda el vehículo, la máquina u otro instrumento de trabajo destinado al servicio oficial. Usar es un comportamiento activo en provecho o goce del sujeto activo. Permitir que otro use, supone un comportamiento omisivo imputable a los sujetos activos que dolosamente consienten el uso de dichos bienes por terceros.

Conforme de la redacción legal del delito de peculado de uso (artículo 388 del CP) no existe la exigencia (como al parecer lo entiende el TC) de que ese uso sea sistemático y exclusivo con fines ajenos a la función oficial. A parte de que la interpretación efectuada por el TC no se condice con el texto legal del tipo penal en cuestión, tomar partido por tal parecer implicaría reducir en demasía la aplicación del delito de peculado de uso, pues bastaría con que el funcionario use de vez en cuando el vehículo oficial para el ejercicio de su función, para sostener que los usos extraoficiales que también se le han dado al vehículo oficial no ha sido sistemático y menos exclusivo de modo que no se configura el delito en comentario, con lo cual se burlaría de la manera más sencilla el texto de la ley, tornando aún mucho más endeble la lucha contra la corrupción".

VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. "El delito de peculado de uso. Análisis al artículo 388 del Código Penal peruano". En: REVILLA LLAZA, Percy (coordinador). *Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Gaceta Jurídica, 2016, pp. 349 y 350.

J 0270 "Que, de otro lado, el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal, establece como excepción lo siguiente: "No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo". Al respecto el Tribunal Constitucional mediante sentencia recaída en el Expediente N° 4298-2012-PA/TC (caso: Roberto Torres Gonzáles) del 17 de abril de 2013, estableció que: "[...] el uso personal del vehículo, excluido de tipificación penal, no puede incluir un uso ajeno al funcionario, léase uso 'familiar' o 'amical' del mismo, dado que la razón de la exención normativa es la facilitación del desenvolvimiento y seguridad del alto funcionario (por lo que se permite un uso más allá de las funciones oficiales), también es cierto, que una interpretación excesivamente rígida de esta exclusión puede llevar a desnaturalizar el sentido mismo de la excepción típica. En efecto, si bien el vehículo oficial del alto funcionario no puede ser destinado al uso personal del cónyuge, hijos u otros familiares del funcionario o como vehículo que sirva de movilidad permanente a otra persona distinta del funcionario (conducta que debe ser calificada como peculado de uso),

tampoco puede considerarse que cualquier uso que se haga del vehículo por una persona distinta del funcionario constituye una conducta típica. Y es que muchas veces, el vehículo oficial del alto funcionario, de modo inevitable, es utilizado por otras personas sin que ello distorsione necesariamente el uso personal que el funcionario hace de él. Si tenemos en cuenta el círculo de familiares o personal de confianza que desarrollan múltiples actividades conjuntamente con el alto funcionario o por encargo de él, resulta desproporcionado entender que en cada uno de estos casos, característicamente circunstanciales, se tipifica el delito de peculado de uso, máxime si las actividades desarrolladas con los integrantes de la familia nuclear, principalmente, pueden considerarse como parte de las actividades personales del funcionario, de un modo prácticamente indesligable. [...] Así, una línea de aplicación rígida de la interpretación restrictiva [...], en el sentido de que la exención típica: servicio personal por razón del cargo, se llena de contenido, en exclusividad, con los usos estrictamente individualizados de funcionario, de modo que solo este puede usar dicho vehículo, supondría restringir en extremo el sentido de la exención, y convertiría la prerrogativa en una camisa de fuerza que la haría casi impracticable, pues el funcionario estaría siempre cuidándose de que nadie distinto de él se encuentre en el vehículo, ante la amenaza de que un comportamiento distinto configuraría tipicidad por peculado de uso".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 1541-2012-Lima, de 18 de septiembre de 2013, magistrado ponente: Neyra Flores, considerando 5.

J 0271 "De lo expuesto, se tiene que al encausado [Alcalde] [...] se le asignó el vehículo [...], para la realización de actividades funcionariales [...]; habiendo este dispuesto en diversas oportunidades sirva para el recojo y traslado de sus hijos desde el Colegio [...] hacia su domicilio (es decir, se usó el vehículo antes mencionado para fines ajenos al servicio); no resultando creíble la versión de descargo del encausado [...], que desconocía que su coencausado [el chofer] efectuaba el recojo de sus menores hijos a su salida de su Colegio y los trasladaba hasta su domicilio; por lo que, estando a lo expuesto, se encuentra acreditado el delito instruido y la calidad de autor del mismo, habiendo colaborado para ello [el chofer], en calidad de cómplice primario en el delito de peculado de uso".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 1297-2012-Ica, del 17 de enero de 2013, magistrado ponente: Villa Stein, considerando 3.6)

J 0272 "[El] último párrafo del artículo 388 del Código Penal (...) taxativamente expresa que "no están comprendidos los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo" –esto es, que se hallan destinados al servicio personal del funcionario, siempre y cuando exista una vinculación funcional–, se puede concluir que la conducta realizada por el acusado obedece al sentido común que la naturaleza del cargo y las necesidades del servicio imponen, que se desarrollan dentro de un marco establecido de permisiones en beneficio del funcionario público, y no resulta configurativa del ilícito penal imputado al procesado (...)".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 564-2012-Puno, de 09 de mayo de 2013, magistrado ponente: Príncipe Trujillo, considerando 7.

III

MALVERSACIÓN

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 389 **Malversación**

El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa[42].

TEXTO ORIGINAL

Artículo 389.- Malversación

El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra, una aplicación diferente de aquella a la que están destinados, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

Si resulta dañado o entorpecido el servicio respectivo, la pena será no menor de dos ni mayor de cinco años.

PRIMERA MODIFICATORIA

Artículo 389.- Malversación

El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra, una aplicación diferente de aquella a la que están destinados, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

Si resulta dañado o entorpecido el servicio respectivo, la pena será no menor de dos ni mayor de cinco años.

Constituye circunstancia agravante, si el dinero o bienes que administra estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años[43].

SEGUNDA MODIFICATORIA

Artículo 389.- Malversación

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.

---

42 Texto vigente conforme a la modificatoria efectuada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22 de octubre de 2016 en el diario oficial *El Peruano*.

43 Texto conforme a la modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 2619, publicada el 13 de junio de 1003 en el diario oficial *El Peruano*.

Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres años ni mayor de ocho años[44].

TERCERA MODIFICATORIA

Artículo 389.- Malversación

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 y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco días-multa[45].

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico

D 1620 "En la doctrina nacional, se apunta que el objeto directamente protegido es de preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos o el principio de "legalidad presupuestal" entendido como la disciplina y racionalidad funcional en el servicio. En suma, se trata de afirmar el principio de legalidad presupuestal, esto es, la disciplina y racionalidad funcional en el servicio; (...) el interés jurídico de la Administración Pública en la planificación y ejecución del gasto público y los bienes del Estado de manera ordenada, racional y adecuada a derecho".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 458.

D 1621 "El objeto de tutela tiene que ver esencialmente con la marcha ordenada del gasto público, en el sentido de procurar que la ejecución del patrimonio estatal alcance los fines propuestos por la Administración, la cual puede verse afectada cuando se da un destino distinto a dichos fondos, lo que no necesariamente es así, es por ello, que el legislador sujeta la punición de la conducta a la afectación del servicio público o de la función encomendada".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 459.

D 1622 "El objeto de tutela penal radica en la necesidad de cautelar el principio de legalidad presupuestal, como criterio rector en las asignaciones y disposiciones de los dineros y bienes públicos".

44 Texto conforme a la modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 27151, publicada el 07 de julio de 1999 en el diario oficial *El Peruano*.

45 Texto conforme a la modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 de noviembre de 2013 en el diario oficial *El Peruano*.

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 265.

D 1623 "En cuanto al objeto directamente protegido (bien jurídico para la terminología tradicional) se ha resaltado que aquí se busca preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos o el principio de "legalidad presupuestal" entendido como la disciplina y racionalidad funcional en el servicio".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 380 y 381.

D 1624 "El bien jurídico protegido de modo genérico es el correcto buen funcionamiento de la Administración Pública en beneficio de los ciudadanos. De modo específico, en el delito de malversación de fondos el bien jurídico protegido es 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 de dinero o bienes públicos; se trata, en suma, de afirmar el principio de legalidad presupuestal, esto es, la disciplina y racionalidad funcional del servicio".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 502.

D 1625 "Por nuestra parte, el bien jurídico de manera general resulta ser el correcto y buen funcionamiento de la Administración Pública, por otro lado, el bien jurídico específico o particular, resulta ser la viabilidad de los fondos estatales vinculados al dinero y bienes públicos, los cuales aparecen encomendados al sujeto cualificado en razón del deber de lealtad y probidad que le asiste a los funcionarios o servidores públicos".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 538.

J 0273 "Ahora bien, con relación al tipo penal del delito de malversación de fondos, previamente al análisis de los hechos materia de imputación, resulta pertinente precisas conceptos relativos a su configuración; en primer lugar, es llamado también "aplicación oficial diferente de los dineros y bienes del Estado"; su origen se encuentra en el Derecho Español y Francés; asimismo, debe tenerse presente: a) que el bien jurídico tutelado para algunos autores es la legalidad del ejercicio presupuestal, de que los estamentos públicos ejecuten su presupuesto conforme a os lineamiento previstos en la ley y la Constitución, garantizando el correcto funcionamiento de la Administración Pública, por ese motivo algunos autores sostienen que "lo que protege la norma no es ya ni el peculio ni la posibilidad de disposición de los bienes de los cuales es titular, por parte de la administración, sino lo que se tutela aquí es la eficacia, la buena marcha y, en una palabra, la disciplina y organización no solo en la ejecución del gasto, sino en la utilización de los bienes por parte de los servidores públicos, a quienes se sanciona, dentro del campo jurídico penal, aun cuando lo hagan en beneficio y para lucro de la administración" (Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo V, Idemsa, Lima, dos mil once, páginas trescientos ochenta y uno a trescientos ochenta y dos); similar criterio es el que sostiene Alcócer Povis, al considerar que el bien jurídico protegido es la regularidad y buena marcha de la Administración Pública (ver: http://blog.pucp.edu.pe/media/avatar/972.

pdf); b) exige para su configuración, "en primer lugar, un cambio de destino –siempre dentro del ámbito público–, de los involucrados; en segundo lugar, que este cambio sea definitivo, lo que se expresa en función al propio carácter de os bienes desviados; y, en tercer lugar, como resultado típico, que con dicha conducta se dañe el servicio o la función encomendada, esto es, que peligre la ejecución del servicio o función pública, se perjudiquen los plazos, o se incrementen los costos o decrezca la calidad del servicio que presta" (Recurso de Nulidad N° 2331-2002-Arequipa, del 07 de septiembre del 2004); c) verbo rector de este tipo penal es el de "aplicar" que comprende dos etapas, la primera de decisión o deliberación de los bienes y la segunda de ejecución; d) El elemento subjetivo, es el dolo pero resulta suficiente con el dolo eventual (Rojas Vargas, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, Grijley, Lima, dos mil siete, página 570); e) El sujeto activo será el funcionario o servidor público que debe mantener una relación funcional con el dinero o bienes y el sujeto pasivo s el Estado; f) La circunstancia agravante vendría a ser cuando los bienes están destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social, pero para esto requiere que el sujeto activo tenga conocimiento de ello".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 1791-2012-Áncash, del 14 de enero de 2014, magistrado ponente: Villa Stein, considerando 3.2.

J 0274 "De lo antes mencionado, es posible concluir que el bien jurídico protegido en este tipo penal es 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; se trata, en suma, de afirmar el principio de legalidad presupuestal, esto es, la disciplina y racionalidad funcional del servicio. De ahí que en el delito de malversación de fondos no existe lesión real al patrimonio público, pues la conducta malversadora no implica extraer del dominio público los bienes malversados.

En otros términos, si bien, el delito de malversación de fondos se encuentra dentro del catálogo de delitos comprendidos en el Capítulo II del Título VIII del Código Penal que tipifica a los delitos cometidos por funcionarios públicos, sin embargo, no todos los tipos penales pertenecientes a este grupo, tienen una incidencia negativa directa en el patrimonio público y, por tanto, no es posible aplicar la duplicidad del plazo de prescripción de la acción penal. Este criterio ha sido fijado en el Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116, de fecha dieciséis de noviembre de dos mil diez, en cuyo fundamento décimo cuarto, se ha señalado:

> "Es de resaltar que no todos los delitos comprendidos allí tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público o solo afectan el correcto funcionamiento de la Administración Pública propiamente dicha, vulnerando el ejercicio de funciones y servicios públicos bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad, la observancia de los deberes del cargo como empleo, regularidad y desenvolvimiento normal de tal ejercicio, el prestigio y dignidad de la función, la imparcialidad en el desenvolvimiento decisional, y otros, desvinculados totalmente de la afectación del patrimonio del Estado como tal y excluidos".

Ello es así, pues la Administración Pública cumple con sus objetivos estratégicos, en el desarrollo de las políticas públicas mediante el adecuado funcionamiento de sus recursos, cuyos componentes no solo se circunscriben a su patrimonio, sino también a los recursos humanos con funciones delimitadas, la organización, el tiempo y la existencia de una estructura determinada.

Consecuentemente, advirtiéndose que el contenido de injusto del delito de Malversación de Fondos no es de índole perjudicial al patrimonio del Estado, no cabe la aplicación de la duplicidad del plazo de prescripción de la acción penal; ello en mérito al último párrafo del artículo 80 del Código Penal, cuya aplicación solo se da en casos de delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos cuya conducta atente contra el patrimonio del Estado u organismos sostenidos por este. En este contexto, teniéndose en cuenta que el citado delito sanciona a la agente con una pena máxima de cuatro años [plazo extraordinario], es posible afirmar que, a la fecha de expedición de la presente Ejecutoria, la acción penal en el caso concreto se encuentra prescrita, en tanto los hechos imputados datan del año mil novecientos noventa y nueve y dos mil. Cabe acotar que la declaración de prescripción de la acción penal solicitada por la encausada Teresa Rosario Bueno Soto, se hace extensible, además, a las encausadas Carmen Beatriz Cadenas Cuya y Elizabeth Judith Gereda Martínez a quienes también se les ha imputado el delito de malversación de fondos".

Segunda Sala Penal Transitoria. R.N. N° 295-2017-Lima, del 03 de mayo de 2018, magistrado ponente: Figueroa Navarro, considerando 12.

J 0275 "El delito de malversación de fondos, es definido como la aplicación oficial diferente de los dineros y bienes del Estado. Al respecto debe tenerse presente que: i) El bien jurídico tutelado es la legalidad en la ejecución del ejercicio presupuestal, que los responsables de las entidades públicas deben observar en la ejecución del presupuesto asignado, conforme a los lineamientos previstos en la Ley y la Constitución. De esta manera se garantiza el correcto funcionamiento de la Administración Pública; por este motivo algunos autores sostienen que: "lo que protege la norma no es ya el peculio ni la posibilidad de disposición de los bienes de los cuales es titular, por parte de la administración, sino lo que se tutela aquí es la eficacia, la buena marcha y, en una palabra, la disciplina y organización no solo en la ejecución del gasto, sino en la utilización de los bienes, por parte de los servidores públicos, a quienes se sanciona, dentro del campo jurídico penal, aun cuando lo hagan en beneficio y para lucro de la administración. ii) Para su configuración se exige, en primer lugar, un cambio de destino –siempre dentro del ámbito público–, del presupuesto diferenciado de una partida presupuestal. Este cambio de destino debe ser definitivo, lo que se expresa en función al propio carácter de los bienes desviados. iii) El resultado típico de la conducta desplegada por el funcionario o servidor a cargo de la administración presupuestaria se evidencia en el daño a la función cubierta con la partida presupuestal desviada; esto es, que peligre la ejecución del servicio o función pública, que se perjudiquen los plazos, o se incrementen los costos o decrezca la calidad del servicio que presta –Recurso de Nulidad 20331-2001-Arequipa–. iv) El verbo rector en este tipo penal es el de "aplicar" que comprende dos etapas, la primera de decisión o deliberación sobre el destino del presupuesto asignado, y la segunda de ejecución de lo decidido. v) el elemento subjetivo es el dolo, siendo suficiente el dolo eventual. vi) el sujeto activo será el funcionario o servidor público que debe mantener una relación funcional con el dinero o bienes, el sujeto pasivo es el Estado. vii) La circunstancia agravante se configura cuando los bienes están destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social. Para esto se requiere que el sujeto activo tenga conocimiento de ello".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 2199-2015-Áncash, del 06 de abril de 2017, magistrado ponente: Figueroa Navarro, considerando 7.

2.2. Sujeto activo

D 1626 "Solo puede ser el funcionario o servidor público que tiene bajo su administración dinero o bienes con facultades para disponer de ellos con fines predeterminados de naturaleza oficial. Cualquier otro sujeto público que llegue a tener contacto con recursos públicos sin poseer facultades de administración - asignación no podrá cometer malversación de fondos sino irregularidades administrativas. Rige aquí, al igual que en el peculado y la colusión defraudatoria, una estricta vinculación funcional del sujeto activo con el objeto material de delito".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 265.

D 1627 "Por tratarse de un delito especial propio, con arreglo al texto de la ley, el autor del delito debe ser administrador de los caudales o efectos públicos mal justificados. Esto significa que el funcionario debe tener, de acuerdo con los ordenamientos respectivos, facultad de disposición sobre los bienes públicos, aun cuando no tenga la posesión material de ellos. Vale decir, tiene que poder aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas. Por lo tanto, no es administrador quien solo tiene la facultad de imputar los bienes a un destino, sin poder disponer de ellos (el cambio abusivo de la imputación a otro destino puede, entonces, constituir abuso de autoridad)".

BUOMPADRE, Jorge. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo III. 3ª edición. Buenos Aires: Astrea, 2009, p. 250.

D 1628 "Sujeto activo. Se trata de un funcionario público con la función de administrar bienes y de darles una aplicación pública determinada. No pueden "malversar" los funcionarios que accidentalmente ejercen la administración de los bienes".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 381.

D 1629 "Solo puede ser sujeto activo de este delito aquel funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidos por el tipo penal, es decir, quien por el cargo que desarrolla en la Administración Pública tiene la función de administrar los bienes del Estado. El funcionario o servidor público debe administrar los bienes en función de lo dispuesto por la ley o reglamentos en razón del cargo que desempeña".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 501.

D 1630 "En esa línea, para la configuración del delito de malversación de fondos no es suficiente e indispensable que el sujeto activo del delito sea funcionario o servidor público. Además de ello, es exigible que debe tener la función de administrar el dinero o bienes del Estado".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 501.

D 1631 "Por nuestra parte, consideramos que, respecto al sujeto activo, resulta ser un delito de dominio, específicamente, delito especial propio, por cuanto, el tipo penal exige un agente delictual cualificado, esto es, funcionario o servidor público, en ese sentido, dicha condición especial, restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente. Por otro lado, respecto al supuesto de hecho, el delito de malversación de fondos, registra una relación directa entre el funcionario o servidor público y los bienes estatales, esto es, dinero o bienes estatales, por lo tanto, de dicho escenario normativo fluye una norma de mandato, subsecuentemente, la imputación jurídico penal radica en la defraudación de una expectativa social de naturaleza normativa, la misma que aparece evidenciada en la lesión al deber especial impuesto al sujeto cualificado, dicha defraudación de naturaleza jurídica, fundamentaría, además de la autoría, el injusto penal, por la misma trascendencia que genera la vinculación del deber especial y la institución "Administración Pública"".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 529.

D 1632 "El delito de malversación exige que el sujeto activo reúna dos cualidades concretas. En primer lugar, ha de ser un funcionario o servidor público. En segundo lugar, ha de tener a su cargo, por razón de sus funciones, la administración el dinero o bienes que se malversan, esto es, el manejo y disposiciones del dinero y bienes para aplicarlos a los fines que están determinados legalmente, aunque no tenga la posesión material de ellos".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, pp. 633 y 634.

2.3. Sujeto pasivo

D 1633 "Es el Estado, como titular de las actuaciones funcionales que toman lugar en la Administración Pública, dueño del dinero y que los bienes que administran los funcionarios y servidores públicos".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 461.

D 1634 "De la misma forma, a nuestro criterio, conforme se viene sosteniendo en diversos apartados, en esta clase de delitos, el Estado, resulta ser el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "Administración Pública"; (...)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 529.

2.4. Conducta típica

- **Dinero o bienes del Estado**

D 1635 "A diferencia del artículo 387 del Código Penal, el artículo 389 se refiere a "dinero o bienes" del Estado como objeto del delito. En cuanto a dinero, no hay inconveniente

sobre su entendimiento. Todos sabemos en qué consiste el dinero. El problema de interpretación se presenta respecto a los bienes. Haya bienes con valor económico y otros que no tienen valor. A efectos del delito, en hermenéutica jurídica, se entiende que los bienes a que hace referencia el tipo penal son los que tienen valor económico. El valor económico puede incluso ser mínimo.

En consecuencia, los bienes pertenecientes al Estado objeto del delito de malversación de fondos pueden ser los muebles o inmuebles con valor económico".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 492 y 493.

D 1636 "El delito de malversación de fondos, precisa el objeto de protección, en este caso, el dinero y bienes administrados de naturaleza pública, en ese sentido respecto al dinero, no existe problema alguno, por cuanto se entiende a todo tipo de moneda de valor pecuniario mediante el cual se puede materializar la dinámica del mercado, esto es, comprar o vender. Respecto a los bienes administrados, por la misma sistemática del sistema jurídico vinculado a los delitos contra la Administración Pública, se requiere que los bienes tengan naturaleza tangible, es decir, valor patrimonial; por lo tanto, se trata de todo tipo de bien, mueble o inmueble que tiene valor pecuniario".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 531.

D 1637 "Primer punto a saber, es lo referente al objeto material del delito, haciendo mención la normativa a "dinero o bienes", serán todos aquellos objetos susceptibles de ser valorados económicamente, que forman parte del acervo patrimonial del Estado, que integra sus activos, sea como adquisición directa en las compras estatales, sea como bienes particulares que han ingresado a la Administración, en vía de procesos de ejecución coactiva, procesos judiciales donde se traban embargos, decomisos así como donaciones provenientes del organismo público y privado".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 461.

D 1638 "Los "bienes" por su parte, son todos aquellos objetos de naturaleza inmaterial o material, siempre y cuando puedan ser susceptibles de valoración económica; acá el legislador, no ha especificado si han de ser "muebles" o "inmuebles"; pudiendo ser entonces, cualquiera de ellos; v. gr., puede presentarse la aplicación distinta de computadoras como de inmuebles, cuando en vez de emplear la casa para instituir una dependencia estatal se edifica una cochera para los automóviles de los altos funcionarios. No interesa si los bienes son viejos usados, mas aquellos deben estar en condiciones de ser empelados para un determinado fin".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 462.

D 1639 "Ahora bien, la interrogante a plantar sería la siguiente: ¿Si el dinero o bienes han de ser necesariamente "públicos"? En un principio se diría que debería ser así, en tanto el funcionario por lo general administra solo fondos públicos, donde el objeto de tutela es de

naturaleza estatal empero, se podría decir también lo siguiente: primero, que el patrimonio estatal no es el objeto de tutela jurídico-penal y, segundo, que los uncionarios administran, no en pocas veces, patrimonio que procede de los particulares, pues en el decurso de una serie de actuaciones funcionales, los funcionarios tienen la potestad legal de expedir decisiones que involucran a bienes e particulares, procediendo a su incorporación a la esfera de custodia de la Administración. Tal situación puede darse siempre y cuando la Administración este en potestad legal de dar una aplicación definitiva a dichos bienes, lo que no puede suceder cuando se trata de un embargo, al constituir una medida precautoria (provisional y cautelar); situación distinta es de verse, cuando dicha medida adquiere la calidad de definitiva, donde ya no es un embargo sino un decomiso, pero en este caso la propiedad del bien pasa a ser de Estado, sustrayéndose del ámbito dominical del privado.

Resulta de la propia redacción normativa del artículo 389, la imposibilidad de que los bienes pertenecientes a privados sean objeto jurídico de la malversación".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 462.

- Relación funcional

D 1640 "El primer requisito con fines de configuración respecto al delito de malversación de fondos, resulta ser la relación funcionarial respeto al sujeto activo frente al dinero o bienes estatales que administra, dicha relación funcionarial aparece como uno de los criterios determinantes para efectos de consumación del tipo penal, por lo tanto, en el caso que no exista dicha relación, el tipo penal deviene en inexistente, por lo tanto, se estila por técnica legislativa que la relación funcionarial, aparecerá determinada expresamente por la ley o normas extrapenales, por ejemplo, reglamentos, directivas, instructivos, etc., mediante las cuales, se fija el deber específico".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 530.

D 1641 "Por lo tanto, la relación funcionarial, nos advierte que el sujeto cualificado, esto es, funcionario o servidor público se encuentra en una estrecha relación con el dinero o bienes estatales, sea de manera inmediata o mediata, subsecuentemente el agente delictual tiene disponibilidad directa sobre los bienes estatales, dicha prerrogativa, excluye a cualquier sujeto y limita el radio de autores, por lo tanto, la relación funcionarial, constituiría un elemento normativo del tipo penal, por cuanto, dicha relación es de estricta base jurídica, subsecuentemente, el agente del derecho, específicamente, el juzgador, tendrá que recurrir a determinados juicios de valor ,según cada caso concreto, a efecto de otorgarle sentido a dicha postura, por lo tanto, la inexistencia de dicha relación funcionarial advierte usencia de contenido penal".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 531.

D 1642 "De la naturaleza del delito de malversación de fondos públicos se desprende que el dinero, o bienes del Estado objeto de la conducta típica, debe estar confiado en razón

de que cumple la función de administrador de tales fondos al interior de la Administración Pública. Si en un hecho concreto este elemento no se verifica, el delito en hermenéutica jurídica no se configura así haya evidente aplicación diferente del destino normal de los fondos públicos.

En efecto, para configurarse el delito de malversación de fondos al igual que con el peculado tipificado en el artículo 387 del Código Penal es condición sine qua non que el bien público objeto del delito este en posesión del agente en virtud de los deberes o atribuciones del cargo de administrador que desempeña en la administración estatal. Estas atribuciones o competencia aparecen determinadas o establecidas en forma previa por la ley o normas jurídicas de menor jerarquía como reglamentos de la institución pública. La posesión puede ser inmediata o mediata, es decir, el agente puede estar en contacto con el dinero o bienes del Estado o tenerla por asumida, bastando solamente la facultad de disposición jurídico o disposición funcional".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 493.

D 1643 "Ya hemos indicado que administrar significa la facultad de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas. Aquí, el agente tiene la función de administrar el dinero o bienes públicos y en tal situación abusando de sus atribuciones, en lugar de aplicarlos a su destino establecido, le otorga un destino definitivo diferente. Administrar no implica que el sujeto deba siempre dentar la posesión directa de los dineros o bienes a su cargo. Estos pueden estar lejos de él. Lo importante es que tenga la disponibilidad jurídica. Por ello, se afirma que es necesario que el agente público tenga dominio sobre ellos debido a sus funciones, pudiendo disponer de estos en razón de ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 494.

D 1644 "Segundo punto a saber, implica la "relación funcional" que debe existir entre el bien y el funcionario público (*intraneus*), es en mérito a dicha vinculación, que el autor procede a distraer el dinero o bienes estatales, dando una aplicación distinta a la prevista por Ley. Dicho elemento es el que le otorga sustantividad material a este injusto funcionarial, tal como se revela en el delito de peculado, habiéndose fijado en el dispositivo legal, que dicha relación se compruebe en ejercicio de un acto de "administración".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 463.

D 1645 "Esta facultad no entraña, necesariamente, la posesión material del dinero o bien, le basta la agente tener la denominada "disponibilidad jurídica", aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario.

Si estamos hablando de una relación funcional especial, del autor con el objeto material del delito, la mera custodia o detentación fáctica del bien no pueden instituirse en situaciones factibles de realización típica. Dichos servidores, son más que custodios de dichos fondos, no

cuenta, pues, con facultades legales para su aplicación concreta; v. gr., los vigilantes de seguridad de un estamento público, están desprovistos de dicha facultad, si aquellos que se apropian de caudales o efectos, serán pasibles de responder como autores del delito de peculado, no por malversación".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 463 y 464.

D 1646 "En el delito de malversación de fondos, también se aprecia una vulneración a los deberes esenciales del cargo funcionarial, es decir, el sujeto activo asume la calidad de "garante", de los bienes que administra, apreciándose una vinculación funcional con el patrimonio estatal. Deberes de custodia y protección, que son burlados por el *intraneus*, cuando incide en la conducta prohibida, contenida en los renglones normativos del artículo 389 del CP".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 456.

D 1647 "La condición de tipicidad es que dicho "dinero" o "bienes" no estén librados a la liberalidad o discrecionalidad del funcionario, sino que estén bajo una evidente y estricta administración del funcionario o servidor público en una determinada institución pública. En otras palabras, los objetos materiales deben estar en una relación o vinculación jurídica con el funcionario o servidor público (algo que también se exige en el delito de peculado doloso y culposo). La administración que puede ejercer el funcionario o servidor debe provenir de dos fuentes: en primer lugar, mediante un posesión directa o inmediata (pero siempre en el marco de una juridicidad), o en su defecto, mediante una posesión indirecta, es decir, mediante actos jurídicos de delegación".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal.* 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 639.

D 1648 "(...) En ese sentido, si el sujeto activo solo tiene facultades de custodia o de percepción y dispone del dinero y bienes para otro uso oficial, el sujeto activo no cometerá delito de malversación sino abuso de autoridad (art. 376 del Código Penal). En otras palabras, se requiere en la malversación de fondos, como es fácil colegir, de relación funcional con el dinero o los bienes en función a la posesión en administración y además que ello implique la posibilidad de aplicación de los mismos a los fines oficiales".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal.* 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 638.

J 0276 "Que es importante precisas que el delito de malversación de fondos, en su perspectiva objetiva, requiere de la existencia de una relación funcional; esto es, que el dinero público debe estar confiado o en posesión inmediata o mediata (disposición funcional o jurídica) del agente en razón de que este último cumple la función de administrador de ellos al interior de la Administración Pública. Administrar, a su vez, es una función que importa

la facultad de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a las finalidades legalmente predeterminadas".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 2117-2013-Lambayeque, del 22 de enero de 2015, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 5.

J 0277 "Que, en el presente caso, no cabe duda que se dio al dinero municipal un destino diferente al establecido en el caso del Foncomun. Empero, lo esencial en el caso del imputado es si tenía una relación funcional con el mismo y si los administraba, según lo anotado en el parágrafo anterior. Ahora bien, el contrato [...] de la pericia contable, adjunto en el anexo respectivo, precisa que el imputado solo era un contador externo que, en lo esencial, debía elaborar la información financiera y contable de la municipalidad. Entre los servicios profesionales que debía hacer era confeccionar los registros contables principales, diversos registros auxiliares, y rendiciones de cuentas mensuales del Vaso de Leche, así como realizar evaluaciones presupuestarias semestrales, prestar asesoramiento en la elaboración del presupuesto participativo, y configurar los estados financieros y presupuestos para la Cuenta General de la República. Ninguna de esas funciones importa esa relación funcionarial indispensable para responder penalmente por el destino indebido del Foncomun: él no tenía poder de decisión ni consta que se coludió con sus coimputados con esa finalidad delictiva".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 2117-2013-Lambayeque, del 22 de enero de 2015, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 6.

- Dar destino definitivo diferente al establecido: malversar

D 1649 "El delito de malversación de fondos, para efectos configurativos, exige que el sujeto cualificado, otorgue al dinero o bienes un destino diferente al señalado, es decir, el objeto de protección que inicialmente, tiene una finalidad predeterminada propio de la operatividad de la Administración Pública, dicho destino aparece registrado por las normas pre existentes, esto es, leyes, directivas, reglamentos, etc., sin embargo, a pesar de ello, el sujeto cualificado que tienen conocimiento del destino original del dinero y bienes públicos, por cuanto mantiene relación funcionarial con los mismos, otorga un destino diferente al inicial que estaba programado y señalado por la normatividad previa. El cambio del destino o finalidad del dinero o bienes, tiene que ser definitivo, es decir, irreversible, no deberá existir la posibilidad de retorno al estado inicial, por ejemplo, si el dinero registrado en una determinada partida presupuestal estuvo destinado para la habilitación del programa de vaso de leche, empero, el agente de administración de finanzas y el tesorero utilizan dicho dinero para el pago de viáticos de determinados funcionarios públicos quienes proceden a gastarlo en su integridad, generando que el proveer del programa del vaso de leche, suspenda la entrega del producto respectivo, generando un perjuicio en la comunidad, no siendo posible su reposición, en ese sentido, el dinero, por disposición de los funcionarios públicos habilitados en razón del cargo específico, otorgaron un curso distinto al preestablecido, dinero que no podrá ser repuesto en la forma y circunstancia inicial, consumando el ilícito penal materia de comentario".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 532.

D 1650 "La configuración del delito de malversación de fondos, para que opere íntegramente, no basta el cambio del destino del dinero o bienes de naturaleza pública, sino que además, requiere la existencia de una afectación al servicio o función pública, dicha afectación tiene que se concreta y no especulativa, es decir, tiene que ser cuantificable, por lo tanto, se advierte la necesidad de una pericia contable a efecto de verificar el perjuicio respectivo, caso contrario, existirá dificultad a nivel de probanza, generando absolución".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 533.

D 1651 "El delito de malversación de fondos se configura cuando el agente, siempre funcionario o servidor público, de modo definitivo, otorga o da el dinero o bienes del Estado que funcionalmente administra, un destino diferente al previamente establecido, lesionando o poniendo en peligro el servicio o la función pública encomendada".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 492.

D 1652 "Otro elemento objetivo del delito de malversación lo constituye la circunstancia de dar al dinero o bienes públicos destino definitivo diferente al establecido previamente en leyes presupuestales, reglamentos, decretos, ordenanzas municipales o resoluciones administrativas de autoridad competente. El agente en lugar d aplicar o invertir el dinero o bienes públicos que administra en las actividades del Estado, para las cuales estaban destinadas, lo utiliza, plica o invierte en actividades estatales diferentes a las establecidas".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 494 y 495.

D 1653 "El carácter definitivo de la aplicación diferente del dinero o bienes públicos significa la imposibilidad de regreso o reintegro de los mismos a la partida o rubro del destino asignado. Están fuera de la objetivación típico-temporal, por lo tanto, las desviaciones de fondos que sean susceptibles de retorno o devolución, luego de superada la causa o factor que lo motivo.

Si no existe destino expreso de determinados fondos públicos, el funcionario o servidor público administrador puede dar aplicación pública de los bienes a su libre arbitrio, pues se entiende que se ha dejado a criterio del funcionario su aplicación siempre para fines públicos".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 497.

D 1654 "Elemento objetivo trascendente del delito en hermenéutica lo constituye sin duda la afectación o perjuicio al servicio o a la función pública encomendada como resultado de la conducta indebida del agente. Es decir, la conducta del agente de dar destino público definitivo diferente a lo establecido previamente, debe lesionar o afectar el servicio o la función pública encomendada. En un caso concreto si tal afectación no se produce, el delito simplemente no se configura. ¿Cuál será la magnitud del perjuicio? El tipo penal no precisa si el

perjuicio o afectación al servicio o función debe ser grave o leve. En consecuencia, se entiende que igual aparece el delito, así la afectación o perjuicio sea leve o mínimo".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 497.

D 1655 "La afectación no solo debe entenderse como peligro de no ejecutarse la obra, sino incluso bastará con que se afecten los plazos, se incrementen los costos o la calidad de la obra que iba a ejecutarse. Para tal efecto, sin duda, será necesario realizar una pericia contable para verificar si realmente se ha producido la afectación al servicio o función pública encomendada".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 499.

D 1656 "Acción típica. Consiste en dar aplicación pública diferente, de aquella a la que están destinados, al dinero o bienes de la Administración Pública. Se trata de un cambio de destino que los fondos tienen fijados, sin lucro ni fin de lucro para el autor o para un tercero".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 382.

D 1657 "La acción típica se distingue de la del peculado por el hecho de que consiste siempre en una aplicación pública a los bienes públicos. La aplicación privada de los mismos bienes, si reuniera los demás elementos típicos, podría constituir un peculado".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 382 y 383.

D 1658 "Además, esta aplicación diferente debe ser una aplicación definitiva. No se explica la fuente de este elemento agregado en la modificación de 1999 ni como debe ser interpretada. El legislador parece haber querido descartar del tipo aquellas aplicaciones públicas distintas que sean subsanadas posteriormente, reintegrando al destino legítimo los bienes desviados. Pero esta interpretación desconoce el hecho de que la malversación se consuma ya con el desvío de los bienes (el reproche se dirige precisamente a esta conducta); el posterior reintegro solamente podría constituir una atenuante. Permitir la atipicidad de la conducta por el reintegro posterior de los bienes desviados llevara por lo demás, a una neutralización del efecto preventivo-general del tipo: siempre es posible reintegrar los bienes para eludir una persecución penal inminente".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 383.

D 1659 "Los bienes deben tener un destino asignado, sea por ley, decreto, reglamento o resolución de autoridad competente. EL destino pude ser "genérico", cuando se refiere a

un sector amplio de la administración o "específico", cuando señala expresamente el destino final de los bienes. El cambio de destino del primer caso implicar un cambio de género; p. ej., si estaban destinados "para e poder judicial" y se les destina al "poder ejecutivo".

Ese destino suele estar estipulado en las leyes de presupuesto que se aprueban año a año, y son precisados en reglamentos, decretos, ordenanzas municipales, resoluciones, etc.

Si no existiera este "destino" expreso, el funcionario puede dar aplicación pública de los bienes a su libre arbitrio, pues se entiende que se ha dejado al criterio del funcionario su aplicación para fines públicos".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el* Código Penal peruano. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 384.

D 1660 "El delito de malversación, o distracción de fondos como también se le conoce en otras legislaciones penales, no es, a diferencia del peculado, un delito de apoderamiento de los recursos públicos, sino más bien un ilícito, de evidente factura administrativa, de mal uso de los dineros y bienes del Estado o de las reparticiones públicas, al asignárselos a destino no previstos o fuera de los alcances de la respectiva partida presupuestaria".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 263.

D 1661 "El núcleo de la ilicitud reside en el hecho que el funcionario o servidor público da a los dineros o bienes que administra una aplicación definitiva diferente, infringiendo las previsiones ya establecidas y asumidas vía presupuestal o por vía decisional legal".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 265.

D 1662 "Son así dos los componentes a tomar e cuanta: la aplicación diferente y la definitividad de esta aplicación.

a) Aplicar en forma diferente admite dos significados en la interpretación. En primer término, desviar de su curso normal los fondos públicos para destinarlos a espacios de inversión, obligaciones o gastos, distintos de los que debieron constituir el destino oficial; la malversación en este primer significado se da al interior de la repartición pública de la que forma parte el sujeto activo. En segundo término, aplicar en forma diferente plantea la hipótesis que el dinero o los bienes circulen en el marco de necesidades de, la Administración Pública en general, pero sin salirse de ella. En esta segunda lectura, la malversación excede los ámbitos de la repartición pública para cubrir necesidades de otras reparticiones.

b) La definitividad de la aplicación diferente se convierte en un factor decisivo de tipicidad para reputar la relevancia penal de la conducta de dar una aplicación diferente a los dineros o bienes públicos. Lo que haya que entender por definitividad está sujeto a interpretación jurídica teleológica, en la medida que no existe en la norma penal ni en la legislación administrativa sobre la materia pautas regladas al respecto, no siendo suficiente por lo mismo el significado literal del término, no obstante, hay que tomar en cuenta los

periodos anuales en los que las reparticiones públicas tienen que sanear sus estados contables o financieros. Hay que prestar atención a que el tipo penal se halla redactado en el sentido de que el sujeto activo da una aplicación definitiva diferente, es decir, no está en la naturaleza del bien ser menos o más fungibles a efectos de tipicidad, sino que este extremo del comportamiento típico se halla íntimamente vinculado a la disposición causal que el agente realice dicha circunstancia; es en su acción donde reside la definitividad o temporalidad de la aplicación diferente.

El legislador no ha acudido a un criterio expreso de temporalidad vinculado al criterio de definitividad, dejando en el funcionario vinculado un amplio marco de jugo técnico para satisfacer dicha cuestión. La definitividad está relacionada también a imposibilidades de salvamento práctico normativo en los que incurre dolosamente el sujeto público vinculado.

Sea definitiva la malversación cuando la misma es irretornable contablemente a la partida de origen, en un contexto de conducta innecesaria y dolosa. El tiempo y la modalidad de retorno –a efectos de no instrumentalizar perversamente el uso de esta permisión de atipicidad– corresponde con normas técnicas de procedimiento y queda a criterio judicial el unificar sus argumentaciones sobre este tema".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, pp. 266 y 267.

D 1663 "La acción material del tipo se traduce en un cambio de destino de los bienes administrados por el funcionario público. En esto consiste la conducta típica. Los caudales o efectos que el agente administra son aplicados a un destino distinto al asignado originariamente por la ley, el reglamento o la orden emanada de autoridad competente.

La dinámica del tipo penal presupone la existencia de fondos públicos que tienen un destino legalmente predeterminado y que el autor les dé una aplicación diferente. El cambio de destino debe ser público. Es decir, para que el hecho permanezca dentro de esta modalidad delictiva, el destino asignado indebidamente a los fondos públicos debe ser dentro de la esfera de la Administración Pública. Los caudales o efectos deben ser desviados sin salir de la órbita de la Administración, pues si el nuevo destino no fuera público, vale decir, si se saliera de la esfera administrativa, el hecho se desplazaría hacia el tipo de peculado por sustracción previsto en el art. 261 del Código Penal".

BUOMPADRE, Jorge. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo III. 3ª edición. Buenos Aires: Astrea, 2009, p. 249.

D 1664 "(...) la figura delictiva de "malversación de fondos", contenida normativamente en el artículo 398 del CP, donde el disvalor reposa en el desvío de los fondos por parte del funcionario público, a un destino diverso al establecido en la Ley, pero aplicándolo en el ámbito mismo de la Administración".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 456.

D 1665 "Malversar significa hacer un mal uso de los fondos públicos, de ejecutar incorrectamente el presupuesto público; disponer de forma deficitaria del erario público, contrariando las normas presupuestales en rigor".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 456.

D 1666 "La acción consiste en dar una aplicación diferente de aquella a que están destinados los caudales o efectos que administra el funcionario público; de manera, que dichos fondos (bienes o dinero), deben contar con un destino legal –previamente fijado– en la ley u otra norma semejante, si dicho patrimonio no tiene un curso legal determinado por la normativa, no podrá hablar del delito que estudiamos. Se cuenta, por ello, con una Ley de Presupuesto y de Endeudamiento público, distribuyendo el patrimonio estatal de forma equitativa a todos los estamentos públicos".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 464.

D 1667 "Luego, se dice que el agente debe dar al dinero o bienes, una "aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados"; situación que implica un desvío del destino legal de los recursos estatales, cuando el funcionario (*intraneus*), decide que el dinero sea empleado para un servicio no presupuestado. No es como se dijo, una "aplicación privada", como se desprende en el delito de peculado, sino de una "aplicación pública ilegal", que debe tomar lugar de forma "definitiva", esto es, que no haya lugar a reversión de la situación, así cuando se fija el pago mensual de un trabajador no presupuestado".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 464 y 465.

D 1668 "Debe existir una relación normativa, entre la conducta constitutiva de tipicidad penal (malversación de los fondos públicos) con la perturbación del servicio público, en el entendido de que dicho estado de afectación no sea consecuencia de otro factor causal o concomitante, lo que implicaría la falta de necesidad y merecimiento de pena de la conducta típica en cuestión".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 466.

D 1669 "Finalmente, un delito de esta naturaleza puede provocar cierta consecuencias jurídico-penales –particulares–, cuando la tipicidad penal afirma un estado de cosas, contrario a cualquier afectación pública. Tomamos en consideración ello, cuando la disposición de los fondos públicos, contrariando el presupuesto legal, toma lugar en un marco de un estado de necesidad, cuando para cubrir una demanda urgente de gasto, el funcionario decide su aplicación definitiva de los dineros del Estado.

Surgen, pues, estados excepcionales donde el funcionario público se encuentra en la disyuntiva de tomar una decisión, que si bien puede resultar lesiva a la legalidad presupuestal, puede

importar la tutela de intereses jurídicos superiores, como la integridad de la persona humana, la vida, el cuerpo y la salud de los comunitarios; piénsese en aquella situación de calamidad pública que sufre la población, a tal efecto el funcionario no tiene más remedio que disponer de los fondos públicos que están asignados para el pago de gastos corrientes, a efectos de poder adquirir alimentos, enseres, carpas, agua y frazadas para una colectividad afectada por un terremoto, alud u otro fenómeno natural que arraso sus viviendas por completo. Es así, que el Derecho Penal ejerce una función de filtro y de racionalización de la respuesta estatal, en la contemplación valorativa propuesta de la jerarquización de los bienes jurídicos tutelados, teniendo a los bienes inherentes a la persona humana su cúspide y esencia fundamental".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 466 y 467.

D 1670 "La acción típica en este delito consiste en dar aplicación pública diferente, de aquella a la que están destinados, al dinero o bienes de la Administración Pública, es decir, estamos hablando de un cambio de destino que los fondos tienen fijados, sin lucro ni fin de lucro para el autor o para un tercero".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 642.

J 0278 "Que, el delito de malversación de fondos previsto en el artículo trescientos ochenta y nueve del Código Penal, sanciona al "(...) 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 (...)"; en tal virtud, se advierten dos elementos que constituyen la estructura típica del citado delito: a) la relación funcional existente entre el sujeto activo y la administración del dinero o bienes, y b) la aplicación definitiva diferente que se da a los fondos públicos, no necesitándose para su configuración la lesión del patrimonio del Estado, pues en estos casos se cumple con la finalidad social, pero en forma no debida, ni preestablecida; consecuentemente, el bien jurídico que se afecta con el delito de malversación de fondos es la regularidad y buena marcha de la Administración Pública, preservando la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización y/o empleo del dinero y bienes públicos".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 2702-2009-Lima Norte, de 07 de abril de 2010, magistrado ponente: Neyra Flores, considerando 5.

J 0279 "Que el delito de malversación de fondos, previsto en el artículo trescientos ochenta y nueve del Código Penal, requiere que el funcionario o servidor público dé al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a las que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, que, por tanto, este delito exige, en primer lugar, un cambio de destino –siempre dentro del ámbito público– de los involucrados; en segundo lugar, que este cambio sea definitivo, lo que se expresa en función al propio carácter de los bienes desviados; y, en tercer lugar, como resultado típico, que con dicha conducta se dañe el servicio o la función pública, se perjudiquen los plazos, o incrementen los costos o decrezca la calidad del servicio que presta".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 3204-2009-Junín, de 25 de octubre de 2010, considerando 4.

J 0280 "Que, en el caso del delito de malversación de fondos tampoco se acreditó que se haya afectado el servicio o función encomendada. En autos no existe elemento alguno que haga inferir que se perjudico el control o fiscalización del tránsito vehicular. Cabe precisar respecto a los hechos objeto de actuación que los delitos de Malversación de Fondos y Peculado son conductas típicas diferentes, pues aun cuando protegen el correcto funcionamiento de la Administración Pública, se diferencias porque la malversación consiste en una aplicación diferente y definitiva a los bienes públicos, mientras que el Peculado consiste en una apropiación en provecho de terceros ajenos al Estado, y su característica más relevante es que los bienes o caudales del Estado, en el primer delito no sale de la esfera patrimonial del Estado, como si sucede en el caso de Peculado. En el caso de autos los hechos constituirían una probable apropiación, pero de ninguna manera un cambio de destino de los caudales públicos".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 1336-2012-Apurímac, del 10 de enero de 2013, magistrado ponente: Rodríguez Tineo, considerando 5.

J 0281 "En tal sentido, tenemos que el tipo penal de malversación de fondos tiene como supuesto de hecho el siguiente tenor: "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". Así, cabe acotar que malversar significa hacer un mal uso de los fondos públicos, ejecutar incorrectamente el presupuesto público, disponer de forma deficitaria del erario público contrariando las normas presupuestales en rigor. En esta figura delictiva, el desvalor de acción y resultado reposa en el desvío de los fondos por parte del funcionario público, para darle un destino diverso al establecido en la ley, pero aplicándolo en el ámbito mismo de la administración; esto es, se sanciona la conducta del funcionario que da una aplicación definitiva distinta a los fondos públicos al previamente establecido por la propia Administración Pública".

Segunda Sala Penal Transitoria. R.N. N° 295-2017-Lima, del 03 de mayo de 2018, magistrado ponente: Figueroa Navarro, considerando 9.

J 0282 "Que, respecto al delito de malversación de fondos; de acuerdo a su descripción típica, se requiere para su configuración que el funcionario o servidor público dé a los bienes o dinero que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que estaban inicialmente destinados, afectando con dicho accionar el servicio o la función encomendada (condición objetiva de punibilidad), cambio de destino que se realiza siempre dentro del ámbito público. En este extremo, el Colegiado Superior efectúa una deficiente adecuación típica de los hechos al supuesto del delito de malversación de fondos, estimando por acreditado el delito y la responsabilidad de los procesados por no formular el presupuesto edil de manera independiente, esto es, separado de los tres tipos de presupuesto (inversión, funcionamiento –gastos corrientes– y vaso de leche), haciéndolo de manera conjunta y general, situación que habría sido aprovechada por los encausados para dar diferente destino a los fondos municipales, sin embargo, no se establece si concurre el componente del tipo penal referido a la aplicación definitiva diferente de aquellos de los que están destinados, y si con ello se afectó o no un determinado servicio o función propia de la gestión edil".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 1034-2011-Cusco, del 28 de marzo de 2012, magistrado ponente: Rodríguez Tineo, considerando 6.

J 0283 "[Para que se configure] el delito de malversación de fondos [...] no solo basta que el dinero sea destinado a fines distintos a los programados, sino que ese desvío debe ser definitivo y que afecte el servicio o función encomendada; que, en el presente caso, si bien los acusados usaron el dinero [14 mil soles] de la construcción de la carretera [...] para el pago de las planillas de los trabajadores; empero, después la Municipalidad alquiló maquinarias para trabajos en dicha obra por el monto de más de 34 mil nuevos soles, cantidad de la que se dedujo el dinero que fue objeto de transferencia; que aunado a ello la construcción de la indicada carretera se realizó conforme al proyecto inicial, es decir, se llegó a terminar y entregar sin inconvenientes, y fue recepcionada por las autoridades competentes sin ninguna observación; que, en tal sentido, el servicio encomendado –que fue la culminación de la carretera en mención– no llegó a alterarse, razón por la cual no se puede sostener que se haya configurado el delito de malversación de fondos".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 91-2009-Apurimac, del 04 de marzo de 2010, magistrado ponente: Calderón Castillo, considerando 5.

J 0284 "Que, en relación al delito de malversación de fondos, es de tener en cuenta que su objeto es no solo asegurar los caudales del Estado, sino también el estricto cumplimiento de las leyes relativa a su inversión, sancionándose al servidor público o funcionario público por la infracciona del deber de fidelidad; que, en efecto, el delito sub materia se configura cuando el servidor público o funcionario público da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a la que estaba destinada, afectándose el servicio o la función encomendada; que, en merito a ello, y atentos al bien jurídico tutelado, el Tribunal de Instancia en la sentencia recurrida aprecio el incumplimiento de los elementos objetivos exigidos por el citado delito: i) la aplicación definitiva diferente del dinero o bienes que administro el funcionario público; y, ii) la afectación al servicio encomendado, los cuales resultan ser elementos típicos indispensables –referidos a la trascendencia de la conducta en términos de lesividad– para configurar un delio de malversación de fondos o bienes y diferenciarlo de meras infracciones administrativas; (...)".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 787-2012-San Martín, del 23 de octubre de 2013, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 4.

- **La afectación al servicio o función pública como condición objetiva de punibilidad**

D 1671 "Finalmente, se expresa que la malversación de dinero o de los bienes estatales, ha de "afectar el servicio o la función encomendada"; se pone de relieve una circunstancia perjudicial para el correcto funcionamiento de la Administración, que para un sector hace de este injusto, un delito de resultado, como disvalor que tendría que verificarse para dar por consumado el tipo penal.

Sobre dicho elemento –sea visto como un dato resultativo o como condición objetiva de punibilidad–, debe decirse que no debe expresar necesariamente un daño de carácter económico, es decir, susceptible de ser cuantificado en dinero; sino que su contenido y naturaleza tiene

que ser medido por variables e indicadores funcionales, de que el destino ilegal de los bienes públicos, importe una significativa afectación a la actuación ordinaria de la Administración, vg. r., al haberse aplicado los fondos públicos a otorgar una bonificación extraordinaria a los trabajadores, no se pudo culminar la obra de alumbrado público o de asfaltado de pistas, impidiendo que los pobladores pueden desplazarse adecuadamente con sus vehículos. Máxime, al haberse predicado que el bien jurídico tutelado no responde a una naturaleza patrimonialista".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 466.

J 0285 "El delito materia de pronunciamiento, previsto en el artículo 389 del Código Penal, sanciona al "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". De aquí podemos extraer que la afectación al servicio o la función encomendada constituye una condición objetiva de punibilidad, sin la cual la conducta imputada no puede ser merecedora de sanción; ello es así, en virtud de un derecho penal mínimo, el cual requiere necesariamente incluir criterios de lesividad real e inminente que comprometan seriamente la funcionalidad de los servicios y la función pública".

Segunda Sala Penal Transitoria. R.N. N° 1589-2015-Junin, del 8 de junio de 2017, magistrado ponente: Chávez Mella, considerando 4.

J 0286 "La acreditación de una afectación del servicio encomendado –como expresamente establece el tipo penal– es un elemento típico indispensable –referido a la trascendencia de la conducta en términos de lesividad– para configurar un delito de malversación de fondos o bienes y diferenciarlo de meras infracciones administrativas; que prescindir de la verificación de dicho elemento originaría la persecución de ilícitos penales carentes de lesividad e incompatibles con una concepción del Derecho Penal como última ratio. Así pues, no es suficiente que el dinero sea destinado a fines distintos a los programados, sino que ese desvío debe ser definitivo, además que tiene que afectar el servicio o función encomendados, lo que no se acredita en la presente causa".

Segunda Sala Penal Transitoria. R.N. N° 1589-2015-Junín, del 8 de junio de 2017, magistrado ponente: Chávez Mella, considerando 4.

J 0287 "Sobre la configuración del delito de malversación de fondos existe jurisprudencia uniforme que sostiene que este tipo penal importa una afectación de la legalidad presupuestal, que, asimismo, debe lesionar concretamente el patrimonio estatal administrado por el agente oficial concernido –se afecta el servicio o la función encomendada–. Esa afectación tuvo un carácter definitivo, entendido como imposibilidad de regreso del caudal público a la partida o rubro del destino asignado, lo que a su vez importo una afectación al servicio público. Existe pues lesión al patrimonio público. Se importó una asignación presupuestal para desviarla a otro rubro, dejando de invertirla o aplicarla en el destino o partida preestablecida".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 2233-2015-Apurímac, del 06 de abril de 2017, magistrado ponente: Sequeiros Vargas, considerando 6.3)

3. Tipicidad subjetiva

D 1672 "La acriminación del delito de malversación de fondos está condicionada al dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el agente dispone una aplicación definitiva (ilegal) de los fondos o bienes públicos, sabiendo que ello resulta lesivo a la legalidad presupuestal.

El aspecto cognitivo del dolo ha de abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal, esto es, el carácter público de los fondos que malversa, así como del contenido de la legalidad presupuestal; de forma, que si yerra sobre alguno de dichos elementos, podrá admitirse un Error de Tipo; por ejemplo, cuando la legalidad del presupuesto no es clara en cuanto al destino de los fondos del erario público. Para que se configure un Error de Prohibición, el autor debe de conocer la antijuridicidad penal de la conducta, situación un poco difícil de admitir, en tanto los funcionarios han de conocer en estricto el marco de competencia legal de sus atribuciones funcionariales".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 469.

D 1673 "El delito es doloso. Ello supone que el funcionario o servidor debe tener conocimiento del fin o destino indebido, anómalo, que está dando a los bienes o dineros públicos que administra; debe asimismo saber que está infringiendo normas administrativas que le impiden malversar. El Código Penal peruano no castiga malversaciones administrativas, vale decir, dirigidas con criterios de resultado material carentes de dolo o causados por imprudencia".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos.* Lima: Nomos & Thesis, 2016, pp. 267 y 268.

D 1674 "Subjetivamente, la aplicación indebida de fondos públicos es un delito doloso, compatible solo con el dolo directo, pues requiere, en el nivel cognitivo, el conocimiento del destino asignado a los bienes y, en el nivel volitivo, la voluntad de disponer un cambio de destino, distinto al que tienen La infracción no requiere de ningún elemento subjetivo especial del injusto".

BUOMPADRE, Jorge. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo III. 3ª edición. Buenos Aires: Astrea, 2009, p. 256.

D 1675 "Tipo subjetivo. El dolo incluye el conocimiento sobre la imputación concreta de los bienes. No se requiere ningún ánimo especial. Con los nuevos elementos que el sujeto activo debe conocer (carácter "definitivo" del desvío y perjuicio para la Administración Pública), el "dolo" tiende a acercarse, cada vez más, al directo".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 387.

D 1676 "El delito de malversación es un delito solo de comisión dolosa. No cabe la comisión por culpa. En consecuencia, requiere o exige que el funcionario o servidor público

actúe con conocimiento que tiene el deber de lealtad y probidad de administrar y aplicar el dinero o bienes del Estado confiados a su cargo al destino previamente establecido, no obstante, voluntariamente decide darles una aplicación diferente definitiva a la establecida, ocasionando con tal proceder una afectación al servicio o función encomendada".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 503.

D 1677 "De la estructura del artículo 389 se concluye que no es necesaria la concurrencia de algún elemento subjetivo adicional al dolo, es decir, por ejemplo, no es necesario para la verificación del delito que el agente público actúe movido o guiado por el ánimo de lucro".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 503.

D 1678 "La comisión del delito de malversación de fondos solo se puede cometer mediante la modalidad dolosa. En efecto, el dolo debe comprender el conocimiento de que el sujeto es un funcionario o servidor público, debe conocer que lo que está administrando son dineros o bienes; debe conocer que a dicho dinero o bienes se de una aplicación definitiva diversas de aquello a lo que estaba destinado".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 643.

J 0288 "Sobre el delito de malversación de fondos, imputado al encausado. Malversar significa hacer un mal uso de los fondos públicos, de ejecutar incorrectamente el presupuesto público, disponer de forma deficitaria del erario público, contrariando las normas presupuestales en rigor. Que, esta figura delictiva se encuentra contenida en el artículo 389 del Código Penal, donde el desvalor reposa en el desvío de los fondos por parte del funcionario público, a un destino diverso al establecido en la ley, pero aplicándolo en el ámbito mismo de la administración; esto es, que se sanciona la conducta del funcionario que da una aplicación definitiva distinta a los fondos públicos al previamente establecido por la propia Administración Pública. Que, conforme lo ha establecido el Supremo Tribunal: "En el delito de malversación de fondos el bien jurídico protegido es 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; se trata, en suma, de afirmar el principio de legalidad presupuestal, esto es, la disciplina y racionalidad funcional del servicio" (Recurso de Nulidad N° 3630-2001/Ucayali). En consecuencia, la configuración de este tipo penal está condicionado al dolo, conciencia y voluntad de realización típica, debiendo abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal, esto es, el carácter público de los fondos que malversa, así como el contenido de la legalidad presupuestal".

Segunda Sala Penal Transitoria. R.N. N° 2162-2016-Puno, del 17 de enero de 2018, magistrado ponente: Cevallos Vegas, considerando 5.

4. Autoría y participación

D 1679 "Dice el enunciado normativo, que el sujeto activo debe ser un funcionario o servidor público, por lo que, al cerrarse el círculo de autores, a la cualidad funcional, se excluye que los particulares pueden ostentar dicha condición, configurando un delito "especial propio". Si es que interviene un particular (*extraneus*) en el *iter criminis*, este tendrá que responder como partícipe (complicidad), siguiendo el criterio de la unidad en el título de la imputación.

Vemos que no basta con que el sujeto tenga la cualidad de funcionario, sino que aquel debe mantener una relación funcionarial, con el dinero o bienes, de forma particular debe administrarlos, tal como sucede en el delito de peculado; aparece así el fundamento material del injusto sostenido sobre el prevalimiento del cargo público".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 460.

D 1680 "El particular o *extraneus*, el usurpador coyuntural del cargo (solo aquel que asume el cargo en contraposición a la ley o los reglamentos o disposición es de autoridad competente), así como el funcionario o servidor público que no tenga vinculo funcional con los bienes públicos objeto del delito, no serán autores del delito de malversación de fondos, sino autores del otro delito o, en su caso, partícipes del delito de malversación cometido por funcionario o servidor público que si tiene relación funcional con el objeto del delito. En efecto, el particular que ayuda o colabora con el sujeto público obligado en la comisión del delito de malversación de fondos públicos, responde por el mismo delito, pero a título de cómplice".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 501.

D 1681 "Desde la óptica de los delitos de infracción de deber, conforme se viene indicando en los capítulos anteriores, únicamente, se admite autoría directa, negándose la posibilidad de incorporar las figuras de autoría mediata o coautoría, por cuanto, el deber especial, contenido en la institución positiva, "Administración Pública", fundamenta la autoría e injusto penal, por el alto nivel personal del deber positivo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 541.

D 1682 "El delito de malversación de fondos, conforme se viene sosteniendo en otros apartados del presente trabajo, desde la óptica de los delitos de dominio y delitos de infracción de deber, admite la participación delictual, en todos sus extremos, es decir, admite las formas de complicidad (primaria y secundaria), esto es, será partícipe el sujeto que con anterioridad o al momento que el sujeto cualificado otorga una aplicación diferente y definitiva al dinero o bienes encomendados, afectando al servicio o función pública, coopera con el plan del agente delictual, por lo tanto, la punición del cómplice en un delito especial o delito de infracción de deber, encuentra amparo, en la medida que su accionar no cualificado aparece ligado al hecho punible, por lo tanto, la imputación jurídico penal encuentra fundamento en la infracción de un rol general de no dañar. La afirmación sustentada, es posible de ser aplicada en un caos

concreto, por cuanto la parte final del art. 25 del CP, señala que el cómplice siempre responde en referencia del hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él, es decir, el legislador se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación.

Respecto a la instigación, su intervención es admisible en el delito de malversación de fondos, en la medida que el instigador haya generado influjo psicológico a favor del autor, esto es, funcionario o servidor público, para que otorgue una aplicación definitiva, diferente de aquella a los que el dinero y los bienes públicos les fue otorgada inicialmente".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 542.

5. Tentativa y consumación

D 1683 "Conforme a la redacción normativa –del injusto penal *in examine*–, la perfección delictiva se alcanza cuando el funcionario o servidor público (*intraneus*), da una aplicación definitiva a los fondos o bienes públicos, distinta a la prevista en la normativa, es decir, cuando adopta los medios idóneos para ello, sin necesidad de que se efectivice el cambio de destino o mejor dicho, que se concretice el empleo de bienes. Para ello, se requiere de la emisión y/o expedición de una resolución, de un acto administrativo tendiente a propiciar el destino ilegal de los bienes, tomando en cuenta que el agente es el administrador de aquellos y no su mero detentador".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 468.

D 1684 "Al tratarse de un delito de resultado, el delito se consuma al producirse la aplicación definitiva de los bienes o del dinero a destinos oficiales no previstos originariamente y no autorizados. El elemento "definitividad" sugiere la idea de que estamos frente a un delito cuya consumación admite fase de terminación, la misma que opera negativamente al descartarse el retorno o reintegro el bien o dinero público".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 268.

D 1685 "El delito se consuma con la aplicación indebida de los caudales o efectos, es decir, con el cambio de destino al originalmente asignado por la ley, el reglamento o la orden de autoridad competente.

La nueva aplicación de los bienes no significa la concreción de un gasto (o inversión) o un simple cambio de imputación, sino que, a los fines consumativos, es suficiente con el uso o utilización distintos al que legalmente se les asignó. En general, se admite la tentativa".

BUOMPADRE, Jorge. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo III. 3ª edición. Buenos Aires: Astrea, 2009, p. 256.

D 1686 "El delito de malversación de fondos públicos es un delito de comisión instantánea y de resultado. Se perfecciona en el mismo momento que el funcionario con conocimiento y voluntad da al dinero o bienes públicos que administra una aplicación definitiva diferente a

la previamente establecida, originando con ello en forma automática un perjuicio al servicio o función encomendada".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 505.

D 1687 "Al constituir un hecho punible de resultado es perfectamente posible que la conducta del agente se quede en el grado de tentativa. Toda conducta anterior a la real disposición definitiva del dinero o bienes públicos a destino diferente al previsto, constituirá tentativa siempre y cuando se haya traspasado el límite de los meros actos preparatorios".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 506.

D 1688 "El delito de malversación de fondos, además de ser un delito especial propio, resulta ser un delito de infracción de deber, por cuanto, conforme se viene sosteniendo líneas arriba, el supuesto de hecho contiene una institución "Administración Pública", de la cual provienen deberes positivos, esto es, deber de probidad y lealtad, en ese sentido, respecto al delito materia de análisis, el tipo penal, se perfecciona, en la medida que el agente delictual afecte el servicio función pública encomendada, todo ello, producto de la infracción del os deberes especiales.

El delito agotado aparece evidenciado en la medida que el agente delictual, después de haber afectado el servicio o la función pública, genera inestabilidad en la gestión pública, en razón de haberse afectado presupuesto o partidas de naturaleza pública, las mismas que necesitan el presupuesto respectivo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 540 y 541.

6. Agravante

D 1689 "El artículo 389 dispone en forma categórica que el delito de malversación de fondos ser agravado y, por lo tanto, el autor será merecedor de mayor sanción cuando el dinero o bienes públicos, objeto de la malversación, correspondan a programas de apoyo social, e desarrollo o a fines asistenciales. Aquí el mayor injusto penal está en el mayor daño que la conducta puede causar a los beneficiarios.

Fines asistenciales o de desarrollo son aquellas campañas de ayuda o auxilio destinadas a cubrir urgencias coyunturales de la población necesitada (en salud, educación, alimento, abrigo, etc.), ya sea mediante la asignación de recursos que hace el Estado con las donaciones de organismos nacionales o internacionales. La expresión de programas de apoyo social hace alusión a programas de carácter más permanente y con asignación presupuestaria para paliar las carencias socioeconómicas en la población mayormente de menos recursos.

Se verifica la agravante cuando, por ejemplo, el funcionario encargado de administrar el dinero asignado para la compra de alimentos para los damnificados del terremoto producido en Pisco, arbitrariamente dispone en forma definitiva de ese dinero para pagar a los obreros contratados para remover los escombros.

A efectos de la agravante, los programas con fines asistenciales o de desarrollo o programas de apoyo social tienen que ser específicos y bien determinados por la administración central, regional o municipal".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 506.

D 1690 "Con finalidad pedagógica, debemos señalar que en suma el delito de malversación de fondos públicos agravado requiere: a) que el agente haya actuado en su calidad de funcionario o servidor público; b) que la administración del dinero o bienes públicos se le haya confiado en razón de su cargo; c) que el dinero o bienes objeto de la acción hubiesen estado destinados a programas de apoyo social o a fines asistenciales o de desarrollo social; d) que se produzca aplicación definitiva a un destino diferente al establecido; y, por último, e) se haya producido una afectación al servicio o función pública encomendada".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 507.

D 1691 "Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva y diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 470.

D 1692 "Los bienes que se destinan en estos programas de apoyo social, toman lugar generalmente en beneficio de los estratos sociales más empobrecidos, en el decurso de la ejecución de programas de desarrollo social o ante estados de calamidad pública; siguiendo los objetivos comprendidos en los fines axiológicos del Estado, conforme a los o las necesidades de salud, de educación, de alimentación, procurando proveer a dichos sectores de los elementos esenciales para su subsistencia. A tal efecto, el Presupuesto Público contiene una asignación económica especial para atender dichas demandas sociales, confiriendo a los estamentos públicos su ejecución, es decir de hacer llegar dicho dinero o bien a sus legítimos destinatarios.

En tal mérito, cuando dichos bienes o fondos públicos, no llega a sus accesitarios, –quienes deben verse favorecidos con dichas prestaciones públicas–, se manifiesta una grave alarma social, una defraudación de los comunitarios, a su vez una perturbación latente a la función encomendada. Dicha situación de disvalor es recogida por el legislador, elaborando normativamente una Circunstancia de Agravación, según los términos propuestos en el segundo párrafo del artículo 389 del CP".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 470.

D 1693 "La agravante del segundo párrafo depende del destino específico de los bienes desviados, pues con ellos se frustrarían finalidades de carácter social. No obstante, no se

explica la mayor gravedad de la pena (el doble de máximo de la pena del tipo básico), cuando el desvío consiste precisamente en favorecer otra finalidad social".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 388.

D 1694 "Pueden presentarse casos de estado de necesidad justificantes, pero deberá probarse la situación de necesidad la mayor jerarquía de los bienes tutelados y la necesidad del medio utilizado. Así, puede ocurrir que el funcionario se vea obligado a desviar los bienes públicos ante la inminencia de males mayores para bienes de alto rango; p. ej., en un hospital, para adquirir medicamentos necesitados urgentemente. No bastara para ello con aducir que el desvío de las obras a favorecido a la comunidad".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 288 y 389.

D 1695 "Con relación al segundo supuesto, esto es, que el dinero o bienes públicos correspondiente a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales, se refieren a los diversos diseños o proyectos que fueron plasmados y probados producto de la gestión de Estado, los mismos que tienen un escenario permanente, por contar con un presupuesto institucional, en ese sentido, el sujeto cualificado otorga una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 536.

D 1696 "La circunstancia agravante radica no en el mayor disvalor de la acción del sujeto activo, sino en el mayor disvalor del resultado, porque se trata de una aplicación definitiva al dinero o los bienes, pero no cualquier dinero o bienes, sino aquellos que pertenezcan a programas de desarrollo o asistencia; igualmente se exige como resultado típico la acreditación de la afectación del servicio o la función encomendada".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal.* 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 648.

IV

RETARDO INJUSTIFICADO EN EL PAGO

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 390 **Retardo injustificado en el pago**

El funcionario o servidor público que, teniendo fondos expeditos, demora injustificadamente un pago ordinario o decretado por la autoridad competente, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico

D 1697 "Por nuestra parte, el bien jurídico de manera general, resulta ser el correcto y buen funcionamiento de la Administración Pública, por otro lado, el bien jurídico específico o particular, resulta ser los intereses de los administrados, quienes aparecen afectados con la demora justificada del acto funcional, situación que genera en el sujeto cualificado la infracción del deber de lealtad y probidad que le asiste a los funcionarios o servidores públicos".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 547.

D 1698 "El objeto del bien jurídico tutelado es aquí similar al del "abuso de autoridad", es decir, la legalidad en el actuar funcionarial. También se destaca levemente el aspecto patrimonial en cuanto al destino específico (público o privado) que se debe a fondos públicos".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 391.

2.2. Sujeto activo

D 1699 "Trata del funcionario o servidor público con la función específica de efectuar pagos u ordenar estos pagos. Pero también se admite que el funcionario pueda tener el "encargo eventual" encomendado por la autoridad competente. Si los obligados al pago son varios funcionarios y ambos actuarán dolosamente, habrá coautoría. Otros funcionarios o extraños pueden ser cómplices del delito".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 391.

D 1700 "Se trata también de un delito especialísimo. No es suficiente que el sujeto activo o autor del delito en análisis sea un funcionario o servidor público. A la vez que tiene tal condición o cualidad, por la misma redacción y construcción del tipo penal, es necesaria la concurrencia de un elemento adicional como es la relación funcional de este con los fondos públicos. Es decir, el agente debe tener la facultad y en otros casos el deber de hacer pagos dentro de la Administración Pública. Para ello, sin duda, la referida Administración le asigna determinados fondos, los que deben estar disponibles".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 512 y 513.

2.3. Sujeto pasivo

D 1701 "Siempre el Estado al ser el único titular del bien jurídico protegido. Sin embargo, teniendo en cuenta que con el hecho necesariamente se genera u ocasionan un perjuicio directo a los beneficiarios de los pagos ordinarios o decretados por autoridad competente, estos se constituyen en víctimas del delito".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 513.

D 1702 "Por nuestra parte, conforme se viene indicando en diversos apartados respecto a los delitos funcionariales, consideramos que el Estado, resulta ser el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "Administración Pública", (...)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 545.

D 1703 "Sujeto pasivo lo es únicamente el Estado peruano, como titular de la actuación que se imparte en todo el seno de la Administración Pública, y agraviado directo, quien no recibe el pago que por ley tiene el derecho a recibir".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 663.

2.4. Conducta típica

- Relación funcional

D 1704 "El tipo penal, sin lugar a dudas, exige una relación funcionarial respecto al sujeto activo frente a la correcta Administración Pública, en ese sentido, resulta ser prudente y de manera complementaria, citar el pronunciamiento de la Corte Suprema respecto a la relación funcionarial, precisándose que, si bien dicho desarrollo correspondió al delito de peculado doloso, empero, la relación funcionarial aparece subsistente en los mismos términos para el delito de retardo injustificado de pago, así tenemos el A.P. N° 4-2005/CJ-116, en el cual se indicó lo siguiente: "Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 545.

D 1705 "Siendo así, el sujeto cualificado, esto es, funcionario o servidor público, resulta ser el único sujeto que en virtud del cargo que ejerce y por la competencia otorgada por la ley o por los instrumentos de gestión interna, reglamentos, directivas, instructivos, etc., tiene la capacidad de disponibilidad sobre los fondos públicos, en ese sentido, el reproche penal aparece en la medida que el agente delictual, al tener la disponibilidad de los fondos y encontrarse expedito para los pagos ordinarios, es decir, pagos programados rutinariamente por el cumplimiento de la actividad funcional, o en su defecto, aquellos pagos ordenados por la autoridad competente, por ejemplo, pagos ordenados por mandato judicial, retrasa el cumplimiento de los mismos sin mediar justificación alguna".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 545 y 546.

- Fondos expeditos

D 1706 "Respecto a los fondos, se refiere a los caudales públicos, específicamente dinero de las arcas estatales, en ese sentido, el tipo penal materia de análisis, exige que el funcionario o servidor público, cuente con fondos públicos disponibles para los pagos respectivos, es decir, el sujeto cualificado, tiene la capacidad de disponibilidad para afrontar la obligación del pago ordinario o el requerimiento de autoridad competente, dicha situación coloca al sujeto cualificado en pleno conocimiento con la suficiencia de los fondos para afrontar los requerimientos, empero, a pesar de ello, retarda los pagos, generando dificultades en el correcto funcionamiento de la Administración Pública, encontrándose justificado el reproche jurídico penal".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 546.

D 1707 "Fondos expeditos. Los "fondos" son ciertamente sinónimo de "dinero", pero también pueden incluir a cualquier otra forma de pago. P. ej., los "cheques". El "estar expeditos" quiere decir que estén disponibles para efectuar el pago inmediato al beneficiario; no lo es cuando, aunque se encuentre en caja, tienen un destinado prefijado diferente".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 393.

D 1708 "Con respecto a la omisión de pagar en el tiempo oportuno, esta solo es punible en la medida en que existan fondos expeditos para efectuar el pago u ordenar que otro lo lleve a cabo, que son fondos suficientes, disponibles y destinados a los pagos que el autor demora.

La inexistencia de fondos expeditos, o la existencia insuficiente de ellos, excluye el tipo delictivo. No basta el hecho de que los fondos figuren en una imputación presupuestaria sino están de manera efectiva a disposición del funcionario. (...)".

BUOMPADRE, Jorge. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo III. 3ª edición. Buenos Aires: Astrea, 2009, pp. 285 y 286.

D 1709 "Fondos expeditos son fondos suficientemente disponibles y destinados al os pagos que el autor demora; son aquellos que están legalmente destinados para la procura de dichos pagos, de modo que, si el autor cubre el pago exigido con una partida distinta, estará incurso en el delito de malversación de fondos y, no en la figura contenida en el artículo 390 del CP".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 477.

D 1710 "El primer elemento objetivo para la configuración del delito lo constituye la verificación de la existencia de fondos disponibles o expeditos. Esto significa que el agente, ya sea funcionario o servidor público, debe conocer y saber que tienen a su disposición caudales públicos (bienes o dinero) para cumplir con su obligación inmediata de hacer los pagos ordinarios o pagos decretados por autoridad competente".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 510.

D 1711 "Estar los fondos expeditos implica que dichos caudales se hallen en situación de disponibilidad inmediata para el pago en situación de suficiencia y, como dice Creus, en tiempo debido".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal.* 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 665.

- Demora injustificada

D 1712 "La demora injustificada del pago es lo que le da perfil propio a esta modalidad de peculado, y por ello se entiende la omisión caprichosa en la que incurre el autor del delito, al no asistirle razón técnica ni humana para explicar su conducta de retardo. No se trata de que el agente no efectúe el pago, sino que lo difiera, lo posponga o alargue sin causa que justifique tal actitud (por ejemplo, la no suficiente provisión de fondos, la orden de pago imprecisa decretada por la autoridad competente, etc.)".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos.* Lima: Nomos & Thesis, 2016, pp. 276 y 277.

D 1713 "El delito de retardo injustificado de pago es un tipo penal vinculado a un escenario omisivo, por cuanto, naturalísticamente, se requiere que el agente delictual demore injustificadamente el pago, situación propia de un dejar de hacer, en ese sentido, con relación a la modalidad de omisión propia, no resulta posible su admisión, por cuanto, la figura delictual de omisión propia, no resulta posible su admisión, por cuanto, la figura delictual de omisión propia, requiere encontrarse expresamente señalada en el tipo penal, situación que no opera en el delito materia de análisis.

Respecto a la figura de comisión por omisión u omisión impropia, desde la óptica de los delitos de dominio, no existe problema alguno para admitir su aplicación, por cuanto, dicha

modalidad resulta ser inferida y demanda una postura de garante en el agente delictual, situación que es perfectamente posible en el caso concreto, toda vez que, sobre el autor, versa una postura de garante frente al sistema de Administración Pública, por cuanto, sobre él, versa el deber de cancelar los pagos ordinarios y aquellos dispuestos por autoridad competente".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 546 y 547.

D 1714 "El hecho punible se configura o perfecciona cuando el agente, siempre funcionario o servidor público, conociendo o sabiendo que tiene o existen fondos disponibles o expeditos, demora de manera injustificada un pago ordinario o decretado por autoridad competente".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 510.

- Pago ordinario o decretado por la autoridad

D 1715 "La primera figura penal en mención castiga al funcionario o servidor público que, teniendo fonos expeditos, demora injustificadamente un pago ordinario o decretado por la autoridad competente, apreciándose así los tres elementos del comportamiento típico de demora: (i) la existencia de fondos listos para el pago (presupuesto típico, y punto de partida de la imputación penal), (ii) retardo injustificado imputable al sujeto público (específica omisión ilegal del agente) y (iii) que el pago sea ordinario, esto es, la regular y acostumbrada o periódicamente establecida remuneración, sueldo o pago en general; o que en su defecto haya sido ordenado por la autoridad competente, cuando la obligatoriedad del pago haya sido objeto de decisión administrativa o judicial (naturaleza vinculante del pago)".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 276.

D 1716 "La doctrina distingue entre pago ordinario y pago decretado por autoridades competentes. Por pago ordinario se entiende aquellos que la administración efectúa periódicamente, de acuerdo con un presupuesto que no tiene que ser motivo de una decisión especial. Los pagos decretados son los que surgen de una resolución especial de la autoridad, como son los pagos de facturas, o la orden de pago dispuesta en juicio, etcétera".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 350.

D 1717 "Pagos ordinarios o decretados. "Pagos ordinarios" son aquellos que la administración efectúa de manera periódica y habitual según sus presupuestos o previa fijación de tales gatos, sin necesidad de una decisión previa caso por caso. Los "pagos decretados" por autoridad competente, son aquellos ordenados por estas siguiendo las formalidades de ley (mediante resolución) y tiene su origen en una relación jurídica específica: pagos a proveedores, pagos de indemnizaciones, pago de honorarios, etc.".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 392.

D 1718 "La demora debe estar relacionada con la omisión de un pago que la propia disposición legal denomina "pago ordinario" o "pago decretado". Los pagos ordinarios son los que el Estado efectúa habitual y periódicamente, y que no son motivo de una decisión especial en cada caso (p. ej., los sueldos). Los pagos decretados, por el contrario, son los que se disponen por una resolución específica de la autoridad administrativa (p. ej., el pago a un proveedor del Estado, el destinado a satisfacer una orden judicial)".

BUOMPADRE, Jorge. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo III. 3ª edición. Buenos Aires: Astrea, 2009 p. 285.

D 1719 "Tercer punto a saber, es que la demora debe referirse a un "pago ordinario o decretado por la autoridad competente"; pago ordinario es aquel que la Administración está habitualmente a efectuar en el marco de la realización normal de sus actividades, v.gr., pago de los haberes mensuales de los trabajadores, de los impuestos, así como de otra obligación pecuniaria, que de forma periódica debe honrar con terceros.

El "pago decretado por la autoridad competente"; importa la expedición de una resolución (administrativa o jurisdiccional), que obligue al funcionario a realizar el pago correspondiente. Intimación que debe proceder de una autoridad –legalmente competente–, para exigir cualquier tipo de pago. Es en tal virtud, que este supuesto de echo se asemeja claramente al tipo penal de Desobediencia y Resistencia a la Autoridad –art. 368 del CP– (...) (p. ej., pago a proveedores, pago con certificados de obras, etcétera)".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 476.

D 1720 "Asimismo, el retardo injustificado tiene que ser sobre el pago ordinario o pagos decretados por la autoridad competente. No se configura el presente delito si el agente demora injustificadamente en el cumplimiento de cualquier otra obligación".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 511.

D 1721 "Pagos ordinarios son aquellos que el Estado efectúa habitual y periódicamente de acuerdo con su presupuesto u otra fijación previa, como, por ejemplo, sueldo o salarios a sus funcionarios o servidores. En cuanto a pagos decretados por autoridad competente, estos no son otros que los dispuestos por resolución especial de la autoridad en especificas relaciones jurídicas como pueden ser pagos a proveedores, pagos con certificados de obras, orden de pago dispuesto en un proceso judicial, etc.".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 512.

D 1722 "El pago ordinario es aquel que la administración esta habitualmente dispuesto a efectuar en el marco de la realización normal de sus actividades. Pago ordinario puede ser, por ejemplo, el de un municipio que puede demorar el pago e incurrir en un hecho ilícito; el tesorero, teniendo los fondos expeditos retarda de forma injustificada. (...)".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal.* 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 666.

D 1723 "Los pagos decretados son los dispuestos por resolución especial de la autoridad en específicas relaciones jurídicas (pagos a proveedores, pagos con certificación de obras, ordenes de pagos dispuestos en juicio, etc.).

El pago decretado por la autoridad competente importa la expedición de una resolución administrativa o jurisdiccional, que obligue al funcionario a realizar el pago correspondiente, intimación que debe proceder de una autoridad legalmente competente, para exigir cualquier tipo de pago. (...)".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal.* 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 666.

3. Tipicidad subjetiva

D 1724 "El delito de retardo injustificado de pago, resulta ser un delito de comisión dolosa, específicamente se necesita dolo directo en el sujeto cualificado, es decir, el funcionario servidor público, actúa con conocimiento y voluntad. No es posible la modalidad culposa, por cuanto, dicha modalidad tiene que ser expresa, conforme exige el art. 12 del CP, situación que no opera en el delito materia de análisis".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 548.

D 1725 "Se suele decir que sería suficiente el "dolo eventual". Pero, si bien el tipo no exige una "dirección subjetiva particular" en el agente, el hecho de que el sujeto activo deba conocer el deber de efectuar el pago, el momento cuando debe haberlo y la voluntad de demorarlo arbitrariamente, tiene como consecuencia que solamente pueda realizarse esto con dolo directo".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 393.

D 1726 "Se trata de un delito doloso, que requiere el conocimiento de que se tienen fondos expeditos y la obligación de pagar, y la voluntad de demorar el pago. La figura no exige un elemento subjetivo especial distinto del dolo. En general, se descarta el dolo eventual".

BUOMPADRE, Jorge. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo III. 3ª edición. Buenos Aires: Astrea, 2009, p. 286.

D 1727 "La acriminación de este injusto penal, está subordinado a la presencia del dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el agente omite concretizar el pago exigido por la ley o por autoridad competente, pese a saber de estar obligado a ello.

El aspecto cognitivo del dolo ha de abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal, en cuanto a la exigencia del pago ordinario o decretado por autoridad competente; un equívoco sobre cualquiera d dichos aspectos, ha de ser calificado como error de tipo.

Aparte del dolo, no necesita el injusto de la presencia de un elemento subjetivo de naturaleza trascendente, los motivos que hayan determinado al autor a no cumplir con la obligación pecuniaria, son a estos efectos intrascendente".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 478.

D 1728 "De la construcción del tipo penal se evidencia que se trata de un delito de comisión dolosa, no cabe la comisión por culpa o negligencia de parte del agente. El agente siempre funcionario o servidor público conociendo que tiene la obligación de hacer los pagos requeridos y conociendo también que cuenta para ello con fondos disponibles, voluntariamente y en forma inexplicable retarda hacerlos.

La existencia del dolo es lo que permite diferencias este supuesto delictivo con una falta o irregularidad administrativa. El tipo penal requiere solo dolo directo".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 513 y 514.

D 1729 "Se trata de un delito doloso, en el cual el sujeto deberá conocer que tiene los fondos para pagar, que puede hacerlo, y se niega a ello. No resulta admisible la forma imprudente, la que resulta ajena en principio a la estructura de los delitos de omisión propia.

La voluntad debe comprender al objeto de conocimiento, no requiriendo la presencia de un ánimo especial, o elementos subjetivos distintos al dolo".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 351.

D 1730 "El aspecto cognitivo del dolo ha de abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal, en cuanto a la exigencia del pago ordinario o decretado por la autoridad competente; un equívoco sobre cualquiera de dichos aspectos ha de ser calificado como error de tipo.

Aparte del dolo, no necesita el injusto de la presencia de un elemento subjetivo de naturaleza trascendente, los motivos que hayan determinado al autor a no cumplir con la obligación pecuniaria, son a estos efectos intrascendentes".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal.* 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 667.

4. Autoría y participación

D 1731 "Por nuestra parte, consideramos que, respecto al sujeto activo, el delito de retardo injustificado de pago, es decir, resulta ser un delito de dominio, específicamente, delito especial propio, por cuanto el tipo penal exige un agente delictual cualificado, esto es, funcionario o servidor público, en ese sentido, dicha condición especial, restringe el radio de autores y también fundamente la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente. Por otro lado, el supuesto de hecho, registra una relación directa entre el funcionario o servidor público

y la institución "Administración Pública", por lo tanto, por mandato legislativo, se consignó deberes especiales impuestos al sujeto cualificado, es decir, se advierte una institución especial, conocida como "Administración Pública", la cual contiene una norma de mandato de la cual derivan deberes positivos o deberes de mandato legal que obligan al sujeto cualificado a actuar de una manera específica en favor de protección del bien jurídico, subsecuentemente, se trata de un delito de infracción de deber".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 544.

D 1732 "Desde la óptica de los delitos de infracción de deber, conforme se viene indicando reiteradamente en capítulos anteriores, únicamente, se admite autoría directa, negándose la posibilidad de incorporar las figuras de autoría mediata o coautoría, por cuanto, el deber especial, contenido en la institución positiva, "Administración Pública"; fundamenta la autoría del injusto penal, por el alto nivel personal del deber positivo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 550.

5. Tentativa y consumación

D 1733 "El delito de retardo injustificado de pago, respecto a los sujetos, resulta ser un delito especial propio y de infracción de deber, por otro lado, respecto a la conducta, resulta ser un delito de mera actividad, por cuanto, al identificase la demora injustificada, se estaría perfeccionando el tipo penal, por la misma naturaleza de comisión instantánea".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 546.

D 1734 "Se trata de un delito de comisión por omisión y de mera actividad. El delito de demora injustificada de pagos ordinarios o pagos ordenados por autoridad competente se perfecciona al momento de verificar el retardo en la ejecución de los pagos requeridos pese a existir fondos públicos disponibles para tal efecto. Por la forma de construcción del tipo penal, se trata de un delito de comisión por omisión simple. El agente arbitrariamente omite cumplir con su obligación en el tiempo establecido".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 514.

D 1735 "Como el delito en hermenéutica jurídica se perfecciona por su omisión es común sostener que es imposible la tentativa en sus diversas modalidades".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 515.

J 0289 "(...) ii) en lo concerniente al delito de retardo injustificado del pago, aun cuando no existe un criterio unánime respecto a la naturaleza de este tipo delictivo, este Supremo

Tribunal considera que se trata de un delito de comisión instantánea, en función a la acción típica del delito constituido por el verbo rector "demorar", el cual implica una injustificada conducta dilatoria en la ejecución de la obligación de contenido patrimonial inherente al Estado, eso es, el pago (ordinario u ordenado) de la que se encuentra encargado el agente público; dilación que se materializa cuando no se ejecuta en la oportunidad debida (en este caso, al tratarse del pago ordinario de las remuneraciones mensuales, debió realizarse dentro del mes correspondiente); en este mismo sentido se pronuncia el tratadista Manuel Abanto Vásquez, quien señala de manera expresa: "(...) no se trata de un delito permanente como erróneamente se cree; el pago posterior (voluntario u obligado) no elimina el tipo de retardo pues este se consuma ya con la falta de pago en el momento debido".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 3733-2010-Apurímac, del 09 de diciembre de 2011, magistrado ponente: Villa Bonilla, considerando 6.

V

REHUSAMIENTO DEL FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO A ENTREGAR BIENES EN CUSTODIA

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 391 **Rehusamiento del funcionario o servidor público a entregar bienes en custodia**

El funcionario o servidor público que, requerido con las formalidades de ley por la autoridad competente, rehúsa entregar dinero, cosas o efectos depositados o puestos bajo su custodia o administración, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico

D 1736 "Como todos los delitos de esta sección, el bien jurídico general es, sin duda, el normal desarrollo de las actividades de la Administración Pública. En tanto que el bien jurídico específico lo constituye el principio de autoridad que sustenta toda la Administración Pública. El agente al desobedecer el requerimiento efectuado por autoridad competente lesiona o ponen en peligro evidente el principio de autoridad".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 522.

D 1737 "Bien jurídico protegido por el injusto penal, sería el apego estricto a la legalidad y el principio de autoridad, que pueden verse quebrantados cuando el funcionario o servidor público se rehúsa entregar los bienes, efectos, dinero y otros, en merito a su condición de custodio, depositario o administrador".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 480.

D 1738 "El bien jurídico genérico sigue siendo la regularidad y la buena imagen de la Administración Pública; en ese sentido, el bien jurídico protegido por el injusto penal, sería el apego estricto a la legalidad y el principio de autoridad, que pueden verse quebrantados cuando el funcionario y/o servidor público se rehúsa a entregar los bienes, efectos, dinero y otros, en mérito a su condición de custodio o administrador".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 675.

2.2. Sujeto activo

D 1739 "Del contenido del artículo 391 del Código Penal, se concluye que estamos ante un delito especialísimo en el cual aparte de que el agente debe reunir la condición de funcionario o servidor público, se exige, además, que aquel cuente con una relación funcional ineludible con el dinero, cosas o efectos".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 522 y 523.

D 1740 "Solo puede ser autor el funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidos por el tipo penal, es decir, quien por el cargo que desempeña como depositario, custodia o administrador del bien objeto del delito tiene bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional) el dinero, cosas o efectos que tiene la obligación de entregar o devolver".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 523.

D 1741 "Solo puede ser tal un funcionario público que tenga a su cargo la custodia o administración de la cantidad o efecto cuya entrega le es requerida por la autoridad competente".

BUOMPADRE, Jorge. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo III. 3ª edición. Buenos Aires: Astrea, 2009, p. 288.

D 1742 "El funcionario público que ha sido previamente puesto en tenencia o disposición material de los bienes en cualquiera de las calidades que la ley señala: como depósito, en custodia o en administración".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 395.

D 1743 "En lo que nos corresponde, consideramos que, respecto al sujeto activo, el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, es decir, resulta ser un delito de dominio, específicamente, delito especial propio, por cuanto, el tipo penal exige un agente delictual cualificado, esto es, funcionario o servidor público, en ese sentido, dicha condición especial, restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 552.

D 1744 "Sujeto activo es el funcionario o servidor público en situación de relación funcional con los bienes y efectos (en depósito, custodia o administración).

No se trata de un funcionario equiparado sino de uno incorporado a la Administración Pública, quien tiene un marco de atribuciones regladas. No obstante, esta precisión, rige lo establecido

en la norma general del artículo 425 que contempla a los administradores y depositarios judiciales de caudales embargados".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, pp. 676 y 677.

2.3. Sujeto pasivo

D 1745 "Solo el Estado al constituirse en el único titular el bien jurídico protegido con el delito".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 523.

D 1746 "Es el Estado, como ente regente de todas las actuaciones que acontecen en la Administración Pública".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 481.

D 1747 "Por nuestra parte, conforme se viene indicando en diversos apartados respecto a los delitos funcionariales, consideramos que el Estado, resulta ser el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "Administración Pública", (...)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 552.

2.4. Conducta típica

- Rehusar a entregar

D 1748 "En el caso del delito de rehusamiento, el tipo penal regula la conducta del funcionario o servidor público que, pese a ser requerido con las formalidades de ley por la autoridad competente, se niega a entregar dinero, cosas o efectos depositados o puestos en su custodia o administración. El rehusamiento, a diferencia el retardo, es un comportamiento donde el agente coloca un plus mayor de desobediencia a los mandatos jurídicos recaídos en los deberes del cargo que el obligan a cumplir".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 277.

D 1749 "La acción consiste en rehusarse a entregar una cantidad o efecto puesto bajo la custodia o administración del autor, previo requerimiento de autoridad competente. Rehúsa el que se niega explícita o implícitamente a la entrega, una vez que esta le ha sido ordenada. El hecho no consiste en pura y simplemente en no entregar los objetos en cuestión; hay un no querer, un desobedecer el requerimiento efectuado por la autoridad competente para ello".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 353.

D 1750 "El delito se configura cuando el agente siempre funcionario o servidor público, rehúsa, niega o se opone a entregar dinero cosas o efectos depositados o puesto bajo su custodia o administración a la autoridad competente pese a los requerimientos efectuados con las formalidades de ley.

Del concepto, observamos que es necesaria la concurrencia de varios elementos objetivos para configurar objetivamente el delito en hermenéutica jurídica, tal como lo establece el artículo 391 del Código Penal. Si no de esos elementos falta en una conducta determinada, el delito no aparece".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 518.

D 1751 "El tipo penal materia de análisis, fenoménicamente, demanda un escenario omisivo o renuente por parte del funcionario o servidor público, ante el pedido de una autoridad competente, por lo tanto, nos encontramos ante un hecho de omisión impropia o comisión por omisión, por canto, sobre el sujeto cualificado vera una postura de garante, por la misma regulación expresa de la normatividad, existiendo un actuar precedente en la medida que el sujeto cualificado tenga conocimiento del requerimiento expreso desplegado por la autoridad competente".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 554.

D 1752 "El delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, además de ser un delito especial propio, resulta ser un delito de infracción de deber, por cuanto, conformes se viene sosteniendo líneas arriba, el supuesto de hecho contiene una institución, "Administración Pública", de la cual proviene deberes positivos, esto es, deber de probidad y lealtad, en ese sentido, el tipo penal alcanza perfeccionamiento consumativo, en la medida que el sujeto cualificado, rehúse injustificadamente la entrega del dinero, cosas o efectos depositados o puestos bajo su custodia o administración, requerimiento realizado por la autoridad competente, situación que generaría la infracción de los deberes especiales antes mencionados".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 557.

D 1753 "Rehusar es negarse, o pudiendo hacerlo no querer efectuar la entrega de bienes a las que se halla obligado por ley o en cumplimiento de sus obligaciones del cargo que desempeña en la Administración Pública. El tipo penal no prevé aquí expresamente que el sujeto activo pueda alegar una causa de justificación para legitimar su comportamiento. Se trata de una orden de autoridad competente que el funcionario o servidor público tiene que cumplir con la puesta a disposición de los bienes, dinero o efectos".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 518.

D 1754 "El acto de rehusar puede consistir en una negativa expresa o en la realización de actos que signifiquen negativa (negarse a recibir el requerimiento escrito, romper el requerimiento, mandar su archivamiento sin más, etc.).

Rehúsa el que niega explícita o implícitamente (colocando al bien fuera del alcance de aquel que debe recibirlo) la entrega, o simplemente negándose a entregarlo, cuando el depositario ostenta su custodia en un lugar privado".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 485.

D 1755 "Acción típica. La de este delito consiste en rehusarse a entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo custodia o administración del autor, vale decir, en negarse o no querer entregar la cosa cuando ha sido requerida por la autoridad competente".

BUOMPADRE, Jorge. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo III. 3ª edición. Buenos Aires: Astrea, 2009, p. 287.

D 1756 "Rehusar la entrega. Consiste en negar la entrega, explícita o implícitamente ante un requerimiento previo. La negativa implícita consistirá en colocar o dejar el bien fuera del alcance del beneficiario".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 395.

D 1757 "El supuesto aludido aparece determinado por el verbo "rehusar", el mismo que según la RAE, proviene del latín *refusare*, de *refusus*, significando "no querer o no aceptar algo", es decir, para el caso que nos ocupa, el sujeto cualificado, teniendo conocimiento del requerimiento formal de la autoridad competente, para que entregue el dinero, cosas y los efectos depositados o puestos bajo su custodia, muestra un accionar negativo desafiante ante el pedido formal de la autoridad competente, subsecuentemente, en este extremo, en la medida que el sujeto cualificado, ingrese en dicho vero, estaría consumando el tipo penal".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 554.

J 0290 "Que en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, tipificado por el artículo 391 del Código Penal, el verbo rector es el de rehusar, acción que consiste en negarse a entregar explícita o implícitamente dinero, cosas o efectos que fueron puestos bajo la administración o custodia del agente, siempre que medie requerimiento de entrega emitido por autoridad competente (Ver: Creus, Carlos: *Derecho Penal. Parte Especial,* tomo dos, cuarta edición, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 307; Abanto Vásquez, Manuel A.: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano,* segunda edición, Palestra, Lima, 2003, p. 395; Rojas Vargas, Fidel: *Delitos contra la Administración Pública,* tercera edición, Grijley, Lima, 2003, p. 405). Por tanto, en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, no hay en el agente un ánimo *rem sibi habendi,* sino una voluntad específica de desobedecer a la autoridad, por lo que no se configura con tal conducta un delito de peculado".

Segunda Sala Penal Transitoria. R.N. N° 2212-2004-Lambayeque, del 13 de enero de 2005, considerando 6.

- Dinero, cosas o efectos

D 1758 "El objeto del delito viene indicado expresamente en el tipo penal. Allí se señala que el objeto del delito lo constituye el dinero, cosas o efectos. El dinero es el medio físico de cambio con valor económico de un país representado en billetes y monedas.

Efectos, por su parte, es todo tipo de documentos de crédito negociables (por lo tanto, pueden ser introducidos en el tráfico comercial) emitidos por la Administración Pública: valores en papel, títulos, sellos, estampillas, bonos, etc.

En tanto que cosas indica lo bienes muebles o inmuebles con valor patrimonial pertenecientes a la Administración Pública. Para efectos penales, no es de recibo el concepto amplio de cosas que se refiere a todo aquel ente que ocupa un espacio físico con valor patrimonial o sin él".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 519.

D 1759 "El término dinero se refiere obviamente al medio físico de cambio con valor económico expresado en billetes y monedas. Los efectos son documentos, distintos del dinero, con valor económico incorporado: títulos valores, estampillas, etc.

Con el término cosas, el legislador se refiere a bienes en general, con o sin valor patrimonial, muebles o inmuebles. Se aparte así de la fuente argentina que hala de "cantidad o efecto" y que ha generado una polémica en los juristas sobre si la "cantidad" se refiere solamente al dinero o también a otros bienes y si se precisa que los bienes sean determinables por cantidad y no por unidad".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 396.

- Relación funcional

D 1760 "En efecto, para configurarse el delito es condición *sine qua non* que el bien público objeto de la entrega que el agente rehúsa entregar está en posesión del agente en virtud de los deberes o atribuciones del cargo que desempeña en la administración estatal. Estas atribuciones o competencias aparecen determinadas o establecidas en forma previa por la ley o normas jurídicas de menor jerarquía como reglamentos de la institución pública u órdenes de autoridad competente. La posesión puede ser inmediata o mediata, es decir, el agente puede estar en contacto con el dinero, cosas o efectos o tenerla 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; debe tener, por lo tanto, competencia funcional especifica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la Administración Pública".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 520.

D 1761 "Primer punto a saber, es la "relación funcional" que debe existir entre el funcionario público y el bien (dinero, efectos, etc.); dicho elemento constituye la estructura basilar, sobre la cual se construye el fundamento material del injusto funcionarial; lo que determina e incide en la posición de "garante" del *intraneus*.

Es la vinculación funcionarial que subyace entre el *intraneus* y el objeto jurídico del delito, que permite sostener válidamente, el disvalor de los injustos conexos al peculado, al instituirse la posición de "garante", de quien sume el deber de ejecutar, realizar y promover una situación de fomento, protección y conservación, de todos aquellos bienes públicos que ingresan a su esfera de custodia.

Si quien detenta el bien es alguien ajeno a las cualidades de "administrador, custodia o depositario"; no podrá ser autor de este injusto funcionarial, por la sencilla razón de aquel que no está en la posibilidad de ser requerido por parte de la autoridad competente; si aquel ostenta fácticamente el dinero o los bienes, es porque pretende sustraerlos de la esfera interna de la Administración, por lo que estaría incurso en el delito de peculado; y, si solo o esconde, fuera de la custodia del funcionario, sin sacarlo de estamento público, será pasible de una desobediencia administrativa".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 482.

D 1762 "El tipo penal materia de análisis, registra una relación directa y expresa entre el sujeto cualificado y el objeto del delito, es decir, entre el funcionario o servidor público y el dinero, cosas y los efectos depositados o puestos bajo su custodia, por lo tanto, será el primer supuesto materia de análisis, siendo así en el caso que no exista dicha relación el tipo penal devienen en inexistente.

La vinculación expuesta, aparece delimitada por la normatividad pre-existente, es decir, por la ley, reglamentos, directivas, instructivos, etc., de tal manera que dicha normatividad señala las prerrogativas que tiene el sujeto cualificado con el objeto del delito, asimismo, la relación aludida otorga al sujeto cualificado la capacidad de disponibilidad funcional frente al objeto del delito, requisito necesario para sustentar el reproche penal en el caso de rehusamiento en la entrega del objeto delictual. La disponibilidad señalada, advierte una relación directa o indirecta con el objeto del delito, es decir, respecto a la disponibilidad directa, el sujeto cualificado tiene en su poder, fácticamente, los objetos del delito, por ejemplo, custodia el vehículo incautado por entidad competente".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 553.

- Existencia de depósito, custodia o administración

D 1763 "Para la configuración del delito en análisis, también es necesario que la relación funcional del agente con el dinero, cosas o efectos se base en la posesión generada mediante tres modalidades establecidas expresamente en el tipo penal: depósito, custodia o administración.

El depósito es un acto jurídico por el cual se entregan bienes, dinero o efectos de una persona natural o jurídica para su tenencia y cuidado por un tiempo determinado, con la obligación expresa de entregarlo o devolverlo.

Administrar significa la facultad de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas. No implica que el sujeto debe detentar siempre la posesión directa de los bienes que administra, pero sí que tenga dominio sobre ellos debido a sus funciones.

Finalmente, el otro título que genera la posesión del delito, cosas o efectos con el agente es el acto jurídico denominado custodiar, por el legislador en el tipo penal, el que se traduce en actos de protección, conservación y vigilancia de los mismos por parte del uncionario o servidor público. Debe haber custodia funcional entre el agente y el bien público por lo que es imposible una simple custodia ocasional o coyuntural".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 521.

D 1764 "Custodia es la actividad de cuidado y vigilancia sobre los bienes, que importa su tenencia, y realizada como función administrativa; no es la mera actividad administrativa de vigilancia p. ej., el cuidado de un furgón de dinero de un banco que lleva a cabo un agente de la fuerza pública).

Por custodia se entiende "guardar con cuidado y vigilancia" en este caso los caudales o efectos públicos. Por eso es que la custodia implicara la tenencia de los bienes, lo que no exigirá una relación permanente, pero que al menos debe determinar en un momento los bienes que sean confiados en custodia en razón del cargo. La "custodia" importa, por tanto, la detentación fáctica del bien (dineros, cosas y efectos), que ingresan a la esfera de custodia del funcionario, quien se convierte en garante, siempre y cuando haya ingresado el bien en razón del cargo".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 483.

D 1765 "La "Administración", manifiesta actos de gestión sobre una determinada actuación pública, en cuanto a la ejecución, ordenación y adopción de todos aquellos actos encaminados al buen manejo de la cosa pública. El Administrador, por ende, no cuenta con la detentación fáctica de los caudales o efectos, aquel es el que debe procurar que los recursos estatales sean ejecutados conforme a las leyes de presupuesto, así como de los objetivos plasmados al interior de la Administración; al instituirse en el gestor de los recursos económicos del Estado, le corresponde a él la entrega de los bienes requeridos por la autoridad competente".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 483.

D 1766 "El "depositario" es aquel que recibe el bien para custodiarlo y devolverlo cuando la autoridad competente así lo demande; así, en dineros o bienes depositados por orden de la autoridad competente".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 483.

3. Tipicidad subjetiva

D 1767 "El autor debe conocer la situación de los bienes, el requerimiento que se le formula, la obligación de entregar, la posibilidad concreta de cumplir el pedido y negarse a hacerlo Todo eso lleva a que se acepte el dolo directo. Por otro lado, se puede dar el error de tipo en el caso del desconocimiento concreto de alguno de los elementos del tipo objetivo".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 354.

D 1768 "El delito en hermenéutica jurídica es de comisión dolosa. No se admite su comisión por culpa o por negligencia del agente. Ello significa que el sujeto activo, siempre funcionario o servidor público, actúa con conocimiento de que una autoridad competente le viene requiriendo la entrega de dinero, cosas o efectos, no obstante, en forma voluntaria rehúsa obedecer la orden dispuesta. No se requiere algún elemento adicional al dolo".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 523.

D 1769 "El delito solo resulta punible a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el agente se rehúsa a entregar el bien, requerido por la autoridad competente, pese a saber que es su obligación devolverlo conforme a ley.

El aspecto cognitivo del dolo ha de abarcar todos los elementos constitutivos el tipo penal, primero tomar conocimiento del requerimiento y que aquel importa un mandato exigible por la ley; ante cualquier equívoco que puede presentarse en algunos de esos aspectos, hemos de apreciar un posible error de tipo".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 486.

D 1770 "Se trata de un delito doloso, en el que el autor debe conocer positivamente su relación funcional con los bienes, la existencia del requerimiento a entregar la cosa y la voluntad de no hacerlo".

BUOMPADRE, Jorge. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo III. 3ª edición. Buenos Aires: Astrea, 2009, p. 288.

D 1771 "No se exige ningún ánimo especial; es más, el sujeto activo debe actuar sin ánimo de apropiación, pues en tal caso habría peculado. También aquí solamente es posible el dolo directo, debido a las exigencias de conocimiento y voluntad de la arbitrariedad de la acción de rehusarse".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 396.

4. Autoría y participación

D 1772 "No puede ser cualquier persona, solo el funcionario o servidor público pueden tener la condición de autor; quienes, a su vez, deben tener la calidad de "depositario, custodio y administrador", del dinero, cosas y efectos, que se rehúsa entregar; de forma, que esta falta de vinculación funcional establece la atipicidad objetiva de la conducta.

Puede haber dos funcionarios públicos que compartan la custodia, administración o deposito del bien, quienes se rehúsan de entregarlo, ante el requerimiento formal de la autoridad competente, por lo que serían co-autores, al detentar el co-dominio funcional del hecho.

Tanto los particulares (*extraneus*) como aquellos funcionarios desprovistos de las cualidades anotadas, solo podrán ser responsables penalmente a título de partícipes (complicidad)".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 481.

D 1773 "En cuanto a la autoría y participación, rigen los principios ya señalados. Autor es solamente el funcionario con la relación funcionarial sobre los bienes; si son varios los funcionarios que tienen esta relación funcionarial, serán coautores, nada impide la participación de otros funcionarios o particulares".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 397.

5. Tentativa y consumación

D 1774 "El delito se consuma ante la omisión de restituir previo requerimiento, y no admite su propia estructura la tentativa. La sustracción previa, por parte del funcionario, de los bienes, traslada al tipo penal del peculado".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 355.

D 1775 "Tratándose de un delito de comisión por omisión y, por ende, de mera actividad, se perfecciona o consuma cuando el agente ante el requerimiento realizado por autoridad competente hace caso omiso a la entrega o devolución de los objetos del delito.

La consumación es formal, basta la negativa formal o material, pero siempre y cuando sea posible la entrega o devolución y el sujeto activo se niegue a ello. Si le es imposible entregar por causas de su estricta responsabilidad estaremos frente a una figura de peculado doloso en otro supuesto, si le es imposible entregar por causas naturales o de fuerza mayor que escapan a sus ámbitos de responsabilidad, estaremos ante una hipótesis de ausencia de acción para configurar el delito.

Al constituir un delito de comisión por omisión y, por ende, de mera actividad, es imposible que la conducta se quede en grado de tentativa".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 524.

D 1776 "La perfección delictiva por el peculado por retención, ha de verse en el momento que el funcionario público es requerido formalmente por la autoridad competente y aun así no efectúa la conducta exigida por la normativa, emitiendo una negativa al respecto, la cual debe ser expresa o de actos unívocamente demostrativos a no acatar la orden autoritativa, impartida por la autoridad competente No se necesita de una afectación patrimonial del erario público, tampoco de la obtención de una ventaja por parte del autor.

Al tratarse de una modalidad típica omisiva, no resulta dogmáticamente correcto, admitir un delito tentado; los actos anteriores, –que puedan presentarse–, únicamente podrían ser constitutivos de infracciones administrativas".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 486.

D 1777 "La consumación se da con la simple negativa; no se requiere ni provecho del autor ni daño específico para la administración. Como "omisión simple" y delito de "emprendimiento" que es, no da cabida a la tentativa".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 397.

D 1778 "El delito tentado deviene en inaplicable en un delito de mera actividad, por la ausencia del desvalor de la acción y del resultado, presupuestos propios de los delitos del resultado, empero, el delito materia de análisis, al tratarse de la figura delictual de mera actividad, deviene en inexistente el delito tentado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 556.

D 1779 "Por nuestra parte, consideramos respecto a la conducta, se trata de un delito de comisión instantánea, por la naturaleza del verbo rector, esto es, "rehusar"; no exigiéndose otro escenario típico".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 554.

J 0291 "Que el delito previsto en el artículo trescientos noventa y uno del Código Penal se perfecciona o satisface plenamente –consumación típica– con el simple rehusamiento (la negativa consciente) a entregar los bienes depositados, custodiados o administrados por parte del obligado, previo requerimiento por la autoridad competente; que, empero, el verbo rector empleado en el citado precepto penal ("rehusar") no indica que cada momento en que se desobedece el mandato judicial sea una prórroga duradera de la fase de consumación del delito; que si bien la conducta puede implicar el transcurso de cierto tiempo en que el bien no se entrega a la autoridad, se trata de un elemento del que no depende la consumación típica del delito (la que está enlazada estrictamente al cumplimiento del verbo típico antes mencionado); que, desde este punto de vista, el delito se estructura como un ilícito de resultado instantáneo, cuya consumación acaece con el acto

revelador de rehusamiento, sin que a su perfección afecte el mayor o menor tiempo en que se desobedece el mandato judicial".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 1554-2007-Arequipa, del 08 de mayo de 2008, magistrado ponente: Urbina Ganvini, considerando 3.

VI

EXTENSIÓN DEL TIPO

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 392 **Extensión del tipo**

Están sujetos a lo prescrito en los artículos 387 a 389, los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social[46].

TEXTO ORIGINAL

Artículo 392.- Extensión de punibilidad

Están sujetos a lo prescrito en los artículos 387 a 389, los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, así como los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.

PRIMERA MODIFICATORIA

Artículo 392.- Extensión de punibilidad

Están sujetos a lo prescrito en los artículos 387 a 389, los que administran o custodian dineros pertenecientes a las entidades de beneficencia o similares, los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dineros o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social[47].

2. Tipicidad objetiva

D 1780 "La figura analizada, tiene diversas nomenclaturas, es conocida como peculado por extensión, peculado impropio, extensión del tipo, clausula extensiva de responsabilidad, cláusula de remisión típica, etc., asimismo, dicha figura delictual, mantiene conexidad, por mandato legal, con los delitos previsto en los arts. 387 al 389 del CP, esto es, los delitos de peculado doloso y culposo, peculado de uso y malversación, respectivamente. En ese sentido, nos encontramos ante una figura delictual dependiente y remisiva, por cuanto, el supuesto de hecho, que determina la autonomía de los tipos penales, aparece precisado en los arts. 387 al 389 del CP, por lo tanto, el agente del Derecho, para fines configurativos, deberá recurrir a dichos

46 Texto conforme a la modificatoria efectuada por la 7ª Disposición Final de la Ley N° 28165, publicada el 10 de enero de 2004, en el diario oficial *El Peruano*.

47 Texto conforme a la modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 26198, publicada el 13 de junio de 1993 en el diario oficial *El Peruano*.

tipos penales con la finalidad de verificar los verbos rectores y elementos descriptivos y normativos, inmersos en el supuesto de hecho".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 559.

D 1781 "A pesar de la técnica legislativa remisiva, impresa en el artículo materia de comentario, dicho tipo penal, contiene determinadas peculiaridades, las cuales aparecen vinculadas a sujetos cualificados distintos a los señalados en los arts. 387 al 389 del CP, es decir, diferentes a los funcionarios y servidores públicos, subsecuentemente, el escenario configurativo aparecerá fijado a determinados sujetos, siendo: a) los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares; b) los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargaos o depositados por orden o autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, y c) todas las personas o representantes legales de las personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 560.

D 1782 "El supuesto típico aludido, se refiere a personas naturales, esto es, administradores o custodios quienes, por razón del cargo, aparecen vinculados directamente al manejo, tutela y administración de los caudales públicos, es decir, dinero que pertenece a las entidades avocadas al rubro de beneficencia o de naturaleza símil, por ejemplo, beneficencia pública, asilos públicos, etc. En ese contexto, nos encontramos ante una relación funcionarial inmersa en el sujeto cualificado con los caudales públicos, por lo tanto, el estatus de administrador o custodia, estará limitado a la normatividad extralegal que define la misma, por ejemplo, leyes, reglamentos, directivas, instructivos, etc.

De la misma forma conviene indicar, que el supuesto de hecho de los delitos de peculado doloso y culposo, peculado de uso y malversación, deberá aplicarse en el supuesto respectivo, es decir, se deberá tener en cuenta, si el administrador o custodia del dinero perteneciente a las entidades e beneficencia o similares, logro apropiarse o utilizar para sí o para otro los caudales o efectos públicos que estuvieron bajo su protección (peculado doloso), asimismo, si dio ocasión para que un tercero sustraiga los caudales o efectos públicos (peculado culposo), en su defecto, si logro usar o permitió que un tercero use vehículos, maquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente a las entidades de beneficencia o similares (peculado de uso), de la misma forma, el sujeto cualificado, dio al dinero o bienes una aplicación definitiva y diferente al servicio para lo cual estuvieron destinados (malversación)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 562.

D 1783 "Por lo tanto, en el caso materia de análisis, nos encontramos ante un supuesto de habilitación o delegación funcional por sujeto cualificado y habilitado, de la manera y en el mismo escenario de logicidad, conviene indicar, tan igual que en primer considerando comentado líneas arriba, el supuesto de hecho de los delitos de peculado doloso y culposo, peculado

de uso y malversación, deberá aplicarse al presente caso, es decir, se deberá tener en cuenta, si los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden o autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, lograron apropiarse o utilizar para sí o para otro los caudales o efectos públicos que estuvieron bajo su protección (peculado doloso), asimismo, si dieron ocasión para que un tercero sustraiga los caudales o efectos públicos (peculado culposo), en su defecto, si lograron usar o permitieron que un tercero use vehículos, maquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente a las entidades de beneficencia o similares (peculado de uso), de la misma norma, determinar si el sujeto cualificado, dio al dinero o bienes una aplicación definitiva y diferente al servicio para los cal estuvieron destinados (malversación)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 563.

D 1784 "El supuesto materia de análisis, refiere que tendrán la condición de sujetos cualificados vinculados al hecho punible de los delitos de peculado doloso y culposo, peculado de uso y malversación, las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, por lo tanto, se deberá tener en cuenta, el supuesto de hecho de los arts. 387 al 389 del CP, en ese sentido, dichos sujetos cualificados responderán penalmente en la medida que se hayan apropiado o utilizado para sí o para otro los caudales o efectos públicos que estuvieron bajo su protección (peculado doloso), asimismo, si dieron ocasión para que un tercero sustraiga los caudales o efectos públicos (peculado culposo), en su defecto, si lograron usar o permitieron que un tercero use vehículos, maquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente a las entidades de beneficencia o similares (peculado de uso), de la misma forma, determinar si el sujeto cualificado, dio al dinero bienes una aplicación definitiva y diferente al servicio para lo cual estuvieron destinados (malversación)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 564.

D 1785 "No obstante, por disposición expresa del artículo 392 del Código Penal, también pueden ser sujetos activos del delito de peculado previsto en el artículo 387, aquellos que administran o custodian dinero pertenecientes a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 531.

D 1786 "El delito de peculado por extensión (...) constituye un caso típico de norma penal complementaria e incompleta, que comprende como sujetos activos a quienes no tienen la condición o de funcionario o servidor público, completando la descripción típica en base a una fórmula de remisión a los comportamientos y la penalidad de los delitos de peculado doloso, culposo y de uso".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 531 y 532.

D 1787 "Y viene la pregunta: ¿Cómo un extraño o particular a la Administración Pública, es decir, aquel que no trabaja para el Estado, puede ser considerado funcionario o servidor público para estos efectos? La respuesta la encontramos en el contenido del inciso 4, artículo 425 del Código Penal. Allí se establece que se consideran funcionario o servidores públicos "los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 532.

D 1788 "No obstante, en aplicación del artículo 392 del Código Penal, también se constituyen en sujetos activos del delito de peculado de uso, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particular, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.

Eso sí, es condición sine qua non que los bienes objetos del delito constituyen vehículos, maquinas o cualquier otro instrumento de trabajo del Estado o particular. Incluso se configura el delito de peculado de uso por extensión si aquellos bienes están destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 533.

D 1789 "Sin embargo, por disposición expresa del artículo 392 del Código Penal, también pueden ser sujetos activos del delito de malversación de fondos públicos aquellas personas que administran o custodian dinero pertenecientes a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas representantes legales de personas jurídicas que administren o custodian dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 534.

D 1790 "Presentado así el análisis, podemos concluir que no se trata de que el artículo 392 haya creado nuevas conductas punibles, sino solo se limita a ampliar el circulo de autores de los delitos indicados expresamente en el tipo y que resulta equiparados normativamente a la calidad de funcionarios y servidores públicos para los fines preventivo retributivos del Derecho Penal. El tipo penal precisa la relación de estos sujetos con los objetos materiales del delito sobre los cuales se orientará la acción ilícita penal".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 535.

D 1791 "Son particulares a quienes las personas jurídicas de beneficencia o similares le han confiado la administración o custodia de su dinero. Son aquellos que administran o custodian el dinero.

Entidades de beneficencia o similares hacen referencia a personas jurídicas inscritas o no inscritas, privadas o públicas, cuya constitución tiene como finalidad prestar servicios de asistencia social. Ejemplos de este tipo de entidades son la beneficencia pública, las funciones dedicas a prestar asistencia social, la Cruz Roja Internacional, las sociedades de auxilio mutuo, el Banco Mundial, etc.".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 536.

D 1792 "Son aquellas personas que han sido previamente nombradas administradores o depositarios por orden de autoridad competente, es decir, autoridad en ejercicio normal de sus funciones, para administrar o custodia dinero o bienes embargados depositados. Aquellos pueden ser trabajadores del Estado o particulares sin ninguna relación laboral con el Estado. Lo característicos es que la relación funcional entre el agente y el objeto del delito lo crea o establece una orden emitida por autoridad en pleno ejercicio de sus funciones. La orden para tener eficacia debe reunir las formalidades que la ley establece.

Los bienes o dineros objeto de apropiación o utilización deben tener la condición de embargados o depositados, esto es, deben ser bienes o dineros sobre los cuales una autoridad competente ha ordenado trabar embargo o ha ordenado su depósito".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 537 y 538.

3. Sujeto activo

- Administradores, custodios de dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similar

D 1793 "Conforme lo anotado, estas instituciones de beneficencia y similares, si bien son dirigidos, gestionadas y administradas por particulares, no es menos cierto que aquellas captan donaciones y un caudal de dinero importante por parte del Estado y otras organizaciones no gubernamentales, bajo la premisa de que dinos dineros servirán exclusivamente para satisfacer las demandas de los sectores de la población más necesitados.

Las fundaciones reciben una serie de efectos, caudales y fondos, cuya administración y custodia ha de ejecutarse con el mayor de los recelos, considerando que su manipulación por parte de los órganos directivos, puede provocar una gran frustración en estos núcleos poblacionales".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 493.

D 1794 "¿Qué otras instituciones pueden sin incluidas en este rubro? Serán todas aquellas asociaciones civiles sin fines de lucro (Comité), cuyo objetivo sea la de desarrollar y ejecutar programas de apoyo y de ayuda social a los más pobres. No lo seria, p.ej, las agrupaciones

que eventualmente realizan una actividad de beneficencia; p.ej., un canal de televisión que realiza una campaña para ayudar a los minusválidos, señala Abanto Vásquez. Debe referirse a agrupación de personas, que formalmente constituye una asociación persona jurídica), cuyo objeto social son actividades altruistas".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 494.

D 1795 "En este primer (y también en el segundo) caso, se trata de particulares que tienen una posición de garante similar a los funcionarios públicos en relación con bienes de algunas entidades de asistencia social; por lo tanto, ellos también tienen un deber especial. Pero se debió mencionar de manera general a bienes de la Administración Pública estatal, regional o local.

Las entidades de beneficencia o similares consisten en agrupaciones que tiene por finalidad la asistencia social; no solamente se trata, entonces, de una entidad pública, sino de cualquier otra, incluso de Derecho Privado como las funciones de caridad, la Cruz Roja internacional, la sociedad de auxilio mutuo, etc., siempre y cuando tengan como finalidad en su constitución, tal actividad de proyección social".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 400 y 401.

D 1796 "El Código Penal peruano equipara –legalmente– a la categoría de funcionario/servidor público a aquellas personas físicas que integran o conforman una entidad benéfica, aunque dichas personas físicas tienen en su conformación estatutos que señalan que son de Derecho Privado, es decir, que se rigen bajo las normas que predican la caridad pública; es decir aquellas actividades de auxilio o de prestación de servicios asistenciales para el bienestar de la comunidad; desarrolladas o prestadas por entidades públicas o privadas en forma gratuita o a precios muy bajos, que no cubren el costo del servicio ni del beneficio reportado.

Por este objetivo específico de orden "público-estatal" es que el legislador peruano eleva a la categoría de sujeto activo especial por ejemplo al gerente general o representante legal y a todas las personas que dominan el hecho delictivo o coadyuvan al interior de las entidades de beneficencias o similares, para la realización del delito de peculado en cualquiera de las modalidades".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal.* 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 696.

- **Los depositarios o administradores de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente**

D 1797 "Aquí se trata de sujetos que o bien son funcionarios públicos y, en el ejercicio de sus actividades custodian bienes de privados, o no son funcionarios públicos en el sentido administrativo, pero son encargados por un funcionario público (autoridad competente) para custodiar los bienes. Este supuesto aparentemente ya estaba previsto en el artículo 425, numeral 4. La aparente repetición de un supuesto ya previsto cumple, sin embargo, una importante

tarea interpretativa. Con esta específica extensión de la autoridad del "peculado" y la "Malversación" para estas personas se supera el problema de interpretación derivado de la exigencia de "bien público" para la comisión de estos delitos. Al reiterar que estas personas si pueden cometer este delito, el legislador está extendiendo para ellas la autoría de los delitos que, en principio, no podrían haber cometido".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 402.

D 1798 "El administrador es aquí aquel sujeto a las reglas de Derecho Privado, y que por encargo de la autoridad pasa a administrar los bienes señalados. P. ej., un banco respecto de caudales de la administración, o un "interventor". Aunque se dice que no se requiere formalidad para su designación, en el caso peruano ello no es cierto, pues el tipo penal exige una "orden de autoridad competente", es decir, un acto administrativo que crea la "relación de confianza" entre la Administración y el sujeto; l mera asunción de facto no basta para ello. El depositario (o custodio) es aquel encargado de guardar los bienes".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 402.

D 1799 "El dinero o bienes embargados o depositados pueden ser "públicos" o "privados". En el caos de "bienes públicos", en realidad resultan aplicables directamente los tipos penales de peculado y malversación; pero en el segundo caso, como ya se explicó, recién gracias al artículo 392 es posible la punición por el delito contra la Administración Pública".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 404.

D 1800 "En esta hipótesis, observamos, a particulares (depositarios o administradores) que ejecutan una labor en el marco de una decisión (resolución), expedida por la autoridad competente, así como la inclusión de funcionarios públicos (ejecutor coactivo).

Con excepción, claro está del ejecutor coactivo, tanto los administradores como los depositarios pueden ser los particulares; es decir, una persona natural o persona jurídica dependiendo de lo ordenado por la autoridad competente".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 494 y 495.

D 1801 "Por otro lado, el "depositario" o "administrador", puede ser una persona natural o una persona jurídica; en el segundo supuesto, resulta lógico que la imputación jurídico-penal, no puede atribuirse a dicho ente ficticio, sino que debe identificarse a quienes ostentan el dominio social típico de la empresa, mediando la disposición normativa del "Actuar en lugar de otro", prevista en el artículo 27 de la PG del CP".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 496.

D 1802 "Estos sujetos activos del delito pueden ser personas naturales o jurídicas, no se requiere necesariamente que sean o personas o instituciones calificadas, siempre que cumplan con las formalidades de ley en su nombramiento y sea una persona hábil para ejercer dicha labor".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 496.

D 1803 "La fijación de la calidad de un bien como embargado, secuestrado o depositado por autoridad competente es previa, porque no todo administrador o depositario responde por peculado, sino solamente los que lo son con respecto a bienes de aquel carácter.

Lógicamente, puesto que deben tratarse de actos de la autoridad, quedan marginados del tipo todos los casos en que la custodia de los vienen tiene origen contractual.

La previsión legal *–in comento–*, parecía estar ya recogida en el inc. 4) del artículo 425 del CP, sin embargo, como anotamos –líneas atrás–, dicha estipulación no era suficiente para fundamentar válidamente la acriminación de particulares, por los delitos de peculado y sus derivados, merced a la relación funcional que debe existir entre el sujeto activo y el objeto material del delito. Máxime, se refuerza con esta disposición, que los bienes (patrimonio), que pueden ser objeto de apropiación o de uso indebido, pueden pertenecer a particulares, tal como se sostuvo en el análisis del artículo 387 del CP (peculado).

Siguiendo hilvanado la idea, diremos que el administrador o custodia, de bienes embargados o depositados, por orden de autoridad competente, puede estar incurso en los delitos de peculado por apropiación y de utilización (dolosos y culposos, así como la circunstancia agravante), contemplados en el artículo 387 del CP; en el peculado de uso, contenido en el artículo 388 del CP y el peculado por retención, previsto en el artículo 391 del CP".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 496 y 497.

D 1804 "Este numeral equipara a la condición de funcionarios públicos a los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, lo cual es suficiente para que puedan ser considerados sujetos activos de la mayoría de los delitos funcionariales en donde se exija dicha cualificación. Precisamente uno de estos delitos es el tipo penal de peculado, el cual solo puede ser cometido por funcionarios públicos que tengan un vínculo funcional con "caudales o efectos" del Estado.

Debemos señalar además que la designación del "administrador" como la del "depositario" debe ser expresa, personal y debe haber sido aceptada por el sujeto en la misma forma".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal.* 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 699.

- Ejecutores coactivos

D 1805 "Resultado el ejecutor coactivo o ejecutor, el funcionario responsable del procedimiento de ejecución coactiva; siendo el titular del procedimiento, ejerciendo a nombre de la Entidad, las acciones de coerción para el cumplimiento de la obligación, de acuerdo a lo establecido en esta ley. Su cargo es indelegable.

Conforme la normativa acotada (Ley 26979), queda claro que el ejecutor coactivo es un funcionario público y no un particular, con el distintivo que no es formalmente custodio, perceptor o administrador de caudales o efectos (públicos o privados), sino el encargado funcionalmente de ejecutar las acciones que sean necesarias para garantizar el cumplimiento de las deudas tributarias.

Siendo así, el ejecutor coactivo carece de la relación funcional con el objeto material del delito, por lo que se le incluye normativamente en la presente cláusula extensiva de punición".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 499.

D 1806 "El ejecutor coactivo es el funcionario del Estado responsable del procedimiento de ejecución coactiva. Es el titular del procedimiento, ejerciendo a nombre de la entidad, las acciones de coerción para el cumplimiento de una obligación, de acuerdo al o establecido en la ley. La cobranza coactiva de las deudas tributarias es facultad de la administración tributaria; se ejerce a través del ejecutor coactivo, quien actuara en el procedimiento de cobranza coactiva con la colaboración de los auxiliares coactivos".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal.* 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 697.

D 1807 "Se trata de un funcionario o servidor público y no un particular, con el distintivo de que no es formalmente un custodio, perceptor o administrador de caudales o efectos (públicos o privados), sino, en todo caso, es el encargado funcionalmente de ejecutar las acciones que sean necesarias para garantizar el cumplimiento de las deudas tributarias. (...)".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal.* 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 698.

- Personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social

D 1808 "Este círculo de autores (particulares), revelan cierta similitud, con las personas agrupadas en el primer rubro, con la distinción de que en la presente hipótesis, estos individuos no forman parte de una beneficencia (fundación) sino de personas jurídicas, que si bien no tienen como objeto social la realización de actividades benéficas, de forma eventual u ocasional, participan en la ejecución de programas asistenciales o de apoyo social".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 500.

D 1809 "Es así, que el legislador identifica a las personas que dirigen los órganos de representación de la empresa, como sujetos pasibles de imputación por el delito de peculado y sus derivados.

El "representante legal" es aquel que representa a su representado en un acto jurídico similar, en exclusivo interés de aquel, teniendo facultades para ello.

En este caso los sujetos pueden ser solamente privados o representantes de empresas o asociaciones que ocasionalmente se dedican a administrar o custodiar estos bienes".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 500.

D 1810 "¿En qué delitos pueden verse involucrados los representantes legales de personas jurídicas? Según el listado de los delitos comprendidos en la capitulación, podrían estar incursos en el delito de peculado por apropiación, peculado por utilización así como las modalidades culposas y agravadas; en el primero de las modalidades, cuando el agente de la empresa sustrae el bien de la empresa y así la vende a un tercero; el peculado por uso, reglado en el artículo 388, podrá ser perpetrado, siempre y cuando usen vehículos, maquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente al Estado, lo que en la práctica será muy difícil de advertir, en tanto estas empresas emplean siempre su propia maquinaria.

El delito de malversación de fondos, sí que debe descartarse, al exigir dicha figura delictiva, que el agente de una aplicación distinta a la prevista en la ley –de forma definitiva– en el ámbito interno de la Administración, por lo que debe tratarse únicamente de fondos públicos. El representante legal de una persona jurídica no está en condiciones (legales), de poder ejercer dichos actos de disposición de fondos públicos".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 501.

D 1811 "El tipo penal agrega aquí una norma complementaria de cierto contenido subsidiario que incluye a un amplio elenco de sujetos particulares calificados o no y a los representantes de las personas jurídicas de derecho privado que administran o custodian fondos y/o bienes que poseen un destino especial del servicio público. Por ejemplo, las instituciones privadas de caridad que recepcionan donaciones para desastres".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal.* 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 704.

4. Distinción entre tipos penales

D 1812 "Es así, que en los últimos años, el legislador –y a su vez el Poder Ejecutivo–, ha sido incontenible en este proceder reformador de la normatividad penal, concluyendo figuras delictivas, claramente similares a otras, como es el caso de la agravante de apropiación ilícita –artículo 190 (segundo párrafo), con la figura del "peculado por extensión y/o impropio"; según los términos normativos contenidos en el artículo 392 de CP, cuando se hace alusión a la calidad del autor de "depositario" (judicial). Por consiguiente, ante este entrecruzamiento yo superposición de tipos penales, ha de optarse por uno u otro, y para ello hemos de desentrañar el fundamento material del injusto funcionarial de peculado".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 502 y 503.

D 1813 "En cambio, en el delito de apropiación ilícita se advierte un ámbito de libro organización personal, donde cualquier persona puede verse incursos en esta figura delictiva, siempre que hay obtenido la posesión del bien mueble (y posteriormente se niegue a devolverlo), conforme una de las vías, que el legislador ha definido en el primer párrafo del artículo 190 del CP. Y, en el caso de la "circunstancia de agravación", que el bien le haya sido confiado, en razón de su calidad de "depositario judicial; es decir, es el órgano judicial que le otorga dicha unción, a quienes se encuentran en la lista respectiva del Poder Judicial, quienes no tienen la calidad de funcionarios y/o servidores públicos –a efectos penales–, por tanto ellos no están en posición de poder quebrantar los deberes jurídico-institucionales que sustentan la naturaleza material del delito de peculado; no es por ende, la particularidad del estamento público, lo que define la tipicidad de la conducta, sino el basamento material del delito, que en este caos, ha de reconducirse al delito de apropiación ilícita".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 503.

CAPÍTULO VIII

Corrupción de funcionarios

I

COHECHO PASIVO PROPIO

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 393 **Cohecho pasivo propio**

El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

El funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa[48].

TEXTO ORIGINAL

Artículo 393.- Cohecho propio

El funcionario o servidor público que solicita o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a sus deberes, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

PRIMERA MODIFICATORIA

Artículo 393.- Cohecho pasivo propio

El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

48 Texto vigente conforme a la modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 de noviembre de 2013 en el diario oficial *El Peruano*.

El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

El funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal[49].

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico

D 1814 "Así, se ha dicho que "el cohecho es, genéricamente, un delito contra la Administración Pública. Específicamente, se tutela el normal funcionamiento y el prestigio de la Administración a través de la corrección e integridad de sus empleados. Lo que aquí se castiga es la venalidad del funcionario o en sus actos funcionales, con prescindencia de la naturaleza del acto en sí mismo".

BUOMPADRE, Jorge. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo III. 3ª edición. Buenos Aires: Astrea, 2009, p. 198.

D 1815 "Como en la mayoría de delitos que en este libro interpretamos, el bien jurídico genérico es el correcto y normal funcionamiento de la Administración Pública. En cambio, respecto del bien jurídico específico, en la doctrina se han desarrollado hasta tres posiciones:

a) Tutelar los deberes que nacen del cargo, función o atribuciones con la consiguiente fidelidad hacia la Administración Pública a la que están obligados funcionarios y servidores públicos.

b) Tutelar el principio de imparcialidad en el desenvolvimiento de las funciones y servicios por parte de los sujetos públicos. Sus decisiones deben tomarse sin la intervención de interferencia.

c) Tutelar los actos de oficio, de la compraventa de prestaciones efectuadas por particulares u otros funcionarios o servidores públicos.

Consideramos que las tres posiciones resumen, desde visiones distintas, el bien jurídico específico que se pretende tutelar con el tipo 393 del Código Penal".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 570.

D 1816 "El bien jurídicamente tutelado es el correcto y normal funcionamiento de la Administración Pública. (...) De modo que se protege, además del normal funcionamiento de la Administración, que los funcionarios actúen o desarrollen sus funciones sin otro aliciente que el deber, por una parte, y el sueldo que reciben del Estado, por otra".

49 Texto conforme a la modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada el 06 de octubre de 2004 en el diario oficial *El Peruano*.

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, pp. 236 y 237.

D 1817 "En ese sentido, considero, que el bien jurídico general, resulta ser el correcto funcionamiento de la Administración Pública, por cuanto, la finalidad del legislador aparece dirigida a la protección del interés público. Por otro lado, de manera específica, el objeto de protección resulta ser el principio de imparcialidad el cual aparece ligado al deber de probidad que el asiste a todo funcionario o servidor público que opera en razón del cargo encomendado, en ese sentido, el pacto venal, entablado entre el agente delictivo cualificado y el particular, defrauda dicho principio e infringir el deber, lesionando la institución "Administración Pública", encontrando en este extremo, justificación no solo la conducta contraria al orden jurídico, sino también la justificación al reproche jurídico penal".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 584.

D 1818 "En los delitos contra la Administración Pública, como los de cohecho, el protagonista principal es el funcionario o servidor público quien, por un donativo, promesa o cualquier otro tipo de ventaja o promesa, incumple, o no, sus obligaciones funcionales, contraviniendo de esa manera los principios rectores de la Administración Pública que se encuentran sometidos a la Constitución y la ley. Es por ello que el bien jurídico protegido en este tipo de delitos es el correcto y normal funcionamiento de la Administración Pública".

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José y UGAZ HEUDEBERT, Francisco. *Delitos económicos, contra la Administración Pública y criminalidad organizada*. Colección de lo Esencial del Derecho N° 18. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2017, p. 101.

J 0292 "Que, el delito de cohecho es un delito de participación necesaria y de mera actividad, en el cual el funcionario público (sujeto activo) acepta o recibe una para sí o para tercero, a fin de cumplir, omitir o retardar un acto a su cargo, existiendo una relación de finalidad entre la aceptación del dinero, como en este caso, y el acto que se espera sea ejecutado, omitido o retardado por el funcionario público, el mismo que está dentro de su competencia funcional; así, solo el acuerdo de voluntades, configura el tipo penal, no siendo necesario el cumplimiento del pago, de la promesa o del acto indebido, ya que el bien jurídico protegido en esta clase de delitos, es preservar la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccionales o administrativos, y no es necesario que se produzca el perjuicio patrimonial al Estado".

Segunda Sala Penal Transitoria. R.N. N° 1406-2007-Callao, del 07 de marzo del 2008, magistrado ponente: Villa Stein, considerando 5.

2.2. Sujeto activo

D 1819 "Conforme la regulación, es sujeto activo del delito cualquier funcionario o servidor público que cuente con una competencia genérica en razón de su cargo, debiendo remitirnos al art. 425 de nuestro CP, en el cual se señala quienes pueden ser considerados funcionarios y servidores públicos.

En tal sentido, nos encontramos ante un delito especial propio, donde el funcionario debe actuar dentro del ámbito de sus funciones (...)".

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. "Cohecho pasivo propio: análisis del artículo 393 del Código Penal". En: *Actualidad Penal*. Volumen 65. Lima: Instituto Pacífico, noviembre de 2019, p. 140.

D 1820 "El delito de cohecho pasivo propio en sus tres modalidades es de naturaleza genérica, es decir, puede ser cometido por cualquier funcionario o servidor público que tenga competencia para practicar actos funcionales o de servicio, a diferencia del cohecho pasivo propio específico (artículo 395 del Código Penal), en el cual el sujeto activo del delito está expresamente designado por la norma penal: magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro del tribunal administrativo y otros".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 303.

D 1821 "Conforme se sostuvo –líneas atrás–, los delitos de Cohecho son figuras delictivas plurisubjetivas, llamadas también de participación necesaria, por la sencilla razón de que su configuración típica requiere necesariamente de la intervención de otra persona, en este caso del particular, quien, por motivos de política criminal, no es considerado un partícipe necesario, sino como autor de su propio injusto (Cohecho Activo – artículo 397 del CP). En tal entendido, el delito de cohecho, se desdobla en dos, dependiendo de la calidad del sujeto activo, dependiendo de la modalidad delictiva en cuestión".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 427.

D 1822 "Sujeto activo. Se requiere de la cualidad de "funcionario público" en el sujeto activo. Se trata de un delito especial propio (...).

Pero no puede ser sujeto activo del delito cualquier funcionario público, sino solo aquel que actúa en el ámbito de sus propias funciones".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 427.

D 1823 "Es agente con exclusividad el funcionario o servidor público que posea competencia genérica en razón del cargo o función y que se halle ejerciendo efectivamente. No obstante, esta última precisión se ve flexibilizada para incluir también a los funcionarios o servidores que no ejercen, pero han sido ya electos o nombrados, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo primero de la Convención Interamericana contra la Corrupción de Caracas 1996.

El *extraneus* –incluso otro sujeto público– que entrega el donativo, concede ventaja o promete donativos o ventajas no podrá cometer delito a título de autor de cohecho pasivo propio".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 298.

D 1824 "Respecto al sujeto activo, el delito de cohecho pasivo propio, resulta ser un delito de dominio, específicamente, delito especial propio, por cuanto, el tipo penal exige un agente delictual cualificado, esto es, funcionario o servidor público, en ese sentido, dicha condición especial, restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 574.

D 1825 "El delito de cohecho pasivo propio es un delito especial, lo cual implica que solo puede ser cometido por aquella persona que tiene la condición de funcionario o servidor público".

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José y UGAZ HEUDEBERT, Francisco. *Delitos económicos, contra la Administración Pública y criminalidad organizada*. Colección de lo Esencial del Derecho N° 18. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2017, p. 101.

J 0293 "Conforme al recibo de fojas veinticinco, la fecha de la entrega del dinero para "gastos administrativos" fue el veintiocho de octubre de dos mil siete. Por lo tanto, la norma sustantiva aplicable corresponde al artículo trescientos noventa y tres del Código Penal, modificado por la Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco, de fecha seis de octubre de dos mil cuatro, que preveía la siguiente descripción típica:

El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

En clave convencional, la definición del funcionario público proviene, en específico, de lo estipulado en la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada mediante Resolución Legislativa número veintiséis mil setecientos cincuenta y siete, de fecha cinco de marzo de mil novecientos noventa y siete, y ratificado por Decreto Supremo número cero doce-noventa y siete-RE, de fecha veintiuno de marzo de mil novecientos noventa y siete. En dicho instrumento internacional, en el artículo primero, se señaló:

Para los fines de la presente Convención, se entiende por [...] "funcionario público", "Oficial Gubernamental" o "Servidor público", 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 [...].

El delito de cohecho pasivo propio solo puede ser perfeccionado por una persona que tiene la condición o cualidad de funcionario o servidor público

Como puede observarse, la constelación de sujetos activos del ilícito mencionado no está restringida al funcionario público, sino también al servidor público. La norma invocada, expresamente, coloca a estos agentes en las mismas condiciones normativas de cara a la realización de los verbos rectores: a los efectos de la tipicidad, ambos pueden aceptar o recibir donativo, promesa o cualquiera otra ventaja o beneficio. En el caso concreto, a través de la sentencia

recurrida se absolvió a la encausada Raquel Damaris Valverde Ramírez por no detentar la condición de funcionaria pública, soslayando que este ilícito también puede ser ejecutado por servidores públicos. La sentencia absolutoria será declarada nula y se convocará a un nuevo juicio oral. El Tribunal Superior de mérito, en observancia del principio de legalidad, deberá efectuar un juicio de subsunción respecto al sujeto activo".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 253-2017-Lima Norte, del 24 de septiembre de 2018, magistrado ponente: Chávez Mella, considerandos 4-6.

2.3. Sujeto pasivo

D 1826 "En lo que respecta al sujeto pasivo del delito, como señala Díez Ripollés, es el portador del bien jurídico afectado por la comisión del hecho delictivo. En ese sentido, sujeto pasivo del delito en análisis es el Estado de forma general, y en concreto las entidades y organismos del Estado, donde se circunscribe el compromiso del acto público parcializado, por ejemplo: los ministerios, el Poder Judicial, entre otros".

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. "Cohecho pasivo propio: análisis del artículo 393 del Código Penal". En: *Actualidad Penal*. Volumen 65. Lima: Instituto Pacífico, noviembre de 2019, p. 143.

D 1827 "El ofendido es el Estado, como titular de todas las actuaciones que toman lugar en los diversos estamentos de la Administración Pública, cuando el funcionario o servidor público privatiza el cargo, recibiendo ventajas indebidas a cambio de contravenir sus obligaciones funcionales.

Al constituir un delito plurisubjetivo (en la primera modalidad típica), el particular que forma parte del pacto corrupto, de ningún modo puede ser considerado como víctima, todo lo contrario, es autor del delito de cohecho activo, según los términos normativos del artículo 397 del CP".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 552.

D 1828 "El sujeto pasivo del delito de cohecho pasivo es el Estado, al ser el único titular del bien jurídico tutelado tanto a nivel genérico como específico.

Sin embargo, cuando el directamente perjudicado es una entidad estatal solo esta se constituirá en sujeto pasivo, excluyéndose al Estado".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 572.

D 1829 "El sujeto pasivo siempre estará representado por el Estado, a través de la Administración Pública que es la institución que se ve afectada con el comportamiento de uno de sus miembros".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 299.

D 1830 "Respecto al sujeto pasivo, resultaría ser el Estado, por cuanto, es el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "Administración Pública", la doctrina jurisprudencial, fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.° 2 de la Cas. N° 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, señalo lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídico: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada"".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 575.

D 1831 "El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico, en este caso, el Estado".

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José y UGAZ HEUDEBERT, Francisco. *Delitos económicos, contra la Administración Pública y criminalidad organizada*. Colección de lo Esencial del Derecho N° 18. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2017, p. 101.

2.4. Conducta típica

J 0294 "Que, a manera de introducción es menester precisar que el delito de cohecho pasivo propio previsto en el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal, tiene como verbo rector aceptar, recibir o solicitar, por parte del funcionario o servidor público a iniciativa del particular que ofrece o entrega un donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a sus deberes; (...)".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 1728-2010-Piura, del 21 de junio de 2011, magistrado ponente: Villa Stein, considerando 4.

D 1832 "El cohecho pasivo es propio cuando los actos que realiza el funcionario vulneran el normal ejercicio de sus funciones o, lo que es lo mismo, cuando se tratan de actos ilegales o antijurídicos trasgresores de los deberes y atribuciones funcionales del agente público y realizados a consecuencia de la aceptación o recepción de algún beneficio o el que las realiza con la finalidad de obtener luego una ventaja o beneficio, o el que las solicita a consecuencia de haber realizado u omitido un acto en violación de sus funciones".

ESPINOZA MONTES, Amelia Lida. "El delito de cohecho pasivo propio. Aspectos específicamente dogmáticos". En: *Actualidad Penal*. Volumen 49. Lima: Instituto Pacífico, julio de 2018, p. 103.

- **Acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas**

  - Aceptar

D 1833 "Sobre el particular, el elemento aceptar consiste en la aprobación de una oferta futura de la dádiva o beneficio, sin que se plasme en la efectiva percepción de la ventaja,

postergando la entrega y consiguientemente la recepción. Debemos diferencia la aceptación del elemento recibir, pues en este último caso si se tiene que efectivizar la admisión de la dádiva, teniendo el beneficio un carácter actual".

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. "Cohecho pasivo propio: análisis del artículo 393 del Código Penal". En: *Actualidad Penal*. Volumen 65. Lima: Instituto Pacífico, noviembre de 2019, pp. 144 y 145.

D 1834 "El elemento "aceptar" debe revestir idoneidad y estar vinculado a un donativo, ventaja o beneficio que sea considerado como tal de forma objetivo (capacidad objetiva para corromper). Por ello, si el funcionario acepta un beneficio irrealizable, no podría configurarse el delito de cohecho pasivo propio. Asimismo, la aceptación no requiere de actos formales (por ejemplo, la firma de un contrato), sino que se satisface con la conformidad de la promesa, que puede ser en forma expresa o tácita, es decir, una conducta que denote indubitablemente la voluntad de aceptar (por ejemplo, asentir la cabeza o un guiño)".

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. "Cohecho pasivo propio: análisis del artículo 393 del Código Penal". En: *Actualidad Penal*. Volumen 65. Lima: Instituto Pacífico, noviembre de 2019, p. 145.

D 1835 "El cohecho pasivo propio se trata de un delito de corrupción en el que se sanciona al funcionario público que recibe o solicita una ventaja para cumplir con su deber o dejar de hacer lo que debe o condiciona el cumplimiento de su función a la obtención de dicha ventaja. Se denomina pasivo porque se sanciona al receptor o aceptante de la ventaja, quien es un funcionario o servidor público".

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José y UGAZ HEUDEBERT, Francisco. *Delitos económicos, contra la Administración Pública y criminalidad organizada*. Colección de lo Esencial del Derecho N° 18. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2017, p. 100.

D 1836 "El tipo penal nos habla de que el *intraneus* debe realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones, en otras palabras debe perpetrar un acto en franca violación a sus deberes funcionales, aquellos comprendidos en su esfera de competencia legal; dicho esto, quienes no cuentan con dicha competencia legal, no pueden estar incursos en este delito, quienes invaden la esfera de competencia de otro funcionario, son intrusos y, como tales, han de responder conforme los términos normativos del artículo 361 del CP, a menos que en los hechos y en aceptación de las diversa jerarquías estructurales, el sujeto haya asumido dicha función, tal como lo apuntamos en el delito de peculado. Con el añadido, de que debe actuar el *intraneus* con ocasión del ejercicio del cargo; si el efectivo policial de franco labora como taxista y así recibe dinero, por parte de dos malhechores para fugar del lugar del atraco, será cómplice de hurto o de robo, según las particularidades del caso concreto; debe haber asumido formalmente el cargo, pues si este acepta el dinero antes de dicha asunción funcionarial, no se dará este delio, al requerirse el ejercicio pleno del cargo al momento de pactar con el particular; cuestión distinta, es el cohecho subsiguiente, cuando el donativo es aceptado luego de faltar a los deberes inherentes al cargo funcionarial.

Una estafa sería posible cuando el particular fue engañado (se le hizo creer que el sujeto activo tenía las funciones que adujo), y de ello derivo un perjuicio patrimonial para él".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 550.

D 1837 "El cohecho pasivo es esencialmente un delito de convergencia, de codelincuencia necesaria, ya que no puede haber cohecho pasivo si no existe cohecho activo, por ende es necesaria la participación de por lo menos dos personas: el funcionario público, por una parte, como autor especial propio, que es quien acepta o recibe el dinero, la dádiva o la promesa, y por el otro, el sujeto activo, que ofrece el dinero o la dádiva, que tanto puede ser un particular o un funcionario público".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 240.

D 1838 "Las conductas que se han tipificado son en principio dos: la de recibir dinero o cualquier otra dádiva, o la de aceptar una promesa, siempre con fin determinado. En otros términos, se trata de un acuerdo que consisten en un acto de entrega de un precio, por parte de un tercero, al funcionario, o en una promesa que se hace al funcionario a los efectos de lograr que realice una determinada actividad u omisión funcional".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 241.

D 1839 "La otra acción prevista es la del funcionario que, por si o por interpósita persona, acepta una promesa directa o indirecta referida a sumas de dinero o dádivas, con miras a hacer, retardar u omitir a lo relativo a sus funciones".

BUOMPADRE, Jorge. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo III. 3ª edición. Buenos Aires: Astrea, 2009, p. 201.

D 1840 "Aceptar es la conformidad o complacencia verbal frente a la propuesta de donativo o ventaja, o a la promesa de donativo o ventaja".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 299.

D 1841 "En este supuesto el verbo rector es aceptar, el que se entiende como admitir, tolerar, querer, consentir y adoptar algo. En tal sentido, el delito de configura cuando el funcionario o servidor público, admite, tolera, consiente, adopta o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto en violación a sus deberes. Esta última parte se materializa cuando el agente realiza un acto transgrediendo sus deberes u obligaciones normales previstas en leyes, normas administrativas o reglamentos u obligaciones normales previstas en leyes, normas administrativas o reglamentos que regulan y establecen de modo claro los actos de competencia, así como los procedimientos de actuación funcional del funcionario o servidor público. La conducta se perfecciona con el simple hecho de aceptar o admitir por parte del agente del donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de realzar un acto en violación a sus deberes. El delito se configura a pesar de que lo prometido u

ofrecido no se haga realidad o, pese a que el funcionario o servidor público, que recibió realmente lo prometido u ofrecido, no realiza el acto violatorio de sus deberes al que se comprometió. Basta acreditar que el agente acepto o admitió donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de efectuar un acto trasgrediendo sus deberes funcionales, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 558 y 559.

D 1842 "En este supuesto, el verbo rector es aceptar, el que se entiende como admitir, tolerar, querer, consentir o adoptar algo. En tal sentido, el delito se configura cuando el funcionario o servidor público admitir, tolera, consiente, adopta o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para abstenerse de realizar un acto en violación a sus funciones. Esta última parte se materializa cuando el agente omite o se abstiene de realizar un acto trasgrediendo sus deberes u obligaciones normales previstas en leyes, normas administrativas o reglamentos que regulan y establecen de modo claro los actos de competencia, así como los procedimientos de actuación funcional del funcionario o servidor público. La conducta se perfecciona con el simple hecho de aceptar o admitir por parte del agente, el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de omitir, prescindir, desatender, incumplir o descuidar un acto en violación de sus deberes. El delito se configura independientemente de que luego, por ejemplo, lo prometido u ofrecido no se haga realidad".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 561.

D 1843 "Basta acreditar que el agente aceptó o admitió donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de prescindir, abstenerse, desatender, incumplir, descuidar u omitir un acto trasgrediendo sus deberes funcionales, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 561.

D 1844 ""Aceptar", por su parte, supone dar conformidad algo, dar la anuencia del ofrecimiento, la aceptación toma lugar cuando el funcionario admite la entrega del medio corruptor.

Cuando el tipo penal (de manera poco técnica) se refiere a "aceptar dádiva, promesa o cualquier otra ventaja" se refiere tanto a la "aceptación de promesas" como a la aceptación-recepción de bienes (dádivas o cualquier otra ventaja).

La aceptación de la coima por parte del funcionario, puede tomar lugar de inmediato, sea cuando se le entrega el dinero o bien mueble, o en merito a una prometa a futuro, en cuanto a la recepción del bien en una fecha posterior".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 556.

D 1845 "El aceptar si es una modalidad tradicional de "cohecho" que implica, en principio, admitir una promesa de recibir algo para el futuro. No obstante, esta interpretación puede y debe ser ampliada para el caso peruano. Cuando el tipo penal (de manera poco técnica) se refiere a "aceptar dádiva, promesa o cualquier otra ventaja", se refiere tanto a la "aceptación de promesas" como a la aceptación-recepción de bienes (dádivas o cualquier otra ventaja). En resumen, "aceptar" se refiere tanto a una entrega inmediata de un bien como a la promesa de un cumplimiento futuro. El primer caso es lo que se conoce en otras legislaciones como "recibir", o sea entrar a la tenencia material del objeto que la otra parte ofrece con la voluntad de hacerlo suyo (traslado físico de bienes). La "aceptación" no requiere ninguna formalidad propia del Derecho Civil. (...) También hay "aceptación" cuando el funcionario recibe los bienes con la reserva de devolverlos eventualmente (p. ej., en caso de que el acto funcionarial no sea favorable al interesado), pues también allí se ha consumado el pacto venal".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 431 y 432.

D 1846 "La modalidad delictiva expuesta aparece determinada por los verbos rectores aceptar y recibir, los mismos que aparecen conectados a los medios corruptores (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio) y a la conducta prohibida, esto es, realizar el acto funcional violando las obligaciones encomendadas al sujeto cualificado.

La RAE, indica que el verbo "aceptar" proviene del latín *acceptare*, lo cual significa, "recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga", en ese sentido, el funcionario o servidor público, operando en razón del cargo funcionarial, recibe libre espontáneamente el medio corruptor (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio) entregado por el sujeto no cualificado *extraneus*, dicha aceptación, conlleva implícitamente que el sujeto cualificado, tolere o consienta la entrega del medio corruptor, por lo tanto, el tipo penal alcanza perfeccionamiento con la mera aceptación del donativo, promesa o cualquier ventaja o beneficio, resultando irrelevante, si la entrega del medio corruptor aludido logro concretarse así como deviene en innecesario si el sujeto cualificado emitió el acto funcional violando sus obligaciones, por cuanto, la técnica legislativa utiliza la preposición "para", lo cual advierte una posibilidad, la misma que para el Derecho Penal tiene que ser inminente y factible de realizar, por lo tanto las bromas, por la misma ineficacia del accionar, no tendría contenido delictual, en ese sentido, el tipo penal resulta ser un delito de mera actividad, por cuanto dicho escenario configurativo responde a los lineamientos de política criminal adoptados por el legislador, adelantando la barrera de punibilidad".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 578.

D 1847 "Aquí el verbo rector es aceptar, el que se entiende como admitir, tolerar, querer, consentir, adoptar algo. En tal sentido, el delito se configura cuando el funcionario o servidor público admite, tolera, consiente, adopta o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio por el hecho de haber faltado a sus deberes funcionales. Esta última parte se materializa cuando el agente antes de aceptar el donativo, promesa o cualquier otra ventaja ya ha realizado un acto trasgrediendo sus deberes u obligaciones normales previstas en leyes, normas administrativas o reglamentos que regulan y establecen de modo claro los actos de competencia, así como los procedimientos de actuación funcional el funcionario o servidor público. La

conducta se perfecciona con el simple hecho de aceptar o admitir por parte del agente, el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a cambio de haber faltado ya a sus deberes funcionales. El delito se configura, aunque luego, por ejemplo, lo prometido u ofrecido no se haga realidad".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 562.

J 0295 "Que, previo al análisis de la conducta de los procesados resulta pertinente precisar conceptos relativos al tipo penal imputado; que, en efecto, el delito de corrupción de funcionarios previsto en el artículo 393 del Código Penal tiene como verbo rector entre otros el término "aceptar", el mismo que se entiende como la acción de admitir voluntariamente lo que se le ofrece, por parte del funcionario o servidor público a iniciativa del particular que ofrece o entrega un donativo, promesa o cualquier ventaja y, el funcionario o servidor público que acepta lo ofrecido para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones; de tal manera que la aceptación constituye la conducta típica de la corrupción pasiva o cohecho pasivo que es propio del funcionario o servidor público, por el comportamiento del quien se deja corromper, en tanto que la activa, corresponde al *extraneus* que corrompe a aquel funcionario".

R.N. N° 1091-2004-Lima - considerando cuarto-Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia – Precedente Vinculante conforme al Acuerdo Plenario 1-2005, del 22 de marzo del 2005.

J 0296 "Que el delito de corrupción de funcionarios –cohecho pasivo propio–, en agravio del Estado, se encuentra previsto e nuestro ordenamiento legal, en el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal, y lo describe como la aceptación hecha por un funcionario público, o por la persona encargada de un servicio público, para sí o para un tercero, de una retribución no debida, dada o prometida para cumplir, omitir o retardar un acto de su cargo, debiendo existir una relación de finalidad entre la aceptación del dinero y el acto que se espera que se ejecute, omita o retarde el funcionario público. Debe tenerse en cuenta, además, que el sujeto activo, en dicho delito, un funcionario público, debe omitir o retardar un acto ilegitimo a su cargo, el cual debe entrar en su competencia funcional; siendo una de las características de dicho penal, solo el acuerdo de voluntades, mas no el cumplimiento del pago, la promesa, ni el acto indebido; (…)".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 3107-2013-Lambayeque, del 26 de marzo de 201, magistrado ponente: Prado Saldarriaga, considerando 6.

J 0297 "(…) así se advierte que el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal (texto primigenio), que regula el tipo penal de cohecho propio, señala: "…El funcionario o servidor público que solicita o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a sus deberes, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años…"; que al respecto, debe indicarse que dicho tipo penal en su modalidad de aceptar donativo, promesa o cualquier otra ventaja, se ha consumado en el presente caso, pues Cerna Pérez en su calidad de Jefe del Programa Especial de Titulación de Tierras –PETT–, acepto la suma de dos mil quinientos nuevos soles de parte de Riva Fernández a efectos de beneficiarlo con la adjudicación de un terreno, si fuera el caso que el proceso judicial

que tenía hubiese sido adverso, que en este tipo penal el comportamiento del funcionario o servidor vinculado a donativo o ventaja entregada o prometida implica la realización de actos contrarios a los deberes funcionales, los mismo que pueden consistir en hacer algo en contra de lo ordenado en leyes y reglamentos como en omitir lo que se está obligado a hacer, en ambos casos, por razón de su función, cargo o servicio (...)".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 1370-2009-Amazonas, del 18 de junio de 2010, magistrado ponente: Neyra Flores, considerando 6.

- Recibir

D 1848 "El elemento recibir, como se ha indicado, parte de la situación de hacer efectiva la admisión de la dádiva o ventaja, es decir, que el medio corruptor (dinero, etre otros) ingrese a la esfera del funcionario corrupto; cabe precisar que, cuando resaltamos el ingreso a su esfera, la misma puede ser directa o indirectamente, como, por ejemplo, que el dinero producto de la corrupción ingrese a una cuenta bancaria, lo reciba un intermediario, entre otros.

También debemos precisar que la recepción del dinero debe ser comprendida no como producto de la solicitud de un beneficio por parte del funcionario corrupto, sino como entrega del cohechante activo, es decir, del particular, pues si la recepción es derivada de una primera solicitud del funcionario, no tendría sentido penalizar dos veces (por cohecho por medio de solicitud y recepción) al funcionario por un acto relacionado a un mismo contexto delictual. Por ende, "recibir" se deriva de la entrega que realiza el particular (cohecho activo) para corromper al funcionario, quien la recibir comete el delito materia de estudio".

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. "Cohecho pasivo propio: análisis del artículo 393 del Código Penal". En: *Actualidad Penal*. Volumen 65. Lima: Instituto Pacífico, noviembre de 2019, p. 146.

D 1849 "En tal sentido, recibe el que voluntariamente entra en la tenencia material del dinero o la dádiva. En el plano de la acción, el delito se conforma con esta posesión. A diferencia de las exacciones ilegales, debemos puntualizar que el cohecho pasivo es un delito de acción bilateral, de modo tal que la recepción por parte del sujeto activo forma parte de un convenio o pacto venal entre el cohechante y el funcionario".

BUOMPADRE, Jorge. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo III. 3ª edición. Buenos Aires: Astrea, 2009, p. 201.

D 1850 "Recibir es la recepción física del donativo o concreción de la ventaja. En ambos casos se tratará de un cohecho de convergencia entre sujetos o agentes de delito que serán calificados normativamente a tipos penales distintos: por cohecho pasivo mediante aceptación o recepción, el funcionario o servidor público; y cohecho activo el sujeto indeterminado que ofrece o entrega. Estamos así ante la primera gran modalidad de cohecho pasivo propio en la que la acción imputable al sujeto público (resultado de complacencia y resultado de recepción de donativo o concreción de ventaja) es la respuesta a una acción previa de competencia de terceras personas".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 300.

D 1851 "La segunda modalidad se configura cuando el sujeto activo recibe donativo o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar un acto en violación de los deberes normales que desarrolla al interior de la Administración Pública. Aquí el verbo recto es recibir, el que se entiende como percibir, embolsar, tomar o coger algo. En tal sentido, el hecho punible se configura o perfecciona cuando el agente siempre funcionario o servidor público con la finalidad específica de realizar un acto quebrantando sus deberes dentro de la Administración Pública, percibe, toma, acoge, embolsa o recibe un donativo o cualquier otra ventaja indebida.

La conducta se perfecciona con el simple hecho de percibir o recibir por parte del agente, el donativo o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de realizar un acto en violación a sus deberes. El delito se configura independientemente de si, por ejemplo, el funcionario o servidor público pese a haber recibido lo prometido u ofrecido no realiza el acto que lesiona sus deberes. Basta acreditar que el agente recibió o embolso el donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de efectuar un acto trasgrediendo sus deberes funcionales, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 560.

D 1852 "La segunda modalidad se configura cuando el sujeto activo recibe donativo o cualquier otra ventaja o beneficio, para prescindir u omitir un acto en violación de los deberes normales que desarrolla dentro de la Administración Pública. Aquí el verbo recto es recibir, que se entiende como percibir, embolsar, tomar o acoger algo. En tal sentido, el hecho punible se configura o perfecciona cuando el agente (funcionario o servidor público) con la finalidad específica de abstenerse, incumplir, descuidar o prescindir de un acto quebrantando sus deberes dentro de la Administración Pública, percibe, toma, acoge, embolsa o recibe un donativo o cualquier otra ventaja indebida.

El delito se configura independientemente de que el funcionario o servidor público reciba lo prometido u ofrecido y no omita o prescinda del acto violatorio de sus deberes, al que se comprometió. Basta acreditar que el agente recibió o embolsó el donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de no hacer un acto al que estaba obligado trasgrediendo sus deberes funcionales, para consumar el delito. Se trata de un delito de mera actividad".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 561 y 562.

D 1853 "Esta hipótesis del injusto de cohecho pasivo propio, viene estructurado implícitamente por dos conductas, una atribuida al particular (*extraneus*) y la otra al funcionario público (*intraneus*); acá el funcionario público es tentado por el particular, mediando la oferta corruptora, que toma lugar a través de la posible entrega de un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio. El pacto, según la descripción típica, ha de ser anterior al acto funcional que ejecuta el funcionario en violación de sus obligaciones legales".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 553.

D 1854 "La actividad típica hace mención a una conducta que requiere de una materialidad determinada, en este caso recibe el que entra en la tenencia material del objeto que se entrega. Recibir implica una efectiva dación, traspaso, o entrega de: donación, promesa cualquier otro tipo de ventaja o beneficio; supone una traslación física, el desplazamiento del bien de la esfera de custodia del particular a la esfera de custodia del funcionario público, como el dinero o un artefacto eléctrico; más en algunos casos, como acciones, utilidades o depósitos en cuentas corrientes, sería un traspaso inmaterial así como la suscripción de un contrato de compraventa (ficticio), no es la *traditio* física lo que da envergadura al acto, sino la *traditio* jurídica".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 554.

D 1855 "Hemos señalado que recibir significa la recepción del donativo por parte del funcionario o servidor público, lo que no debe dar entender que debe ser de propia mano; el litigante puede dejar el dinero en un paquete que coloca sobre el escritorio del *intraneus*, quedando sobreentendido su contenido. Empero, supongamos que el abogado (muchos los que intervienen en estas prácticas corruptas), le deja al magistrado una copia de un escrito, sin hacerle mención del dinero, que lo ha colocado dentro de los documentos; advertido del hecho, el juzgador, lo pone en conocimiento de las instancias pertinentes, él no sabía que se le estaba entregando la coima, por lo que no actuó dolosamente".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 554 y 555.

D 1856 "A diferencia de la acción de solicitar, la recepción supone la previa o simultánea obtención del acuerdo entre un funcionario y particular, momento en el cual se produce la conculcación del principio de imparcialidad.

La recepción del donativo, dádiva, dinero, coima, etc., no tiene por qué recibirlo necesariamente el funcionario de propia mano, no en pocos casos se emplean a personas interpósitas, a intermediarios, que pueden ser los familiares, los subordinados, empleados, quienes reciben el dinero a nombre y en representación del *intraneus*. Si se da el caso, de que el chofer del alto funcionario recibe la coima por parte el particular y, sabido aquel, no se la entrega a su jefe, igual se habría cometido delito por parte del funcionario y, en definitiva, no podrá denunciar al servidor por hurto o apropiación ilícita. Por lo general, estos "terceros" han de responder penalmente a título de participación delictiva".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 555.

D 1857 "Cuestión importante a saber, es que sea en la modalidad de "aceptar" y de "recibir", no se requiere la verificación de un aprovechamiento por parte del *intraneus*, expresa una fase muy alejada de la efectiva consumación del delito, que puede o no presentarse; v. gr., el funcionario que a merced al dinero recibido se compra un automóvil o engrosa su cuenta bancaria o simplemente la reparte entre los mendigos del barrio. Por consiguiente, no resulta admisible exigir un "ánimo de lucro" en la esfera subjetiva del agente, los móviles, os

propósitos ulteriores que impulsan al autor a verse involucrado en un pacto corrupto, son a efectos de tipicidad penal irrelevantes".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 557.

D 1858 "Por otro lado, el tipo penal desarrolla el verbo recibir, en términos de la RAE, proviene el latín *recipere*, es decir, "dicho de una persona. Tomar lo que le dan o le envían. Hacerse cargo de lo que le dan o le envían, por lo tanto, el agente delictual asuma como tal el medio corruptor, ingresándolo a su esfera personal, es decir, se trata de un accionar concreto, no es especulativo, demandándose la materialización de la misma, incluyendo la promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, por cuanto, el agente delictual concreta el pacto venal, todo ello con la finalidad de negociar la función pública, a efecto de emitir un acto, contraviniendo sus obligaciones funcionariales, subsecuentemente, en este extremo, y en términos similares que el supuesto anterior, la conducta delictual aparece condicionada con la preposición "para" deviniendo en innecesario que el agente delictivo emita un acto en violación de sus obligaciones, por cuanto se trata de un delito de mera actividad".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 579.

D 1859 "Asimismo, la técnica legislativa exige en el agente delictual una conducta activa, la misma que aparece determinada por el verbo "realizar", es decir, se exige la posibilidad de ejecutar un acto funcional en razón del cargo, por lo tanto, en este extremo nos encontramos ante un escenario eminentemente activo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 579.

D 1860 "La diferencia, con el supuesto anterior, aparece identificada en forma omisiva, es decir, el legislador, advierte el supuesto en el cual, el agente delictual deja de cumplir sus funciones, con la finalidad de infringir sus obligaciones funcionariales encomendadas, todo ello, producto del pacto venal asumido por el funcionario o servidor público *intraneus* y el tercero *extraneus*, en ese sentido, el verbo omitir, desde una óptica fenomenológica, implica un no hacer, es decir, la ausencia de un comportamiento locomotor".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 579 y 580.

J 0298 "(...) el delito de corrupción de funcionarios previsto en el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal tiene como verbo rector entro otros el término "recibir", el cual es sinónimo de admitir, asumir e incorporar voluntariamente el medio corruptor, en el patrimonio propio, lo cual supone un desplazamiento del patrimonio o ventaja del que da al que recibe, mediante un acto de disposición por parte del que da (mediando un acto de disposición), perfeccionándose el ilícito penal cuando el agente recibe donativo o beneficio patrimonial indebido (...); pero requiere que la entrega concreta d dinero al funcionario o servidor público, se vincule causalmente con una solicitud o aceptación indebida para realizar u omitir

un acto funcional ilegal (no exigiendo en este supuesto que el funcionario o servidor público realice el acto que lesiona sus deberes funcionales, basta con que el agente reciba la ventaja económica indebida con la finalidad de efectuar una infracción a sus deberes institucionales) o como consecuencia de haber faltado a ellas; en consecuencia, debe probarse que el agente acepto o recibió el dinero y que la dádiva persiga un acto funcional indebido –el funcionario debe pretender violar su deber o deberes propios de su cargo o constituir violación de las obligaciones anexas al mismo– (Recurso de Nulidad número cinco mil ciento treinta y cuatro guion dos mil seis, del veintisiete de abril de dos mil siete)".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 2583-2012-Loreto, del 5 de diciembre de 2012, magistrado ponente: Villa Stein, considerando 3.1.

J 0299 "(...) Asimismo, se le atribuye la presunta comisión del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de cohecho pasivo propio, previsto y sancionado en el artículo 393 del CP, primer párrafo, vigente al momento de los hechos (Ley N° 30111), en agravio del Estado, representado por la Procuraduría Pública Ad Hoc del Estado, ya que habría recibido un donativo por parte de los representantes de la empresa Trasvase Olmos, sin faltar formalmente a sus obligaciones legales, pero defraudando sus deberes funcionales, en su calidad de Presidente del Gobierno Regional de Lambayeque".

Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios. Expediente N°00009-2020-15-5002-JR-PE-03, Resolución N° 5, del 01 de febrero de 2021, magistrado ponente: Salinas Siccha, considerando 4.

- **Solicita, directa o indirectamente donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas**

D 1861 "Lo más relevante del segundo párrafo del art. 393, producido a través de la reforma, es que el funcionario o servidor público solicita la oferta corruptora en forma directa o indirecta (delito de cohecho pasivo propio a pedido del funcionario). Solicitar significa "pretender, pedir o buscar una cosa con diligencia y cuidado" o "pedir una cosa de manera respetuosa"".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal.* 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, pp. 736 y 737.

D 1862 "Otro elemento del tipo penal es la temporalidad del acto, es decir, que la aceptación se puede efectuar antes de realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones, o que la aceptación sea a consecuencia de haber faltado a ellas.

En el primer caso, nos encontramos ante un cohecho pasivo propio antecedente, donde la aceptación de la ventaja o beneficio se encuentra condicionada, pensada a futuro. En el segundo caso, estamos ante el cohecho pasivo propio subsiguiente, donde la ventaja es una contraprestación por la infracción de sus obligaciones, para lo cual no se requiere de un acuerdo previo entre funcionario y particular. Al respecto, la sanción a este tipo de cohecho cuenta con un sustento más práctico que sustantivo, debido a que su orientación está relacionado a superar problemas de índole probatorio, más que afectar la imparcialidad del acto funcional con

posterioridad a su hecho, conforme lo indicado por Benito Sánchez: "[A]contecen cuando lo único que queda probado es la entrega de la dádiva posterior a la ejecución del acto, pero no queda probado el acuerdo previo"".

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. "Cohecho pasivo propio: análisis del artículo 393 del Código Penal". En: *Actualidad Penal*. Volumen 65. Lima: Instituto Pacífico, noviembre de 2019, pp. 149 y 150.

D 1863 "Por solicitar se entiende el pedido hecho a un tercero, por parte del funcionario o servidor, a fin de que este le conceda, en tiempo actual o en el futuro, donativos o ventajas, a cambio de una contraprestación funcional (la venta de actos inherentes a la cosa pública) que le sea favorable o menos perjudicial".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 300.

D 1864 "Solicitar es un verbo rector que configura así la segunda gran modalidad de cohecho pasivo: el cohecho pasivo propio mediante solicitud. Es una modalidad delictiva en la cual el centro del injusto penal está radicado en la conducta del sujeto público que requiere determinadas prestaciones patrimoniales del sujeto indeterminado. Se trata así de un ilícito penal de simple actividad que no necesita que se efectivice el mecanismo corruptor para consumar el delito, es decir, que no es dependiente de que el tercero a quien se dirige el requerimiento convenga o no en entregar o prometer. Esta peculiaridad de nuestra formal legal permite sostener que no siempre el cohecho pasivo es un delito de concurrencia obligada, sino que puede perfeccionarse con la sola manifestación de voluntad del sujeto activo".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, pp. 300 y 301.

D 1865 "Este supuesto delictivo se materializa cuando el agente solicita, requiere o gestiona la entrega de un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a consecuencia de haber faltado o quebrantado los deberes normales que desempeña en la Administración Pública.

El delito se configura cuando el sujeto activo (uncionario o servidor público) de forma directa o indirecta pide, procura, gestiona, solicita o requiere la entrega de un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio por el hecho de que antes ha faltado a sus deberes funcionales. Esta última parte se materializa cuando el agente antes de solicitar o requerir el donativo, promesa o cualquier otra ventaja ya ha trasgredido sus deberes u obligaciones normales previstas en leyes, normas administrativas o reglamentos que regulan y establecen de modo claro los actos de competencia, así como los procedimientos de actuación funcional del funcionario o servidor público.

La conducta se perfecciona con el simple hecho de solicitar o requerir por parte del agente delictivo el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a cambio de haber faltado ya a sus deberes. Para configurarse el delito no es necesario acreditar que lo solicitado haya realmente entregado. Si en un caso concreto, se determina que efectivamente lo requerido lo recibió el agente, estaremos ante un delito agotado".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 566.

D 1866 "Esta modalidad típica, a diferencia de la anterior, configura un acto plenamente unilateral de Cohecho Pasivo Propio, en la medida que su perfección delictiva no está subordinada a la realización de conducta alguna, por parte del particular; es acá donde se muestra incoherente la tesis del delito plurisubjetivo".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 559.

D 1867 "La acción de solicitar consiste en emitir una declaración de voluntad dirigida a un tercero, por la que se manifiesta la disposición a recibir una dádiva o presente a cambio de la realización de un acto propio del cargo".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 559.

D 1868 "Entonces, la perfección delictiva de esta modalidad de cohecho pasivo propio, no está ni condicionad ni subordinada, a que el particular (*extraneus*) acéptese o dígase admita la propuesta cohechadora del funcionario, es decir, la responsabilidad penal de *intraneus* es muy independiente de la responsabilidad penal, de la cual puede estar incurso el particular por el tipo penal de cohecho activo. Y, si esta se presenta, debe tomar lugar de forma voluntaria, libre y desprovista de toda presión o coacción por parte del servidor público, de ser así, la conducción típica se traslada al tipo penal de concusión. Así, en la doctrina cuando se dice que se trata de un acto unilateral del funcionario y el delito se consuma por la mera solicitud del funcionario, sin que sea precisa la aceptación del tercero, que si acepta será responsable de su propio delito (...). Basta acreditar que el agente solicito o requirió a un tercero donativo, promesa, o cualquier otra ventaja con el fin de efectuar un acto trasgrediendo sus deberes funcionales, para consumarse el delito.

El hecho de que el funcionario público inicie las maniobras corruptivas, a través de la solicitud o pedido –que podría entenderse como una actitud "activa"–, no le quita el calificado de "pasivo" en el delito de cohecho, pues aquel se caracteriza por la capacidad en la recepción de los objetos materiales corruptores (...); sostuvimos que la definición como cohecho pasivo, no tiene que ver con una actitud neutra del funcionario, sino con la forma de como ingresan a la esfera de custodia del *intraneus* los medios corruptores".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 560.

D 1869 "Solicitar, es el acto de pedir, pretender, requerir una entrega o promesa de entrega ilícita, que hace el funcionario o servidor a alguien indeterminado con quien se halla vinculado por un acto de su oficio".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 560.

D 1870 "¿Cómo debe presentarse la solicitud de dádiva por parte del funcionario público? Cuando la descripción típica hace referencia a una solicitud directa, quiere decir que el *intraneus* sin ningún tipo de rodeo, de forma inequívoca solicita la coima al particular, enrostra el acto vulgar y desnudo del funcionario, que, sin ningún tipo de escozor, le pide al ciudadano una ventaja económica indebida; así, el policía de tránsito que habiendo intervenido a un conductor que cruzo la avenida en plena luz roja, le pide 100 soles, a fin de no imponerle la multa".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 560 y 561.

D 1871 "Si la solicitud de la entrega de la ventaja o del beneficio, viene precedida por un acto de coacción, donde el servidor hace uso de medios intimidatorios, ya no estamos frente a un acto típico de cohecho, sino de concusión; por lo que a nuestro entender no puede presentarse un concurso delictivo".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 561.

D 1872 "La solicitud del donativo, como bien dice el enunciado normativo, puede tomar lugar de forma "directa" o "indirecta"; la primera de ellas, ya la describimos –líneas atrás–, la segunda de ellas, es la disfrazada, aquella que viene encubierta, revestida de ciertas características, encaminadas a esconder el verdadero propósito de la solicitud: "entablar un pacto corrupto"".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 562.

D 1873 "En efecto, son muchos los caminos, las vías y los medios, que puede empezar el funcionario o servidor público, para solicitarle la coima al aplicar, unos muy sofisticados, aquellos que con mucha finura deslizan una determinada intención bastando que aquellos sean entendidos por su destinatario, para ver si la gestión dio o no sus frutos. En este sentido, lo que sanciona el legislador peruano es que la solicitud corruptora la comience el funcionario o servidor público, no importando como lo haga –directa o indirecta, explícita o implícita–".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 563.

D 1874 "Solicitar consiste, entonces, en requerir al otro que le entregue una ventaja a cambio de la "venta de la función pública". Pero este requerimiento, según la sistemática peruana, no puede incluir ningún elemento de violencia propio de las "exacciones ilegales" o de la "concusión"".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 430.

D 1875 "Ahora bien, la solicitud debe ser expresa y directa, pero no debe tener un contenido de "violencia" o "engaño", pues en este caso estaríamos ante una "concusión" o una "exacción ilegal". No basta con "sobreentendidos" bajo el argumento de que existiría en el medio una "concusión ambiental"; una corrupción generalizada y consolidada, pues en ese caso se estaría sancionando al funcionario por el contexto en el que vive y trabaja y no por una conducta concreta".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 430 y 431.

D 1876 "El supuesto aludido aparece determinado por el verbo "solicitar", en el sentido, la RAE indica que dicho verbo proviene del latín *sollicitare*, el cual significa, "pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado", es decir, el sujeto cualificado, funcionario o servidor público, pide al particular el medio corruptor (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio), dicha pretensión ilegal parece conectada con el requerimiento directo o indirecto, esto implica, respecto al primer supuesto –directamente– que el funcionario o servidor público, por sí mismo solicita al particular el medio corruptor, por lo tanto, se trata de una iniciativa del *intraneus*. El segundo supuesto –indirectamente– implica que el sujeto cualificado, valiéndose de un tercero, solicita el medio corruptor, comprometiendo la función pública, por lo tanto, al considerarse al delito de cohecho pasivo propio, un delito de mera actividad, deviene en irrelevante la aceptación del pacto venal por parte del tercero, ya sea en las modalidades, directa e indirectamente, por cuanto, el funcionario o servidor público, aparecen dotados de deberes especiales personalísimos que imponen obligaciones de salvamento o de protección frente al bien jurídico encomendado. (...).

El pedido realizado por el agente cualificado, directa o indirectamente, por mandato legal, implica que el funcionario o servidor público, emita un acto funcional en razón del cargo, violando o infringiendo sus obligaciones, las mismas que aparecen delimitadas por ley, contratos, reglamentos, directivas, etc., en el caso que el agente delictual cumpla con sus funciones conforme a las normas establecidas, estaremos en la modalidad del cohecho pasivo impropio, siendo, la fundamental diferencia en estas dos figuras delictuales".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 582 y 583.

D 1877 "Por otro lado, surge la interrogante ¿Es necesario que el particular conozca del medio corruptor solicitado por el funcionario o servidor público, en violación de sus obligaciones? Ante ello, considero que respecto a la solicitud directa, no existe problema alguno por cuanto, el supuesto delictual no admite cuestionamiento, por la claridad de su redacción, es decir, el funcionario o servidor público, de manera personal comunica, el pacto venal acompañado del medio corruptor; sin embargo, el problema aparece en el supuesto de solicitar el medio corruptor indirectamente, por intermedio de una tercera persona, es decir, nos encontramos ante los casos de "interpósita persona", en los cuales el funcionario o servidor público, solicita el medio corruptor a través de un tercero, en dicha conducta, por cuanto, nos encontramos ante un supuesto delictual unilateral, en el cual, el injusto penal alcanza perfeccionamiento en la medida que se haya expresado el verbo "solicitar"; el mismo que inmediatamente genera la infracción del deber especial de probidad y deberes de salvamento que tiene

el sujeto cualificado frente al bien jurídico otorgado en custodia, por cuanto el delito resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto.

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

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 583.

D 1878 "Con relación a la modalidad expuesta, el funcionario o servidor público, pide al particular el medio corruptor (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio) para infringir sus obligaciones funcionariales en razón del cargo, empero, dicho pacto venal, radica, en el acto omisivo desplegado por el agente delictual, es decir, el funcionario o servidor público, no realiza el acto funcionarial, se desatiende de sus obligaciones impuestas por la normatividad vigente, por cuanto, aparece ligado al pacto venal con el particular, habiendo vendido la función pública (cohecho antecedente)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 583.

D 1879 "En ese sentido, la omisión del acto funcional, ligado al medo corruptor y a la infracción a la normatividad que delimita sus obligaciones, perfecciona el injusto penal, resultado irrelevante, si la entrega del medio corruptor se logró concretar, en términos similares, deviene en innecesario la aceptación del particular, respecto al pacto venal, por tratarse de un acto unilateral atribuido únicamente al funcionario o servidor público (...).

Asimismo, en este extremo, se advierte con meridiana claridad, la existencia de un acto funcional futuro, prometido por el funcionario o servidor público, por cuanto la preposición "para", determina dicho tiempo, dotándole de una característica peculiar propia de los delitos de peligro abstracto, con lo cual se deja manifiesta la política criminal de adelantamiento de la barrera de punibilidad por la intensidad el injusto penal y el acto nivel de reprochabilidad en el menosprecio de la función pública por parte del sujeto cualificado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 584.

D 1880 "El supuesto materia de análisis, aparece marcado por el verbo rector "solicitar", conforme fue explicado líneas arriba, proviene del latín *sollicitare*, es decir, "pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado", por lo tanto, el sujeto cualificado, funcionario o servidor público, pide al particular el medio corruptor (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio), dicha pretensión ilegal, también aparece conectada con el requerimiento directo o indirecto, todo ello como consecuencia de haber incumplido sus obligaciones".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 584.

D 1881 "Con relación al pedido directo, se advierte la participación personal del funcionario o servidor público en el trato venal con el particular, situación que no advierte dificultad alguna, por la sencillez de su redacción. Sin embargo, el nivel de complejidad aparece evidente en el supuesto "interpósita persona", es decir, el sujeto cualificado que opera en razón del cargo, solicita el medio corruptor indirectamente, por intermedio de una tercera persona, dicho pedido, es como consecuencia de haber faltado a sus obligaciones, es decir, nos encontramos ante la figura del "cohecho subsecuente", en ese sentido, conforme fue explicado líneas arriba, considero que también es perfectamente posible dotar de contenido penal dicha conducta, por cuanto nos encontramos ante un supuesto delictual unilateral".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 584 y 585.

D 1882 "Respecto al "cohecho subsecuente", se tiene que dicho accionar aparece en la medida que el agente delictivo emitió el acto funcional en razón del cargo desempeñado, empero, producto de ello, solicita el medio corruptor proporcionado por el tercero *extraneus*, comprometiendo la función pública encomendada, dicha situación implica que el pacto venal entablado entre el funcionario o servidor público y el particular, surge y es concretado con posterioridad al acto funcional del *intraneus*, quien opera en razón del cargo, en este caso, dicho accionar aparecerá determinado por el verbo rector solicitar, respecto al *intraneus* y dar respecto al "*extraneus*", debiendo responder este último por su propio injusto penal, esto es, cohecho activo genérico".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 585.

D 1883 "En este supuesto, el verbo rector es solicitar, el que se entiende como pedir procurar, gestionar o requerir algo. En tal sentido, el delito se configura cuando el funcionario o servidor público de forma directa (el agente mismo) o indirecta (por intermedio de otra) pide, procura, gestiona, solicita o requiere la entrega de un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto en violación a sus deberes. Esta última parte se materializa cuando el agente realiza un acto trasgrediendo sus deberes u obligaciones normales previstas en leyes, normas administrativas o reglamentos que regulan y establecen de modo claro los actos de competencia, así como los procedimientos de actuación funcional del funcionario o servidor público".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 563.

D 1884 "La conducta se perfecciona con el simple hecho de solicitar, por parte del agente, el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de realizar un acto en violación de sus deberes. El delito se configura independientemente de que posteriormente, por ejemplo, lo solicitado o requerido no se haga realidad o pese a que el

funcionario o servidor público reciba realmente lo solicitado o procurado y no realice el acto quebrantador de sus deberes prometidos. Basta acreditar que el agente solicito o requerido a un tercero donativo, promeso o cualquier otra ventaja con el fin de efectuar un acto trasgrediendo sus deberes funcionales, para consumar el delito. Se trata de un delito de mera actividad".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 564.

D 1885 "Esta hipótesis delictiva se configura cuando el agente en forma directa o indirecta solicita a otra persona donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de prescindir u omitir un acto al que está obligado en violación a sus obligaciones funcionarles que desarrolla en la Administración Pública".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 564.

D 1886 "El delito se configura cuando el sujeto activo, siempre funcionario o servidor público, de forma directa o indirecta, pide, procura, gestiona, solicita o requiere la entrega de un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de prescindir, desatender, incumplir, descuidar, abstenerse u omitir un acto al que está obligado en violación a sus deberes. Esta última parte se materializa cuando el agente omite o se abstiene de efectuar un acto trasgrediendo sus deberes u obligaciones normales previstas en leyes, normas administrativas o reglamento que regulan y establecen de modo claro los actos de competencia, así como los procedimientos de actuación funcional del funcionario o servidor público. La conducta se perfecciona cuando el agente solicita o requiere el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de descuidar o prescindir de un acto en violación de sus deberes funcionales. El delito se configura independientemente de que después, por ejemplo, lo solicitado o requerido no se haga realidad o pese a que el funcionario o servidor público recibiendo realmente lo solicitado o procurado, no realice el acto violatorio de sus deberes prometido. Basta acreditar que el agente solicito o requirió a un tercero donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de omitir o abstenerse de efectuar un acto al que está obligado, trasgrediendo con su actuar sus deberes funcionales, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 564 y 465.

D 1887 "La conducta se perfecciona con el simple hecho de solicitar o requerir por parte del agente, en forma directa o indirecta, el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a cambio de haber faltado ya a sus deberes. Para configurarse el delito no es necesario acreditar que lo solicitado se haya realmente entregado. Si en un caso concreto, se determina que efectivamente lo requerido lo recibió el agente, estaremos ante un delito agotado".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 576.

J 0300 "(...) La postulante acudió voluntariamente al domicilio del ahora sentenciado VHFO, para pedirle ayuda para el concurso a la plaza de Matemáticas, para luego involucrarse esa en una serie de conversaciones y coordinaciones con los procesados, para fijar una suma de dinero, a fin de verse favorecida en dicho concurso público. En consecuencia, desde un inicio los procesados fueron quienes le solicitaron una suma de dinero para que pueda acceder a la plaza convocada; produciéndose, luego, una serie de comunicaciones entre la presunta agraviada y los acusados, encaminadas a negociar el precio convenido, el cual fue finalmente entregado a los encausados, quienes fueron intervenidos de forma flagrante. De tal forma que no se verifica la existencia de medio constrictor alguno, orientado a influir determinantemente en la esfera decisorio de aquella, en tanto si se aprecia que esta actuó con un margen de plena libertad volitiva, desechándose así el juicio de subsunción típica por la modalidad típica de cohecho pasivo propio, reglada en el tercer párrafo, del artículo 393, del Código Penal.

Que los hechos así descritos deben ser reconducidos típicamente a los contornos normativos del segundo párrafo del citado artículo, que regula la modalidad típica de "solicitar", con arreglo a un juicio correcto de subsunción típica, como derivado del principio de legalidad. Como se ha sostenido, el solo hecho que se "condicione" la actuación funcional irregular, a cambio de una dádiva, promesa o ventaja, no hace que esta conducta sea necesariamente constitutiva de la modalidad prevista en el último párrafo del tipo, pues debe agregarse un plus de desvalor que ha de apreciarse a partir de indicios demostrativos, que indiquen un acto típico de coacción, que recae sobre la persona del particular. Situación que no se ha probado en la presente causa, esto es, que alguno de los procesados haya compelido a la presunta agraviada, a la entrega del dinero solicitado".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 627-2013-Apurimac, del 08 de enero de 2014, magistrado ponente: Rodríguez Tineo, considerandos 6 y 7.

J 0301 "Resulta pertinente precisar que la conducta del acusado fue tipificada en el segundo párrafo, del artículo trescientos noventa y tres, del Código Penal, cuya modalidad típica se configura cuando el servidor o funcionario público solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ella. En resumen, constituye un acto unilateral del funcionario público, que consiste en solicitar una dádiva o presente a cambio de la realización o no de un acto propio del cargo. Lo que castiga el tipo penal es la conducta del funcionario, que promueve, instiga o favorece el acto corruptor, incidiendo a partir de su propio accionar, la posibilita de obtener una ventaja indebida, a través del pacto que pretende entablar con el particular, la perfección delictiva, no está condicionada ni subordinada, a que el particular acepte o admita la propuesta cohechadora del funcionario".

Segunda Sala Penal Transitoria. R.N. N° 786-2018-Lima, del 10 de julio de 2018, magistrado ponente: Cevallos Vegas, considerando 4.

- **Condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja**

D 1888 "Finalmente, en el art. 393 –tercer párrafo– del CP, y si duda lo más destacable de la modificatoria legal es la incorporación de la figura del "cohecho pasivo propio

condicionante o condicionado". Esto es, que el funcionario o servidor público condiciona su conducta funcional, que puede ser acciones u omisiones, derivadas precisamente del cargo o empleo que desempeña a la entrega o promesa de algún medio corruptor. Esto sería lo que ordinariamente se conoce como "me pagas y luego actúo"".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal.* 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 740.

D 1889 "El supuesto delictual, delimita la conducta del agente público, a dos verbos, "condicionar" y "entregar", en ese sentido, la RAE, respecto al verbo "condicionar", implica hacer depende algo de una condición. Influir de manera importante en el comportamiento de alguien o en el desarrollo de algo", respecto al segundo verbo, "entregar", la citada academia, refiere que proviene del latín integrare, situación que implica "dar algo a alguien, o hacer que pase a tenerlo", siendo así, el funcionario o servidor público, hace depender su actividad funcional del medio corruptor (donativo o ventaja), solicitando al particular, imponiéndole condicionante de afectación, es decir, en el supuesto que el particular cumpla con la entrega del medio corruptor, entonces habilitara .en un tiempo venidero– el acto funcional a su favor, caso contrario, en el supuesto que el particular no acceda a tal pretensión venal, entonces sufrirá las consecuencias con el acto funcional emitido en su perjuicio.

Siendo así, el supuesto aludido, aparece influenciado por un escenario futuro de la emisión de la conducta venal, empero, los verbos condicionantes operan, para efectos configurativos, en tiempo presente, en ese sentido, en este extremo nos encontramos en un delito de peligro abstracto".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 585 y 586.

D 1890 "El supuesto delictual, delimita la conducta del agente público, a dos verbos, "condicionar" y "prometer", en ese sentido, RAE, conforme fue mencionado líneas de arriba, respecto al verbo "condicionar", implica "hacer depender algo de una condición. Influir de manera importante en el comportamiento de alguien o en el desarrollo de algo", respecto al segundo verbo, "prometer"; la citada academia, refiere que proviene del latín *promittere*, lo cual significa, "obligarse a hacer, decir o dar algo".

En ese sentido, y con un trato diferencia del supuesto anterior , el delito "aparece condicionado" a la existencia de una promesa de entregar el medio corruptor, producto del acto funcional emitido por el sujeto cualificado en razón del caro encomendado, en ese sentido, la técnica legislativa, registra un escenario futuro, empero la fase consumativa es instantánea en la medida que se advierta la presencia de los dos verbos rectores, por tratarse de un delito de mera actividad y de peligro abstracto".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 586.

D 1891 "(...) Según esta descripción normativa, el legislador se aparta sustancialmente de la naturaleza jurídica del delito de "cohecho", pues condicionar una determinada actuación

funcional, implica ejercer una presión psicológica sobre el particular, quien, coartado en su esfera decisoria, acepta entablar el paco corrupto con el funcionario público".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 564.

D 1892 "Condicionar significa que el agente el afirma al tercero que si le entrega un donativo realizará el acto funcional en su beneficio, en cambio, si no le entrega el donativo, realizará el acto funcional en su perjuicio".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 564.

D 1893 "Aspecto a destacar, es que esta modalidad del "cohecho pasivo propio", constituye la variante de mayor agravación, lo que se expresa en la penalidad propuesta para sancionar este comportamiento; donde el desvalor se centra en los medios que emplea el agente para hacerse de la ventaja indebida, de aquellos funcionarios o servidores públicos que se aprovechan de la posición de ventaja o de dominio que ostentan frente a los particulares, ante situaciones de afectación de derechos fundamentales, para hacerse de un provecho indebido".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 564.

D 1894 "Este supuesto delictivo se configura cuando el funcionario o servidor público, ante un tercero, condiciona su conducta funcional dentro de la Administración Pública a la entrega de donativo o cualquier otro tipo de ventaja. Aquí el agente solicita al tercero el facilite, otorgue, transfiera, adjudique o le entregue un donativo o cualquier otra ventaja a cambio de que aquel realice u omita deberes que desempeña en la administración. Condicionar significa que el agente le afirma al tercero que si le entrega un donativo realizará el acto funcional en su beneficio, en cambio, si no le entrega el donativo, realizará el acto funcional en su perjuicio. Es una conducta de corrupción muy características de algunos funcionarios o servidores públicos".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 566 y 567.

D 1895 "Este supuesto delictivo se configura cuando el agente siempre funcionario o servidor público, ante un tercero, condiciona con su conducta funcional dentro de la Administración Pública a la promesa de un donativo o cualquier otro tipo de ventaja. Aquí el agente solicita al tercero le haga la seria promesa de que le entregará un donativo o cualquier otra ventaja a cambio de que aquel realice u omita los deberes que desempeña en la administración. Condicionar significa que el agente le afirma al tercero que si le hace la promesa de entregarle en el futuro inmediato un donativo realizará el acto funcional en su beneficio, en cambio, si no le hace tal promesa, realizara el acto funcionario en su perjuicio".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 567.

- Violación de obligaciones

D 1896 "Según dicho enunciando, la entrega del donativo o la promesa efectuada al funcionario, de otorgarle por ejemplo una ventaja indebida –por parte del particular–, tiene como finalidad, que el *intraneus*, "realice u omite un acto en violación de sus obligaciones". De ahí, que se ponga el énfasis, en que el funcionario o servidor público, debe ostentar determinadas competencias legales en ciertos asuntos, por eso es lo que busca el particular, para que lo favorezca y no para concederle donaciones a título gratuito".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 565.

D 1897 "Carácter indebido del acto. El sujeto activo debe pretender violar sus deberes o debe haberlos violado a través de un acto cualquiera. Si recibiera el "incentivo" para actuar de acuerdo con sus funciones, solo habrá "cohecho pasivo impropio"".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 439.

D 1898 "La violación de deberes puede consistir en un acto que por sí mismo constituya un delito, una infracción administrativa o incluso un acto impune; el tipo penal no exige que la violación de deberes se refiera siempre a un delito; p. ej., puede haber cohecho cuando la "compra-venta" se realiza para que el juez prevarique, pero también para que infrinja algún oro deber funcionarial que no implique prevaricato (p. ej., revelar secretos). Los "deberes" (u "obligaciones" según el texto) infringidos tienen que estar delimitados previamente. En concreto, existe tal infracción cuando la conducta del funcionario atenta contra las leyes, las disposiciones administrativas, mandatos generales de servicio o indicaciones del superior jerárquicos".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 439.

J 0302 "Que el delito imputado a los encausados es cohecho pasivo propio, previsto en el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal, que establece: "El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años…". Por tanto, es de señalar que esta figura penal se configura cuando el comportamiento del funcionario o servidor vinculado a donativo o ventaja entregada o prometida implica la realización de actos contrarios a los deberes funciones, los mismos que pueden consistir en hacer algo en contra de lo ordenado por las leyes y reglamentos como en omitir lo que está obligado a hacer, en ambos casos, por razón de su función, cargo o servicio, como es de colegir la antijurídica del hecho es integral, tanto formal como material (Rojas Vargas, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*, Editorial Jurídica Grijley, dos mil siete, cuarta edición, pagina seiscientos treinta y dos)".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 2685-2011-Cusco, del 29 de noviembre de 2012, magistrado ponente: Neyra Flores, considerando 3.

- Donativo, promesa o cualquier ventaja

D 1899 "En la conducta del agente, siempre funcionario o servidor público, debe estar presente alguno de los medios o mecanismos corruptores del donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio. Si en determinado hecho investigado llega a verificarse que ninguno de los medios citados concurre, sencillamente el delito de cohecho no aparece".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 568.

D 1900 "El art. 393 del CP, materia de análisis, no indica que la ventaja o beneficio deba ser para el propio funcionario (cohecho altruista), por lo que el radio de beneficio se amplía a toda situación; por ejemplo, se configura el delito si la dádiva está dirigida a donarlas a personas de extrema enfermedad o a donarla a su misma institución. Así, si un funcionario acepta una promesa de ventaja a fin de faltar a sus obligaciones y dicha ventaja se encuentra dirigida a la mejora del local donde trabaja este, consideramos que, igualmente, se configura el delito de cohecho, aunque el beneficio no haya sido para el propio funcionario ni para un particular, sino para la Administración Pública.

Ello, como se mencionó, va en sintonía con el bien jurídico penalmente protegido, lo primordial es que la direccionalidad de la actuación del funcionario no sea motivada por un beneficio, el cual puede ser para un tercero, incluyendo al Estado u otros".

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. "Cohecho pasivo propio: análisis del artículo 393 del Código Penal". En: *Actualidad Penal*. Volumen 65. Lima: Instituto Pacífico, noviembre de 2019, pp. 147 y 148.

D 1901 "Concatenado al o mencionado, la dádiva o beneficio no requiere de un quantum o monto mínimo, se cumple el delito de cohecho pasivo propio si el funcionario acepta una dádiva para direccionar su actuar, que está relacionado la bien jurídico protegido, el cual es la expectativa sobre el actuar parcial en la Administración Pública, pues lo primordial es el adecuado desarrollo de la institución pública, vital para la sociedad. (...)".

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. "Cohecho pasivo propio: análisis del artículo 393 del Código Penal". En: *Actualidad Penal*. Volumen 65. Lima: Instituto Pacífico, noviembre de 2019, p. 148.

- Donativo

D 1902 "Dádiva es la cosa que se da graciosamente. Esto es, lo que se da sin retribución económica, es decir, sin contraprestación. La dádiva debe estar constituida por un objeto que se transfiere al autor del hecho, por parte del dador".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 243.

D 1903 "La dádiva entregada, 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 los efectos de la tipicidad. Lo realmente importante es que el dinero o la dádiva sean el recio 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".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 246.

D 1904 "El donativo es aquel bien dado o prometido a cambio de actos u omisiones del funcionario o servidor público, no siendo debido legalmente. Donativo, dádiva o presente son sinónimos, expresan una misma idea: obsequio o regalo. La calidad del donativo penalmente relevante tiene que ver con su poder objetivo para motivar la voluntad y los actos del agente hacia una conducta deseada y de provecho para el que otorga o promete (otro funcionario o particular). Se entiende que el donativo debe poseer una naturaleza material, corpórea y tener valor económico: bienes muebles, inmuebles, dinero, obras de arte, libros, etc.".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 568.

D 1905 "Las coimas son los donativos nimios o en pequeña cantidad o valor, dados al funcionario o servidor público para acelerar trámites, procesos, obviar entrampamientos burocráticos o motivar en general la voluntad del agente. Las coimas constituyen niveles mínimos de cohecho que igualmente resultan punibles, pues generan un clima de relajamiento y amoralidad en el desarrollo administrativo y público de las funciones y servicios públicos".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 569 y 570.

D 1906 "Según la RAE, indica que la palabra donativo, proviene del latín *donativum*, por lo tanto, significa "dádiva, regalo, cesión, especialmente con fines benéficos o humanitarios". (...).

Siendo así, podemos concluir, que dádiva, puede ser cualquier regalo u obsequio con valor patrimonial, mueble o inmueble, cuya entrega aparecerá comprometiendo la función pública por parte del agente delictual, quien opera en razón del cargo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 576.

D 1907 "El donativo es sinónimo de "dádiva" o "presente" y significa cualquier regalo, cualquier entrega a título gratuito en el sentido comercial, pero que tiene por finalidad la venta de la función pública. Solamente puede tratarse de un bien concreto, mueble o inmueble con contenido patrimonial".

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

J 0303 "El medio corruptor se ha definido como donativo, promesa o cualquiera ventaja o beneficio. El donativo es sinónimo de dádiva que tiene el poder de mover o motivar la voluntad y los actos del funcionario o servidor hacia una conducta deseada y que resulta provechosa para el que otorga o promete. La promesa, es el ofrecimiento hecho al funcionario o servidor de efectuar la entrega del donativo o ventaja en un futuro convenido, que reúne los caracteres de seriedad y posibilidad. La ventaja jugar un papel subsidiario, complementario, pues cubre todo lo que no sea susceptible de ser considerado donativo o presente".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 1423-2015-Apurímac, del 03 de agosto de 2016, magistrado ponente: Neyra Flores, considerando 14.

J 0304 "(...) ¿Es suficiente con tal finalidad, ante la inexistencia de prueba directa, la irregularidad del trámite y la rápida aceptación de la inscripción del título? ¿Solo se aplica esta conducta por la solicitud o aceptación de un donativo, de una promesa o de cualquier ventaja? La patente irregularidad del trámite y de la inscripción consiguiente no es univoca para concluir que si lo anterior se dio fue porque medio un donativo, promesa o ventaja. Muchas causalidades pueden determinarla. Es cierto que los imputados (...) aducen que no se conocían-lo que, empero, no tiene base para admitirla como cierta–, pero no existe otro indicio que permita inferir que la calificación del título se debió a la existencia de un donativo, promesa o ventaja. Ni siquiera se sabe en qué consistió el donativo, la promesa o la ventaja, ni cuál de ellas fue y en que dimensión y características. Incluso ninguno de los imputados hablo de un donativo, promesa o ventaja; y, tampoco, los testigos han declarado en ese sentido. Siendo así, por falta de pruebas o, en todo caso, duda razonable –en total equilibrio de pruebas de cargo y de descargo que impiden un juicio de condena–, debe dictarse sentencia absolutoria (...)".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 1875-2015-Junín, del 12 de enero de 2016, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 9.

- Promesa

D 1908 "En el caso de la promesa, también se puede hacer las argumentaciones anteriores con respecto al dinero o la dádiva, por ende, la promesa debe ser de dinero o de cualquier otra dádiva. La promesa puede ser directa o indirecta. La diferencia entre ambas pasa por el hecho de que la primera requiere estar dirigía a funcionario público determinado, mientras que la segunda tan solo exige su manifestación, mas no su individualización en un funcionario alguno".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 246.

D 1909 "La promesa se traduce en un ofrecimiento hecho al agente de efectuar la entrega de donativo o ventaja debidamente identificada o precisa en un futuro mediato o inmediato. Se exige que la promesa tenga las características de seriedad y sea posible material y jurídicamente. El cumplimiento de la promesa resulta irrelevante para la configuración del cohecho. El delito se consuma con la verificación de la simple promesa".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 569.

D 1910 "La RAE, indica, que proviene del latín promissa, es decir, se trataría de la expresión de la voluntad de dar a alguien o hacer por el algo. Persona o cosa que promete por sus especiales cualidades. (...).

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

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 576 y 577.

D 1911 "La promesa es el hecho de comprometerse a entregar o hacer algo; obviamente, aunque el tipo no lo especifica, la promesa no puede estar vacía de contenido, sino debe referirse a la entrega de un bien o a prestar algún servicio. La promesa puede ser directa, es decir, explicita, e indirecta, o sea implícita, p. ej., la que se ofrece a todos los funcionarios de una oficina sin especificar que se favorece realmente al funcionario que realizo el hecho ilícito. No se precisa su efectivo cumplimiento, pues el tipo penal solamente exige la "aceptación" de la promesa; ella puede aplazarse o incumplirse, pero ello no impide la consumación del delito; su cumplimiento solamente constituye el "agotamiento" del delito".

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

- Cualquier ventaja

D 1912 "Cualquier otra ventaja o beneficio debe entenderse como un mecanismo subsidiario y complementario, que cubre todo lo que no sea susceptible de ser considerado donativo o presenta. Es cualquier privilegio o beneficio que solicita o acepta el agente con la finalidad de quebrantar sus deberes funcionales: empleos, colocación en áreas específicas, ascensos, premios, cátedras universitarias, viajes, becas, descuentos no usuales, favores sexuales, favores laborales, etc.".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 569.

D 1913 "La otra ventaja, se refiere a cualquier beneficio que puede recibir el sujeto activo. Este concepto es complementario de los "donativos" y cubre cualquier otra posibilidad de vacía cuando se trate de bienes que no encajen dentro de aquel concepto. Así podrán entrar aquí las prestaciones de servicios o los bienes sin valoración económica dentro del mercado".

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

D 1914 "El legislador, viene utilizando una técnica de tipificación abierta con la finalidad de punir conductas contrarias al orden jurídico, es decir, utiliza la fórmula cualquier otra ventaja o beneficio, haciendo alusión a cualquier accionar en el cual pueda incurrir el funcionario o servidor público al comprometer la función pública, es decir, dicha técnica legislativa, responde a criterios de política criminal dirigidos a combatir la corrupción en las esferas estatales, por lo tanto, el escenario indeterminado permite ingresar todo tipo de dádiva, beneficios personales o a favor de terceros, los mismos que tengan naturaleza tangible".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 577.

J 0305 "(...) el tipo legal de cohecho pasivo propio (...), exige que el funcionario o servidor público solicite o acepte –acciones típicas– donativo, promesa o cualquier ventaja –medios típicos– para la realización de un acto funcional indebido. La prueba del hecho debe abarcar la existencia del acuerdo previo o pacto venal en orden a aceptar o recibir, solicitar y condicionar un acto funcional a un donativo, promesa o ventaja, la cual incluso debe precisarse, por lo menos, en sus contornos mínimos que la hagan identificable. Si no se verifica alguno de esos medios concurre, sencillamente, el delito no aparece (...)".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 1644-Lima, del 02 de enero de 2016, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando décimo cuarto)

3. Tipicidad subjetiva

D 1915 "Como se señaló, en lo referente al delito de cohecho pasivo propio, para la configuración de la parte subjetiva se requiere el deber –por parte del funcionario– de conocer que se encuentra prohibido recibir, solicitar o aceptar una dádiva para direccionar su actuar contradiciendo sus obligaciones. Aquí, el conocimiento llega determinado por los deberes que el son atribuidos al sujeto activo en el campo social en el cual actúa; así, se configuraría el dolo por más que el déficit cognitivo tenga su origen en un defecto volitivo (dolo por indiferencia). Por ejemplo, el funcionario al asumir, pro razón de su cargo, la actividad pública tiene el deber de conocer cuál es la normativa que regula dicha parcela administrativa y, en caso el funcionario no quiera saber (le es indiferente) la normativa pertinente, no puede aludir que no le es atribuible el delito de cohecho pasivo propio porque ignoraba que con su actuar estaba infringiendo sus obligaciones.

Por ende, el delito analizado está configurado como un delito doloso (directo, indirecto o eventual) no permitiéndose –por el principio de legalidad– la posibilidad de una sanción en grado de imprudencia".

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. "Cohecho pasivo propio: análisis del artículo 393 del Código Penal". En: Actualidad Penal. Volumen 65. Lima: Instituto Pacífico, noviembre de 2019, pp. 153 y 154.

D 1916 "La finalidad del "solicitar" o "aceptar" no es un elemento subjetivo especial. Pero, en los casos de "aceptar" debe haber convergencia (aunque no necesariamente identidad plena) entre el dolo del sujeto activo y el del particular, es decir, un acuerdo explícito o

implícito entre ambos. Si no existe la subjetividad en el sujeto pasivo (el funcionario creía que el particular estaba de acuerdo), no hay acuerdo y, por lo tanto, no habría tipicidad de cohecho, pero sí de concusión o exacción.

En ambos casos de cohecho pasivo solamente es posible el dolo directo; el conocimiento y la voluntad de la finalidad o destino del "soborno" recibido o solicitado, que debe conocer y querer el funcionario, hace que se excluya el dolo eventual".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 445.

D 1917 "El delito de cohecho pasivo propio es un delito netamente doloso, es decir, el autor debe tener la intención de cometer el acto ilícito".

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José y UGAZ HEUDEBERT, Francisco. *Delitos económicos, contra la Administración Pública y criminalidad organizada.* Colección de lo Esencial del Derecho N° 18. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2017, p. 101.

D 1918 "De la redacción del contenido del tipo penal se concluye que todas las modalidades o hipótesis delictivas que recoge el artículo 393 del Corpus *iuris penale* son de comisión netamente dolosa, no cabe la posibilidad de ser cometido por negligencia o culpa del funcionario o servidor público.

El dolo supone que el funcionario o servidor público interviene conociendo perfectamente que actúa, hace, omite o prescinde de un acto oficial al que está obligado en violación de las obligaciones del cargo o función, bajo los efectos corruptores del donativo, promesa, ventaja o beneficio. Conoce su proceder indebido, sin embargo, voluntariamente procede".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 572.

D 1919 "Consideramos que solo es posible el dolo directo. No es posible que alguna conducta de cohecho pasivo propio se materialice por medio del dolo eventual. El agente, desde el primer momento, sabe que acepta, recibe, solicita o condiciona su actuar a la entrega de donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto al que está obligado quebrantando sus deberes u obligaciones funcionales".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 573.

D 1920 "El delito es necesariamente doloso en todas las modalidades de cohecho pasivo propio. En el cohecho por aceptación-recepción el dolo ofrece características de convergencia al abarcar la voluntad y conocimiento de ambos agentes del ilícito, tanto del sujeto público que acepta como del sujeto indeterminado que ofrece o entrega. En cambio, en el cohecho mediante solicitud y condicionamiento, el dolo radicara en exclusividad en el funcionario o servidor público, en caso de que el destinatario de dicha acción no acepta tal ilícito negocio de la función pública".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 304.

D 1921 "El tipo penal en cuestión solo acepta el dolo directo. Las acciones típicas examinadas requieren una finalidad en los concertantes, esto es que el sujeto activo de este delito haga o deje de hacer algo relativo a sus unciones, o haga valer su influencia funcional ante otro funcionario para que este haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones. En aras del principio de congruencia, el agente debe tener conocimiento y voluntad de realizar los elementos que integran el tipo penal objetivo. Por lo tanto, el funcionario público debe conocer y aceptar el contrato que se le ofrece por la otra parte, y que este contrato tiene por fin que él debe hacer o dejar de hacer algo relativo a sus funciones, de modo que la cosa que recibe o la promesa que se le hace, es parte de ese acuerdo previo".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, pp. 250 y 251.

D 1922 "El cohecho pasivo es un delito doloso, de dolo directo. El aspecto subjetivo del delito se conforma con el conocimiento por parte del funcionario y la voluntad de actuar en función del acuerdo venal, al recibir el dinero del soborno o aceptar la promesa directa o indirecta del tercero corruptor en el marco de un verdadero pacto ilícito, que compromete la actividad de aquel (hacer, retardar u omitir al algo relativo a sus funciones), según lo acordado".

BUOMPADRE, Jorge. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo III. 3ª edición. Buenos Aires: Astrea, 2009, p. 205.

J 0306 "Que, para la configuración del delito de cohecho (...), 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 persiga un acto funcional indebido, supuestos típicos que no se dan en el presente caso al no existir probanza alguna que compruebe aquello, por lo que al no haberse destruido la presunción de inocencia en este extremo es procedente absolverlos".

Sala Penal Permanente, R.N. N° 4082-2006-Lima, del 26 de marzo del 2008, magistrado ponente: Pariona Pastrana, considerando 5.

4. Autoría y participación

D 1923 "El delito de cohecho pasivo propio es un delito especial. Solo puede ser perfeccionado por una persona que tiene la condición o cualidad de funcionario o servidor público. Los particulares están excluidos de ser autores de este delito. Estos solo pueden ser atribuidos al mismo delito en su calidad de cómplices, si se llega a verificar su intervención en la conducta del funcionario o servidor público.

La exigencia es que aquel funcionario o servidor público debe tener competencia para realizar u omitir el acto funcional al que se compromete. Si no tiene competencia y solo, por ejemplo, interviene para hacer que otro funcionario o servidor público lo realice, aquel no será imputado por el delito de cohecho pasivo propio, sino por tráfico de influencias".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 570 y 571.

D 1924 "Según se desprende de la redacción normativa, la calidad de autor solo puede ostentarla aquel que se encuentra revestido de la función pública (funcionario o servidor público), quien debe actuar con ocasión de los servicios públicos que presta a la Nación; por tales motivos, se erige como un delito "especial propio"".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 549.

D 1925 "El cohecho pasivo es un delito especial propio, debido a que únicamente puede ser cometido por un funcionario público nacional, provincial o municipal, en los términos del art. 77, parr. 3, del Código Penal, salo que se trate de un juez o un funcionario del Ministerio Público, en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales o funciones específicas, supuesto en que se especializa la figura, desplazándose al art. 257 (cohecho pasivo agravado)".

BUOMPADRE, Jorge. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo III. 3ª edición. Buenos Aires: Astrea, 2009, p. 200.

D 1926 "La autoría recae solamente en el funcionario sobornado; si son varios y todos ellos tienen relación funcionarial con los deberes infringidos, habrá "coautoría"; pero lo más probable es que se trate de un caso específico de "cohecho pasivo" del artículo 395".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 447.

D 1927 "En ese sentido, es necesario precisar, que solo será autor, el sujeto que ostente el titulo formal de funcionario o servidor público, y además opere en ejercicio del cargo específico encomendado, dicho requisito deviene en necesario, por cuanto, con ello se estaría evidenciando la venta de la función pública o el pacto venal entablado con el particular, caso contrario la figura deviene en inexistente, por lo tanto, se advierte la existencia de un deber especial o específico impuesto en el funcionario o servidor público, dicho deber no es fácil de detectar, por cuanto, emana de las actividades funcionales previstas, mayoritariamente, en normas extrapenales.

Siendo así, es perfectamente posible la admisión de la autoría directa, en la medida que el sujeto cualificado, domine la acción delictiva por sí solo, a manera de ilustración, por ejemplo, en el caso que el alcalde provincial o distrital, sin intervenir en razón de su cargo en los procesos de contratación pública, solicita sumas dinerarias al particular con la finalidad de otorgarle, al consorcio que representa el citado particular, la buena pro de la citada contratación pública vinculada al rubro de obras, a primera vista, en la medida que se asuma la existencia de un concurso real de delitos, entre el delito de colusión simple o agravada y cohecho pasivo propio, pareciera que no existiría dicho deber específico en el alcalde, por cuanto, su deber seria genérico, toda vez que dicho deber específico en "razón del cargo", radica en los miembros del comité especial; empero, analizando con detenimiento, el acalde también porta el deber específico funcionarial, por cuanto, en condición de titular de la entidad edil, constituye pliegos presupuestarios para la admisión presupuestaria y financiera, conforme señala el art. 51 de la Ley N° 27972 – Ley Orgánica de Municipalidades–, por lo tanto, de conformidad con el art. 7 del Reglamento de la Ley N° 30225 –Ley de Contrataciones Estado–, establece:

"El Titular de la Entidad es responsable de supervisar y efectuar el seguimiento al proceso de planificación, formulación, aprobación y ejecución oportunidad del Plan Anual de Contrataciones"; en ese sentido, se entiende por Plan Anual de Contrataciones (PAC) al instrumento de gestión para panificar, ejecutar y evaluar las contrataciones, el cual se articula con el Plan Operativo Institucional y el Presupuesto Institucional de la Entidad, siendo así, el alcalde, al tener un deber de vigilancia o supervisión de manera directa sobre la ejecución del PAC que el mismo aprobó, a pesar de no haber participado en el otorgamiento de la buena pro u otra etapa del proceso de contratación pública, su accionar tendrá contenido penal respecto a las cualquiera de las dos primeras modalidades que regula la forma omisiva y no así respecto a la tercera modalidad condicionante.

En ese sentido, el alcalde, perfecciona el tipo penal a título de autor directo, con el solo hecho de incurrir en alguno de los verbos rectores demandados por el tipo penal, esto es, "aceptar", "recibir" y "solicitar", propios en los dos primeros supuesto delictivos, los cuales tendrán que estar vinculados al medio corruptor el mismo que es traslado, de manera directa o indirecta al particular, en ese sentido, el tipo penal alcanza su perfeccionamiento en la forma omisiva propia, por el deber de vigilancia o supervisión impuesto, como titular de la entidad. En ese mismo hilo conductor, el particular, en este caso, empresario responsable del consorcio, en la medida que haya incurrido en los verbos rectores de "ofrecer", "dar" o "prometer"; verbos rectores propios del delito de cohecho activo genérico, deberá responder por dicha ilicitud, según el caso concreto fijado por los verbos aludidos".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 593 y 594.

D 1928 "Puede admitirse una coautoría, cuando los funcionarios o servidores públicos comparten legalmente una determinada función, y así infringen el orden legal, recibiendo ambos una ventaja indebida.

Si solo aquel que detenta la función pública puede ser autor –a efectos penales–, no podrá admitirse una autoría mediata –desde afuera–, pues el particular nunca estará en posibilidad de quebrantar los deberes exclusivamente funcionariales; pero si el hombre de atrás es también un funcionario público, que comparte esferas de competencia leal con el hombre de adelante, quien recibe la coima y realiza un acto en violación de sus deberes funcionales, podrá decirse que obra sin dolo, siempre y cuando se den circunstancias particulares, de que el donativo forma parte del ingreso legal de bienes de la Administración, no obstante debe reconocer también, que está actuando en contravención a sus deberes legales, lo que en realidad es muy difícil de admitir. Pasando por alto, las dádivas o las promesas de todas formas el comportamiento del *intraneus*, habría de ser reputado como abuso de autoridad".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 551.

D 1929 "Con relación a la coautoría, es posible en la medida que el acto funcional, sujeto al pacto venal o venta de la función pública, exija el accionar conjunto de dos o más funcionarios o servidores públicos, quienes operan en razón del cargo, sujetos que deberán estar

inmerso en cualquiera de los verbos rectores, esto es, "aceptar"; "recibir", "solicitar" y "condicionar", según cada caso concreto".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 594.

D 1930 "Respecto a la autoría mediata, también es posible, respecto al verbo rector "solicitar", esto es, en el supuesto en el cual, el autor solicita indirectamente el medio corruptor a través de un tercero, es decir, estaríamos ante un caso de dominio de la voluntad, en la cual el tercero, tendrá que operar en las causales de error o coacción, situación desplegada por el hombre de atrás, debiéndose absolver al tercero instrumentalizado, empero la situación cambiaria en la medida que el instrumento actúe con dolo, situación que lo convierte en un instrumento doloso no cualificado, debiendo responder a título de cómplice primario del delito de cohecho pasivo propio, por cuanto sobre el no recae deber especial o estatus cualificado en razón del cargo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 594.

D 1931 "En el delito de cohecho pasivo propio; tanto desde la óptica de los delitos de dominio y delitos de infracción de deber, admite la participación delictual, en todos sus extremos, es decir, admite las formas de complicidad (primaria y secundaria), esto es, será partícipe el sujeto que coopera con el plan del autor cualificado respecto a la obtención de los medios corruptores para violar o faltar a sus obligaciones funcionales en razón del cargo encomendado, dicha afirmación, encuentra amparo en la redacción de la parte final del art. 25 del CP, cando señala que el cómplice siempre responde en referencia del hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo no concurran en él, es decir, el legislador se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 594 y 595.

D 1932 "Desde el punto de vista de la participación, y al tratarse de un delito especial, la actuación de esta persona interpuesta que no reúne las características exigidas por el tipo penal, es decir, ser funcionario público, solo puede quedar atrapada por la complicidad de primer grado (...)".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 251.

D 1933 "Solo será auto el funcionario o servidor público en el ámbito de sus funciones (*intraneus*), y los terceros (*extraneus*) solo podrán ser cómplices o instigadores, ello con base en la teoría de la unidad del título de imputación, pues por más que el particular sea un funcionario o tenga el dominio del hecho en la comisión del delito de cohecho pasivo propio, no pesa sobre él el deber especial que emana de la posición social que ocupa el funcionario a cargo del actor civil, administrativo, judicial o política. La colaboración del particular que está dirigida al quebrantamiento del deber del funcionario determina la comisión del delito de

cohecho pasivo propio (una adhesión inequívoca la injusto típico del funcionario público), lo cual a la larga es la defraudación de expectativas normativa básicas para el desarrollo social".

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. "Cohecho pasivo propio: análisis del artículo 393 del Código Penal". En: *Actualidad Penal*. Volumen 65. Lima: Instituto Pacífico, noviembre de 2019, p. 154.

5. Tentativa y consumación

D 1934 "Es cierto que la consumación se produce ya con la mera "solicitud" o con la "aceptación" (de promesa o de la entrega de un bien) debido a que lo que en realidad se pena es el pacto venal. Y este existe no en el sentido contractual de "perfeccionamiento" debido a una identidad de voluntades, sino ya con la manifestación de voluntad expresada como una propuesta de venta de la función pública, independientemente de que el funcionario interiormente haya pretendido no dejarse influir por el bien prometido o entregado".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 450.

D 1935 "El cohecho pasivo puede ser cometido tanto en su forma comisiva (mediante actos de realización actual o futura) u omisiva (a través de la no realización de actos funcionales, o la realización de actos distintos a los que se halla obligado el sujeto público)".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 304.

D 1936 "En ese sentido, conforme aparece sostenido líneas arriba, el delito de cohecho pasivo propio resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto, por la naturaleza de los verbos rectores, es decir, la conducta delictual aparece determinada por un accionar instantáneo, siendo así, en ningún de los tres presupuestos delictivos del art. 393 del CP, resulta admisible el delito tentado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 591.

D 1937 "Considerando al delito analizado, como delito especial propio, el perfeccionamiento del tipo penal, depende del verbo rector identificado en cada supuesto delictual, es decir, las dos primeras modalidades, determinadas por los verbos rectores "aceptar", "recibir" y "solicitar", alcanzan perfeccionamiento consumativo en la medida que el agente delictual incurra en dichos verbos rectores, por cuanto, conforme fue manifestado líneas arriba, el delito analizado resulta ser un delito de mera actividad, cuya consumación aparece evidencia con la sola presencia identificadora del verbo rector aludido, siendo así, deviene en irrelevante para los fines consumativos que el agente delictivo viole o falte al cumplimiento de sus obligaciones, resaltando innecesario para los fines consumativo, si el particular cumple con la entrega de los medios corruptores, esto es, el donativo, promesa o cualquier otra ventaja de naturaleza tangible".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 591.

D 1938 "Respecto a la tercera modalidad, esto es, aquella que aparece relacionada con el verbo "condicionar", el tipo penal alcance perfeccionamiento consumativo, en la medida que el sujeto activo imponga el accionar condicionante para con el particular interesado en la venta de la función pública, dicho condicionamiento, estará vinculada a la emisión del acto funcional, producto del cual el agente delictual obtendrá la promesa del donativo o ventaja, de la misma forma, por cuanto el delito es de mera actividad, deviene en irrelevante si el particular entrega el medio corruptor".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 591.

D 1939 "El delito de cohecho pasivo propio, aparece agotado, desde una óptica de dominio e infracción de deber, en la medida que el agente delictual, con posterioridad a la emisión de la conducta delictiva, expresada en los verbos rectores "aceptar", "recibir", "solicitar" y "condicionar"; obtiene el medio corruptor (adiva, promesa o cualquier otra ventaja de naturaleza tangible), es decir, respecto a los dos primeros supuestos delictivos, determinados por los verbos rectores "aceptar", "recibir" y "solicitar", la figura agotada aparece determinada en la medida que el agente delictivo, viole o falte al cumplimiento de sus obligaciones, producto de la obtención o pedido respecto al medio corruptor; de la misma forma, se advierte supuesto agotado, con relación a la tercera modalidad delictiva, en la medida que después que el agente delictual imponga el condicionamiento para el cumplimiento de la función pública emite el acto funcional en razón del cargo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 592.

D 1940 "El delito se consuma con el pacto, y dentro de ello con el recibimiento del precio, esto es el dinero o la dádiva, y en esto nada tiene que ver si el funcionario cumple o no con la promesa que había hecho cuando recibió el dinero o la dádiva.

En el caso de la promesa, el delito se consuma en el momento de la aceptación de la promesa, aunque luego ella no se cumpla. Por lo tanto, el cumplimiento del acuerdo de las partes no cambia el momento consumativo que se da solo cuando se recibe le dinero, la dádiva o la promesa".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 252.

D 1941 "Las conductas descritas en el art. 256 del Código Penal (aceptar la promesa o recibir el soborno), una vez realizadas por el agente, conllevan a la consumación delictiva. En efecto, estamos en presencia de un delito de simple o mera actividad, que no requiere ningún resultado para su configuración".

BUOMPADRE, Jorge. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo III. 3ª edición. Buenos Aires: Astrea, 2009, p. 204.

J 0307 "Finalmente, ante el argumento del abogado defensor que el direccionamiento del expediente (la segunda demanda de amparo) no se habría producido, debemos tener en

cuenta que, en el caso de los delitos de cohecho pasivo, el delito se consuma con el simple hecho de aceptar o recibir el donativo, promesa o ventaja ya sea para actuar conforme o en contra de sus obligaciones. No será necesario que esto último se configure. Y por otro lado, si se tratara de un caso de cohecho activo (como es el caso bajo análisis), el delito se consuma cuando se ofrece, entrega o prometa donativo o cualquier ventaja al funcionario y ello sin que sea necesario que el funcionario acepte o realice el acto esperado. (...)".

Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria. Expediente N° 0023-2018-4-5001-JS-PE-01, Resolución N° TRES, del 12 de febrero de 2021, magistrado ponente: Núñez Julca, considerando 3.18.

II

COHECHO PASIVO IMPROPIO

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 394 **Cohecho pasivo impropio**

El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que 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, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa[50].

TEXTO ORIGINAL

Artículo 394.- Cohecho impropio

El funcionario o servidor público que solicita o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para practicar un acto propio de su cargo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

PRIMERA MODIFICATORIA

Artículo 394.- Cohecho pasivo impropio

El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

El funcionario o servidor público que 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, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal[51].

50 Texto vigente conforme a la modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 de noviembre de 2013 en el diario oficial *El Peruano*.

51 Texto conforme a la modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada el 6 de octubre de 2004 en el diario oficial *El Peruano*.

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico

D 1942 "Como en la mayoría de delitos que en este libro interpretamos, el bien jurídico genérico es el corrector, transparente y normal funcionamiento de la Administración Pública. En cambio, respecto del bien jurídico específico, al igual que en el cohecho pasivo propio en la doctrina se han ensayado hasta tres posiciones:

1. Tutelar los deberes que nacen del cargo, función o atribuciones con la consiguiente fidelidad hacia la Administración Pública a la que están obligados funcionarios y servidores públicos.
2. Tutear el principio de imparcialidad en el desenvolvimiento de las funciones y servicios por parte de los sujetos públicos. Sus decisiones deben tomarse sin interferencias.
3. Tutelar los actos de oficio, de la compraventa de prestaciones efectuadas por particulares u otros funcionarios o servidores públicos.

Consideramos que las tres posiciones resumen desde visiones distintas el bien jurídico específico que se pretende tutelar con el tipo 394 del Código Penal".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 605 y 606.

D 1943 "En ese sentido, conforme fue explicado en otro apartado, considero, que el bien jurídico general, resulta ser el correcto funcionamiento de la Administración Pública, por cuanto, la finalidad del legislador aparece dirigida a la protección del interés público, por otro lado, de manera específica, el objeto de protección resulta ser el principio de imparcialidad el cual aparece ligado al deber de probidad que el asiste a todo funcionario o servidor público que opera en razón del cargo encomendado, en ese sentido, el pacto venal, entablado entre el agente delictivo cualificado y el particular, defrauda dicho principio e infringir el deber, lesionando la institución "Administración Pública", encontrando en este extremo, justificación no solo la conducta contraria al orden jurídico, sino también la justificación al reproche jurídico penal".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 623.

J 0308 "El ilícito imputado a los sentenciados María Elena Figueroa Cruz, Serapio Peterson Rosales León y Pascual Dionisio Patricio Mota, se halla encuadrado en el segundo párrafo del Código Penal, vigente al momento de los hechos. Al respecto, la jurisprudencia refiere "Que, el delito de cohecho pasivo impropio tipificado en el artículo trescientos noventa y cuatro del Código Penal, se configura, cuando el agente –funcionario o servidor público– solicita a otro una promesa o cualquier otra ventaja indebida para practicar un acto propio de su cargo, siendo por ello un delito especial, cuyo bien jurídico tutelado –en palabras del profesor Manuel Abanto Vásquez– consiste en el correcto funcionamiento de la Administración Pública, entendiéndose por solicitar, al "acto de pedir, pretender, requerir una entrega o promesa de entrega ilícita, que hace el funcionario o servidor a alguien indeterminado con quien se halla vinculado por un acto de oficio", no siendo necesario para que se configure el delito

que el receptor del delito acceda o entregue lo solicitado, que como se ha dicho puede ser una promesa, la misma que consiste en un donativo o ventaja que se hará efectiva en un futuro determinado, haciéndolo con la finalidad de practicar un acto propio de su cargo y sin infringir o menoscabar sus funciones, –a su vez, el profesor Fidel Rojas Vargas considera que "el comportamiento activo de solicitar [implica que] el delito se consume con la petición (delito de actividad) dirigida al sujeto que proveerá el donativo, la promesa o la ventaja"–, por lo que, esta modalidad delictiva no admite la tentativa". (R.N. 4130-2008, Ejecutoria Suprema de 29 de enero de 2010)".

Segunda Sala Penal Transitoria. R.N. N° 2176-2016-Áncash, del 28 de noviembre de 2017, magistrado ponente: Cevallos Vegas, considerando 4.

2.2. Sujeto activo

D 1944 "El delito de cohecho pasivo impropio es un delito especial. Solo puede ser perfeccionado por una persona que tiene la condición o cualidad e funcionario o servidor público. Los particulares están excluidos de ser autores de este delito. Solo pueden ser cómplices si se advierte que han colaborado o ayudado al sujeto público obligado a cometer el delito.

La exigencia es que aquel funcionario o servidor público debe tener competencia para realizar u omitir el acto funcional al que se compromete. Si no tiene competencia y solo interviene para hacer que otro funcionario o servidor público lo realice, no se le imputará el delito de cohecho pasivo propio sino el de tráfico de influencias".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 606.

D 1945 "Común denominador de los injustos de cohecho, es que autor solo puede serlo el funcionario o servidor público, en pleno ejercicio de su actuación pública derivando su caracterización como delito "especial propio", tal como se anotó en el caso del artículo 393 del CP.

No solo el sujeto ha de estar revestido de la función pública, sino que a su vez debe contar con una determinada esfera de competencia funcionarial, así lo evoca el enunciado normativo cuando se dice que: "debe 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, o como consecuencia del ya realizado"; si aquel recibe la coima para ejecutar un acto que no es de su competencia funcionarial, será un delito de Usurpación de Funciones – artículo 361 del CP–".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 587.

D 1946 "El cohecho pasivo impropio es un delito especial, por ello solo podrá ser cometido por aquella persona que tiene la condición de funcionario o servidor público".

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José y UGAZ HEUDEBERT, Francisco. *Delitos económicos, contra la Administración Pública y criminalidad organizada*. Colección de lo Esencial del Derecho N° 18. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2017, p. 104.

J 0309 "Que respecto a los delitos de cohecho pasivo propio e impropio imputado a los encausados (...), tipificado en los artículos trescientos noventa y tres y trescientos noventa y cuatro del Código Penal respectivamente, debe tenerse en cuenta que en ambos delitos son tipos cualificados, que exigen que el autor sea un funcionario público que incumple su deber funcional, por lo que siendo los citados encausados representantes de la empresa Asther Peru, se infiere que no ostentaron cargo público alguno por lo que no cumplen con el requisito legal establecido en el artículo cuatrocientos veinticinco del Código Penal; (...)".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 3412-2010-Piura, del 03 de agosto de 2011, magistrado ponente: Lecaros Cornejo, considerando 11.

2.3. Sujeto pasivo

D 1947 "El sujeto pasivo del delito de cohecho pasivo impropio es el Estado al ser el único titular del bien jurídico tutelado tanto a nivel genérico como específico.

Sin embargo, cuando el perjudicado directamente es una entidad estatal solo esta se constituirá en sujeto pasivo excluyéndose al Estado".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 607 y 608.

D 1948 "El sujeto pasivo en este delito es el Estado".

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José y UGAZ HEUDEBERT, Francisco. *Delitos económicos, contra la Administración Pública y criminalidad organizada*. Colección de lo Esencial del Derecho N° 18. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2017, p. 104.

D 1949 "Sujeto ofendido es el Estado, como título de todas las actuaciones funcionariales que se manifiestan en todo el aparato público; también de forma indirecta la sociedad, que ve mermada su confiabilidad en el sistema cuando se perpetran actos de esta naturaleza".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 588.

2.4. Conducta típica

D 1950 "Resulta importante apuntar que todos los supuestos son actos comisivos o de acción, pero el artículo 394 no contempla la modalidad omisiva. Este tipo de comportamientos se subsumen en la tipicidad del cohecho pasivo por omisión, previsto y sancionado en el artículo 393 del Código Penal. Ello es así, debido a que necesariamente es un comportamiento que importa violación de obligaciones funcionales normales".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 602.

D 1951 "El delito de cohecho pasivo impropio está regulado en el art. 394 del Código Penal peruano, y lo que se reprime es la conducta del funcionario servidor público que si bien está acorde con el ejercicio de su función, es decir no está prohibido su actuación, el origen de

tal comportamiento está en una actitud forzada anteladamente por un factor corruptor que le propinó un particular o hasta otro funcionario. La impropiedad del cohecho radica en que el sujeto activo no quebranta sus obligaciones funcionales, es decir, la realización de la acción u omisión se realiza dentro del marco legal y reglamentario. Más aun, no interesa finalmente que el funcionario o servidor público haga o deje de hacer de acuerdo a su competencia".

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2ª edición. Lima: Jurista Editores, 2017, pp. 742 y 743.

D 1952 "Frente a esta modalidad, se presenta el denominado cohecho impropio, que sanciona a los funcionarios o servidores públicos que aceptan, reciben o solicitan ventaja o beneficios para realizar o a consecuencia de haber realizado actos propios de su función, ajustados a ley, vale decir, circunscriben su actuación al cumplimiento de sus deberes y atribuciones funcionales dando así cumplimiento a la normatividad, leyes o reglamentos que información sobre el correcto desenvolvimiento de las funciones públicas".

ESPINOZA MONTES, Amelia Lida. "El delito de cohecho pasivo propio. Aspectos específicamente dogmáticos". En: *Actualidad Penal*. Volumen 49. Lima: Instituto Pacífico, julio de 2018, pp. 103 y 104.

- **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 o como consecuencia del ya realizado**

D 1953 "Este delito se configura cuando el funcionario o servidor público acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto que le corresponde por su cargo o empleo sin faltar a su obligación o deber funcional, o como consecuencia de haber realizado ya dicha obligación o deber funcional. Se denomina impropio justamente porque el funcionario realiza el acto irregular para cumplir una función que normalmente le corresponde desarrollar.

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José y UGAZ HEUDEBERT, Francisco. *Delitos económicos, contra la Administración Pública y criminalidad organizada*. Colección de lo Esencial del Derecho N° 18. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2017, p. 104.

- **Solicitar, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación o como consecuencia del ya realizado**

D 1954 "Por ejemplo, un supuesto de cohecho pasivo impropio se puede presentar cuando un funcionario de la municipalidad solicita un donativo, promesa o beneficio económico para darle celeridad a un trámite que por su cargo le corresponde realizar. A diferencia del cohecho pasivo propio, en el cohecho pasivo impropio el funcionario o servidor público no falta a su deber u obligación funcional".

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José y UGAZ HEUDEBERT, Francisco. *Delitos económicos, contra la Administración Pública y criminalidad organizada*. Colección de lo Esencial del Derecho N° 18. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2017, p. 104.

- Medios corruptores

D 1955 "El donativo es aquel bien dado o prometido a cambio de actos u omisiones del funcionario o servidor público, no siendo debido legalmente. Donativo, dádiva o presente son sinónimos, expresa una misma idea: obsequio o regalo. La calidad del donativo penalmente relevante tiene que ver con su poder objetivo para motivar la voluntad y los actos del agente hacia una conducta deseada y de provecho para el que otorga o promete (otro funcionario o particular). Se entiende que el donativo debe poseer una naturaleza material, corpórea y tener valor económico: bienes muebles, inmuebles dinero, obras de arte, libros, etc.".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 603.

D 1956 "La promesa, en cambio, se traduce en un ofrecimiento hecho al agente de efectuar la entrega de donativo o ventaja debidamente identificada o precisa en un futuro medio o inmediato. Se exige que la promesa tenga las características de seriedad y sea posible material y jurídicamente. El cumplimiento de la promesa resulta irrelevante para la configuración del cohecho. El delito se consuma con la verificación de la simple promesa".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 603.

D 1957 "El contenido de la promesa puede ser muy variado: la entrega futura de una oferta remunerativa, bien mueble o inmueble, entrega de utilidades económicas, ascensos laborales, viajes, encuentros sexuales, etc. La modalidad de la promesa puede ser directa, explicita o indirecta, utilizando familiares o allegados del sujeto activo. El momento de hacerse realidad la promesa puede ser en un futuro cercano o mediato, incluso cuando ya ha perdido el agente la calidad de funcionario o servidor público, siempre claro está que la promesa se halle vinculada con el ejercicio funcional del agente. Lo fundamental es el vínculo que une a los acotos del funcionario con la promesa efectuada".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 604.

D 1958 "Cualquier otra ventaja o beneficio debe entenderse como un mecanismo subsidiario y complementario, cubre todo lo que no sea susceptible de ser considerado donativo o presente. Es cualquier privilegio o beneficio que solicita o acepta el agente por realizar un acto propio de su cargo sin quebrantar sus deberes funcionales: empleos, colocación en áreas específicas, ascensos, premios, cátedras universitarias, viajes, becas, descuentos no usuales, favores sexuales, favores laborales, etc.

Las coimas son los donativos nimios o en pequeña cantidad o valor, dados al funcionario o servidor público para acelerar tramites, procesos, obviar entrampamientos burocráticos o motivas en general la voluntad del agente. Las coimas constituyen niveles mínimos de cohecho que igualmente resulta punibles, pues generan un clima de relajamiento y amoralidad en el desarrollo administrativo y público de las funciones y servicios públicos".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 604.

3. Tipicidad subjetiva

D 1959 "Se trata de un delito netamente doloso, es decir, el autor debe tener la intención de cometer el acto ilícito".

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José y UGAZ HEUDEBERT, Francisco. *Delitos económicos, contra la Administración Pública y criminalidad organizada*. Colección de lo Esencial del Derecho N° 18. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2017, p. 104.

D 1960 "De la redacción del tipo penal se concluye que todas las modalidades o hipótesis delictivas que recoge el artículo 394 del CP son de comisión netamente dolosa, no cabe la posibilidad de ser cometido por negligencia o culpa del funcionario o servidor público.

El dolo supone que el funcionario o servidor público interviene conociendo perfectamente que actúa, hace u omite o prescinde de un acto oficial al que está obligado bajo los efectos corruptores del donativo, promesa, ventaja o beneficio. Conoce su proceder indebido, sin embargo, voluntariamente procede.

Consideramos que solo es posible por el dolo directo, no es posible que alguna conducta de cohecho pasivo impropio se materialice por medio de dolo eventual. El agente desde el primer momento sabe y conoce que acepta, recibe o solicita la entrega de donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar un acto al que está obligado a efectuar e acuerdo con sus funciones y atribuciones del cargo o empleo que desempeña dentro de la Administración Pública".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 608.

D 1961 "Sin lugar a dudas, el delito de cohecho pasivo impropio es un delito de comisión dolosa, no admitiendo la forma imprudente, por cuanto, por técnica de tipificación, el dolo es inferido y la culpa es expresa, según los lineamientos fijados en el art. 12 del CP".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 624.

D 1962 "EL delito requiere de dolo en el comportamiento del sujeto activo, que por lo demás permitirá diferenciarlo también de la conducta de un ilícito administrativo, en el que no existe finalidad de actuación bajo dichos incentivos, pero se aceptan donativos o ventajas provenientes de terceros".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 313.

D 1963 "El hecho punible denominado "cohecho pasivo impropio" se configura o perfecciona cando el sujeto activo siempre funcionario o servidor público con conocimiento y voluntad acepta, recibe o solicita en forma directa o indirecta, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar

a su obligación funcional, o como consecuencia de haber ya realizado su obligación funcional normal.

No se exige que el sujeto activo cumpla con ejecutar el acto de función que al tercero corruptor le interesa, pero si es necesario que exista vinculación causal imputable entre los actos funcionales o de servicio y el objeto corruptor lo cual descarta por atípicas a las actividades no funcionales o privadas realizadas o por realizar por parte del funcionario o servidor público".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 596.

4. Autoría y participación

D 1964 "Por lo tanto, será autor, el sujeto que ostente el título forma de funcionario o servidor público, y además opere en ejercicio del cargo específico encomendado, dicho requisito devienen en necesario, por cuanto, con ello se estaría evidenciando la venta de la función público o el pacto venal entablado con el particular, caso contrario la figura deviene en inexistente, por lo tanto, se advierte la existencia de un deber especial o específico impuesto en el funcionario o servidor público, dicho deber no es fácil de detectar, por cuanto, emana de las actividades funcionales previstas, mayoritariamente, en normas extrapenales".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 626.

D 1965 "Siendo así, no existe problema alguno respecto a la admisión de la autoría directa, en la medida que el sujeto cualificado domine la acción delictiva por sí solo. Respecto a la autoría mediata, también es posible, sobre el verbo rector "solicitar", esto es, en el supuesto en el cual, el autor solicita indirectamente el medio corruptor a traes de un tercero, es decir, estaríamos en un caso de dominio de la voluntad en la medida que el tercero, actúe en la causales de error o coacción, situación desplegada por el hombre de atrás, debiéndose absolver la tercero instrumentalizado, empero, la situación cambiaria en la medida que el instrumento actúe con dolo, situación que lo convierte en un instrumento doloso no cualificado, debiendo responder a título de cómplice primario del delio de cohecho pasivo impropio, por cuanto sobre el no recae deber especial o estatua calichado en razón del cargo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 626.

D 1966 "Con relación a la coautoría, es posible en la medida que el acto funcional, sujeto al pacto venal o venta de la función pública, exija el accionar conjunto de dos o más funcionarios o servidor públicos, quienes operan en razón del cargo, sujetos que deberán estar inmerso en cualquiera de los verbos rectores, esto es, "aceptar"; "recibir" y "solicitar"; según cada caso concreto, todo ello, en cumplimiento de sus deberes funcionales".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 627.

D 1967 "Conforme venimos sosteniendo en los diversos tipos penales de naturaleza cualificada, en este caso, del delito de cohecho pasivo impropio, tanto desde la óptica de los delitos de dominio y delitos de infracción de deber, admite la participación delictual en todos su extremos, es decir, admite las formas de complicidad (primaria y secundaria), esto es, será partícipe el sujeto que coopera con el plan del autor cualificado en la medida que aparezca vinculado a los medios corruptores propios del pacto venal, dicha afirmación encuentra amparo en la redacción de la parte final del art. 25 del CP, cuando señala que el cómplice siempre responde en referencia del hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él, es decir, el legislador se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 627.

5. Tentativa y consumación

D 1968 "Conforme se viene sosteniendo líneas arriba, el delito de cohecho pasivo impropio, resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto, por la naturaleza de los verbos rectores determinada por la comisión instantánea, siendo así, el delito de cohecho pasivo impropio, no admite el delito tentado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 624.

D 1969 "En el supuesto de aceptar donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo sin faltar a su obligación funcional, la conducta se perfecciona con el simple hecho de materializarse en la realidad el verbo rector aceptar o admitir. El delito se configura independientemente de que luego, por ejemplo, lo prometido u ofrecido se haga realidad. Basta acreditar que el agente acepto o admitió donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de efectuar un acto sin trasgredir sus obligaciones funcionales normales, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 609.

D 1970 "Por su parte, en el supuesto de aceptar donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido como consecuencia de haber ya realizado su obligación funcional, la conducta se perfecciona con el simple hecho de hacerse realidad el verbo aceptar. Basta acreditar que el agente aceptó o admitió donativo, promesa o cualquier otra ventaja como consecuencia de haber realizado el acto funcional normal de su cargo o empleo, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 609.

D 1971 "En cambio, en el supuesto de 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 funcional, el hecho punible se configura o perfecciona cuando el agente siempre funcionario o servidor público, con la finalidad específica de realizar un acto sin quebrantar sus deberes dentro de la Administración Pública, recibe, toma, acoge, embolsa o recibe de un tercero (otro funcionario o un particular) un donativo o cualquier otra ventaja indebida.

La conducta se perfecciona con el simple hecho de percibir o recibir. Basta acreditar que el agente recibió o embolsó el donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de efectuar un acto sin transgredir o lesionar sus deberes funcionales, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 609.

D 1972 "En el supuesto de recibir donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido como consecuencia de haber ya realizado su obligación funcional, la conducta se perfecciona con el simple hecho de percibir o recibir. Basta acreditar que el agente recibió o embolsó el donativo, promesa o cualquier otra ventaja luego de haber cumplido su deber funcional, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 610.

D 1973 "Por otro lado, en el supuesto de solicitar en forma directa o indirecta, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación funcional, la conducta se perfecciona con el simple hecho de solicitar donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de realizar un acto propio del cargo o empleo sin violentar sus deberes. El delito se configura independientemente de que lo solicitado o requerido se haga realidad o no. Basta acreditar que el agente solicitó o requirió a un tercero donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de efectuar un acto sin trasgredir sus deberes funcionales, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 610.

D 1974 "En el supuesto de solicitar en forma directa o indirecta, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido como consecuencia de haber ya realizado su obligación funcional normal, la conducta se perfecciona cuando el funcionario o servidor público de forma directa (el agente mismo) o indirecta (por intermedio de otra persona) pide, procura, gestiona, solicita o requiere la entrega de un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio como consecuencia de haber realizado los deberes propios de su cargo o empleo. Basta acreditar que el agente solicitó o requirió a un tercero algún elemento corruptor, consecuencia de haber realizado o cumplido con sus obligaciones normales, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 610.

D 1975 "Al ser todos los supuestos etiquetados con el *nomen iuris* de cohecho pasivo impropio (antecedente y subsiguiente), comportamiento o conductas de mera actividad, no es posible la tentativa".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 610 y 611.

D 1976 "El delito de cohecho pasivo impropio, aparece agotado, desde una óptica de dominio e infracción de deber, en la medida que el agente delictual, con posterioridad a la emisión de la conducta delictiva, expresada en los verbos rectores "aceptar", "recibir" y "solicitar", obtiene el medio corruptor (dádiva, promesa o cualquier otra ventaja de naturaleza tangible, es decir, la figura agotada aparece determinada en la medida que el agente delictivo, cumple sus obligaciones conforme a ley, reglamentos o directivas que determinan su accionar, todo ello producto de la obtención o pedido respecto al medio corruptor".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 626.

III

COHECHO PASIVO ESPECÍFICO

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 395 **Cohecho pasivo específico**

El magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas que es hecho con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad solicite, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos días-multa[52].

TEXTO ORIGINAL

Artículo 395.- Corrupción pasiva

El juez, árbitro, fiscal o miembro del tribunal administrativo o de cualquier otro análogo que solicita o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja, a sabiendas que se lo hacen con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años.

PRIMERA MODIFICATORIA

Artículo 395.- Corrupción pasiva

El juez, árbitro, fiscal, miembro del Tribunal Administrativo, perito o cualquier otro análogo que solicite y/o acepte donativo, promesa u otra ventaja, a sabiendas que se lo hacen con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días de multa.

La inhabilitación que como accesoria de la pena privativa de libertad se imponga al agente del delito será puesta en conocimiento del Colegio de Abogados del lugar en donde se encuentre inscrito para que la Junta Directiva, bajo responsabilidad, proceda en el plazo de cinco (05) días a suspender la colegiación respectiva[53].

---

52 Texto vigente conforme a la modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada el 6 de octubre de 2004 en el diario oficial *El Peruano*.

53 Texto conforme a la modificatoria efectuada por el artículo 1 del Decreto Ley N° 25489, publicado el 10 de mayo de 1992, en el diario oficial *El Peruano*.

SEGUNDA MODIFICATORIA

Artículo 395.- Corrupción pasiva

El juez, fiscal, miembro de Tribunal Administrativo, perito o cualquier otro análogo que solicite y/o acepte donativo, promesa u otra ventaja, a sabiendas que se lo hacen con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días de multa.

La inhabilitación que como accesoria a la pena privativa de libertad se imponga al agente del delito será puesta en conocimiento del Colegio de Abogados del lugar en donde se encuentre inscrito para que la Junta Directiva, bajo responsabilidad, proceda en el plazo de cinco (05) días a suspender la colegiación respectiva[54].

TERCERA MODIFICATORIA

Artículo 395.- Corrupción pasiva

El magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo que solicite y/o acepte donativo, promesa o cualquier otra ventaja, a sabiendas que es hecha con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa .

La inhabilitación que como accesoria a la pena privativa de libertad se imponga al agente del delito, será puesta en conocimiento del Colegio respectivo en donde se encuentra inscrito el agente, para que dentro de cinco (5) días proceda a suspender la colegiación respectiva, bajo responsabilidad[55].

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico

D 1977 "En ese sentido, considero, que el bien jurídico general, resulta ser el correcto funcionamiento de la Administración Pública, por cuanto, la finalidad del legislador aparece dirigida a la protección del interés público, por otro lado, de manera específica, el objeto de protección resulta ser el principio de imparcialidad el cual aparece ligado al deber de probidad que le asiste a todo funcionario o servidor público que opera en razón del cargo encomendado, en ese sentido, el pacto venal entablado entre el agente delictivo cualificado y el particular, defrauda dicho principio e infringir el deber, lesionando la institución "Administración Pública", encontrando en este extremo, justificación no solo la conducta contraria al orden jurídico sino también la justificación al reproche jurídico penal".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 638.

D 1978 "El bien jurídico genérico es el correcto y normal funcionamiento de la Administración Pública. Respecto al bien jurídico específico, podemos indicar que se pretende proteger, por un lado, los deberes que nacen del cargo, función o atribuciones con la consiguiente fidelidad hacia la Administración Pública a la que están obligados funcionarios y servidores

54 Texto conforme a la modificatoria efectuada por la tercera disposición modificatoria de la Ley N° 26572, publicada el 5 de enero de 1996 en el diario oficial *El Peruano*.

55 Texto conforme a la modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 26643, publicada el 26 de junio de 1996 en el diario oficial *El Peruano*.

públicos; y, por otro lado, tutelar el principio de imparcialidad en el desenvolvimiento de las funciones y servicios por parte de los sujetos públicos. Sus decisiones deben tomarse sin la intervención de interferencias. Se busca con ello preservar la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en el ámbito jurisdiccional y administrativo".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 621.

D 1979 "Preservar la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccional y administrativo".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 316.

D 1980 " (...) el bien jurídico tutelado es la "imparcialidad" y la "legalidad", en el ejercicio de la función pública, que pueden verse afectados y/o con aptitud de afectación, tanto cuando el funcionario omite realizar un acto propio de sus funciones, con evidente beneficio del particular que ofrece, da, o promete entregarse una dádiva o cualquier tipo de ventaja, como por esa misma conducta en la que participa el particular (*extraneus*), en el sentido de que su contribución fáctica resulta esencial, para que pueda ponerse en peligro el interés jurídico protegido. Por lo que puede postularse un criterio común de ambos injustos (cohecho pasivo y activo), conforme al interés jurídico tutelado, lo que no puede ser pregonado de forma coherente en el caso del cohecho impropio, al consistir en una actuación que más que lesionar la imparcialidad de la función pública, lo que pone en evidencia es un comportamiento en franca contravención a los valores éticos y deónticos, que han de seguir los funcionarios en las prestaciones públicas que realiza, erigiéndose en verdaderos "mercaderes", de la actuación pública; que si bien desde un plano puramente dogmático habría de rechazar su incriminación, desde razones en puridad de política criminal puede ser valedero, a fin de prevenir eficazmente estas conductas disvaliosas".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 599 y 600.

J 0310 "El delito de cohecho pasivo específico está previsto y sancionado en el artículo 395 del Código Penal, artículo modificado por el artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada el 06 de octubre de 2004, que señala:

> "El magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendo que es hecho con el fin de influir o decidir en un asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de quince años (...).
>
> El magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad solicite, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años (...)".

Según Peña Cabrera Freyre "(...) en los delitos de cohecho el bien jurídico tutelado es la "imparcialidad" y la "legalidad", en el ejercicio de la función pública, que pueden verse afectados y/o con aptitud de afectación, tanto cuando el funcionario omite realizar un acto propio de sus funciones, con evidente beneficio del particular que ofrece, da, o promete entregarse una dádiva o cualquier tipo de ventaja (...). En tal sentido, para el delito de cohecho pasivo específico, tenemos que el bien jurídico protegido, es el de preservar la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccionales o administrativos; en otras palabras, el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

El cohecho pasivo específico bajo análisis resulta ser un delito especial propio, por lo que solo pueden ser autores a efectos penales, quienes tienen la calidad de magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro del Tribunal Administrativo o cualquier análogo. Cabe señalar que, no basta que el agente activo cumpla con tener dicha cualidad funcional, para ser considerado autor, sino que se necesita obligatoriamente que este tenga capacidad decisoria y/o resolutiva, previamente este es el fundamento material del injusto del tipo penal en cuestión.

Como puede apreciarse la calidad especial del sujeto activo está enfocada aquellos que tienen conocimiento (funcional y territorial) y facultad para resolver determinadas situaciones conformacionales, y se soslaya, por ejemplo, a otros tipos de funcionarios públicos que ocupan cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la Administración Pública.

El Estado peruano, como titular de los servicios públicos que consagran los funcionarios detallados en el artículo 395 del Código Penal, es el sujeto pasivo por la conducta delictiva.

De inicio diremos que, de la lectura del primer párrafo del artículo 395 del Código Penal, estamos frente a un delito de participación necesaria, toda vez que la realización típica se ve condicionado por el aporte fáctico de ambos actores. Por un lado, de quien confiere la dádiva a efectos de influir en un caso que está conociendo el magistrado y, por otro lado, el funcionario específico que la recibe para favorecerlo, determinado por el beneficio indebido.

El segundo párrafo del acotado artículo se erige como un delito monosubjetivo, ya que la conducta típica se circunscribe a que el magistrado requiera los medios corruptores. Aquí no se necesita una contribución material del particular, pues basta con que el magistrado solicite el beneficio, es irrelevante si el particular lo admita.

El comportamiento delictivo sancionado en este tipo penal, permite tres posibles conductas: i) Cuando el sujeto activo acepta el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio; ii) Cuando el agente delictivo recibe el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio; y, iii) Cuando el agente solicita directa o indirectamente el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio.

La aceptación que se refiere a admitir, tolerar o consentir el donativo, promesa o cualquier otra ventaja por parte del funcionario, puede tomar lugar inmediatamente, ya sea cuando se desembolsa el dinero o bien mueble, o tras una promesa a futuro, en cuanto a la recepción del bien en una fecha posterior. Por su parte, la modalidad de recibir, implica que el agente percibe o ingresa activamente a su ámbito de dominio alguno de los medios típicos señalados en la norma penal; y, finalmente, el verbo rector solicitar se consuma con el acto de pedir, pretender, requerir una entrega, ventaja, beneficio o promesa de entrega ilícita, que hace el funcionario público a alguien determinado, con quien se halla vinculado por un acto propio de su oficio. Por lo tanto, el solo requerimiento es objeto de sanción penal, sin necesidad de que la entrega se haya realizado.

Respecto a la tipicidad subjetiva, según lo señalado precedentemente, se advierte que el sujeto activo del delito *sub examine* acepta o recibe un beneficio a sabiendo que se hace con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento; y, solicita donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, dicha solicitud lo realiza con el fin de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento. Por lo que nos encontramos a un delito que exige que la conducta sea desplegada de manera dolosa".

Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria. Precisión de Calificación Jurídica - Exp. N° 00006-2018-0-5001-JS-PE-01, Resolución N° 09, del 27 de marzo de 2019, magistrado ponente: Núñez Julca, considerando 10.

J 0311 "Respecto al bien jurídico tutelado, como el tipo penal es un delito especial propio y de infracción del deber, el funcionario público por el estatus que ostenta, tiene el "deber especial positivo" de actuar con imparcialidad, rectitud, transparencia y objetividad. En el caso que nos ocupa, su actuación, bajo estos principios, debe darse durante las diligencias preliminares, en la investigación preparatoria en las demás fases del proceso penal, y en todo acto en que intervenga en razón del cargo, en casos sometidos a su conocimiento o competencia".

Sala Penal Transitoria. Recurso de Apelación N° 5-2017- Huánuco, del 09 de mayo de 2019, magistrado ponente: Castañeda Otsu, considerando 7.1.

J 0312 "En este sentido, puede advertirse que las líneas centrales del bien jurídico que se protege en el delito de cohecho pasivo específico es la correcta administración de justicia (como parte de la administración publica), la imparcialidad y la objetividad.

Es necesario aclarar –a propósito de lo agravios formulados por la defensa en este extremo– que la significante "administración de justicia" corresponde tanto al ejercicio de la función judicial como a la función administrativa, en la que tenga competencia el sujeto activo cualificado. El tipo penal prevé incluso que dicho bien jurídico puede ser afectado por los peritos, pues, es factible que estos órganos de prueba, efectúen un pronunciamiento distorsionado.

En este último supuesto, es decir, si el perito acepta o recibe donativo, promesa, ventaja o beneficio o lo solicita con la finalidad de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento, no actúa como juez ni tampoco como miembro de Tribunal Administrativo, de lo que también se observa que la interpretación restrictiva que esgrime la defensa no es de recibo, máxima si también los árbitros podrían realizar este tipo de conductas, y su condición tampoco es la de juez ni de miembro de un Tribunal Administrativo".

Sala Penal Especial. Expediente N° 44-2019-3, Resolución N° 4, del 27 de agosto de 2020, magistrado ponente: Guerrero López, considerando 6.1.

2.2. Sujeto activo

D 1981 "Sujeto activo puede ser un magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de Tribunal Administrativo "o cualquier otro análogo". Se trata claramente de funcionarios que intervienen resolviendo, impulsado o aportando pruebas en la resolución de procesos judiciales o administrativos".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 488 y 489.

D 1982 "Es un delito "especial propio", por lo que solo pueden ser autores a efectos penales, quienes tienen la calidad de magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro del Tribunal Administrativo o cualquier análogo".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 603.

D 1983 "De acuerdo a lo descrito, debe quedar claro, que no basta que el sujeto activo cumpla con tener dicha cualidad funcional, para ser considerado autor, sino que se requiere necesariamente que este cuenta con capacidad decisoria y/o resolutiva, precisamente este es el fundamento material del injusto del tipo legal previsto en el artículo 395 del CP: la mayor responsabilidad del funcionario dentro del aparato de la Administración Pública y administración de justicia; se trata de magistrados o fiscales, sean titulares o provisionales, de las diversas ramas en que se desempeñan funcionalmente (civil, penal (en todas sus sub-especialidades, contencioso-administrativo, familia, terrorismo, anticorrupción, etc.), que tienen a su cargo un Juzgado o una Fiscalía y no aquellos que desempeñan labores auxiliares, de asistente de despacho, secretarios jurisdiccionales, debiéndose incluir a los Fiscales Adjuntos Provinciales, pues es de verse que ellos no poseen capacidad decisoria, únicamente cuando asumen la conducción del despacho, que debe plasmarse mediando una resolución de la autoridad competente y si estas personas están incursos en actos de corrupción, sus conductas deben ser reconducidas a los artículos 393 o 394 dependiendo de la naturaleza del caso concreto".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 603 y 604.

D 1984 "Estamos frente a un delito especial, lo cual implica que solo puede ser cometido por aquella persona que ostenta el puesto de funcionario o servidor público en su calidad de juez, árbitro, perito, miembro del Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo con la capacidad de decidir en una controversia".

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José y UGAZ HEUDEBERT, Francisco. *Delitos económicos, contra la Administración Pública y criminalidad organizada.* Colección de lo Esencial del Derecho N° 18. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2017, p. 107.

D 1985 "Respecto al sujeto activo, el delito de cohecho pasivo específico, resulta ser un delito de dominio, específicamente, delito especial propio, por cuanto, el tipo penal exige un agente delictual cualificado, esto es, magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores, en ese sentido, dicha condición especial, restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente.

Por otro lado, desde la perspectiva de los delitos de infracción de deber, se advierte que, el supuesto de hecho registra una relación entre el agente delictivo (magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores) y la institución "Administración Pública", por lo tanto, el legislador registro deberes especiales impuestos al sujeto activo, es decir, el funcionario público al incursionar en cualquiera de los verbos rectores ("aceptar, "recibe" y "solicita") y los medios corruptores (donativo, promesa

o cualquier otra ventaja o beneficio), estaría infringiendo sus deberes de salvamento o protección del bien jurídico encomendado, por lo tanto, en este extremo, respecto a la conducta delictual, se advierte una institución especial y deberes positivos, subsecuentemente, se trata de un delito de infracción de deber".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 630.

D 1986 "Por otro lado, el tipo penal hace referencia a los miembros del Tribunal Administrativo, es decir, se "hace referencia explícita a los integrantes de los Tribunales Administrativos que sustancian y resuelven actos de relevancia extrapenal (...). Cabe señalar que la norma penal emplea el término "miembro" para denotar con ello indistintamente a los titulares, suplentes, provisionales o extraordinarios, se refiere, por ejemplo, a los miembros del Tribunal de Indecopi, del Tribunal Fiscal, del Tribunal de Aduana, etc.

Finalmente, la norma estipula la cláusula, cualquier otro análogo a los anteriores, es decir, se trata de una cláusula abierta, la misma que "abarca a cualquier otro funcionario o servidor público encargado por ley de administrar justicia jurisdiccional o administrativa. Entrarían aquí los miembros del JNE, los miembros del CNM, comisiones especiales del Congreso, autoridades de las comunidades campesinas encargadas de administrar justicia comunal, etc.".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 632.

D 1987 "El delito de cohecho pasivo propio específico es un delito especialísimo, pues parte de solo perfeccionarse por una persona que tiene la condición o cualidad de funcionario o servidor público, este sujeto público debe además tener la condición de magistrado, árbitro, fiscal perito, miembro del Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo. Los funcionarios o servidores públicos que no tienen aquella condición específica que refiere el tipo penal, así como los particulares están excluidos de ser autores del delito de cohecho pasivo propio específico".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 621 y 622.

D 1988 "Con rango de exclusividad solo el magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de tribunal administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores.

a. El magistrado

La redacción original del artículo 395 aludía solo al juez. La Ley N° 26643 sustituyó el término por el de magistrado, ampliándose de esta forma el círculo de autores del delito. El vocablo "magistrado" tiene dos acepciones. Una en sentido amplio para comprender con él a todo funcionario público que posee autoridad, ya sea judicial, administrativa o política (ingresa en esta definición lata, jueces, prefectos, ministros, fiscales, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, etc.). En sentido estricto, magistrado es el funcionario público encargado por ley de administrar justicia. Ingresan en esta noción estricta solo los jueces en sus diversos niveles y grados, jueces de paz, de primera instancia, vocales superiores, supremos; titulares y suplentes, interinos o provisionales; los

jueces del Tribunal Constitucional y los del fuero militar policial. La norma penal utiliza aquí un concepto estricto del magistrado, razón por la cual especifica a continuación el otro orden de magistrados (en sentido amplio) a quienes considera sujetos pasibles de sanción: los fiscales y los análogos.

Los árbitros son designados o nombrados oficialmente. No ingresan aquí los árbitros de consenso, es decir, los designados por las partes".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, pp. 316 y 317.

D 1989 "b. El fiscal

El fiscal es el funcionario que integra y representa al Ministerio Público, que tiene como misión la defensa de la legalidad y la representación de la sociedad en juicio, entre otras atribuciones establecidas en su ley orgánica y de funciones. El término fiscal es conglobante, es decir, comprende a todos los niveles y jerarquías (incluso los fiscales de la justicia militar policial).

c. El perito

El perito es también aquel designado o nombrado oficialmente. Los autores del delito de cohecho pasivo propio específico no son los peritos particulares equiparados".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 317.

D 1990 "d. Miembro del tribunal administrativo

Hace referencia explícita a los integrantes de los tribunales administrativos que sustancian y resuelven actos de relevancia extrapenal, los cuales se han incrementado en la medida de la mayor estructuración y ordenamiento de las funciones administrativas. Se trata de entidades de administración de justicia civil y no jurisdiccional, cuyas decisiones pueden ser impugnadas en la vía judicial (o jurisdiccional). Así, por ejemplo, los tribunales administrativos del Indecopi, de la Superintendencia Nacional de Salud, del Tribunal Fiscal, etc. Cabe señalar que la norma penal emplea el término "miembro" para denotar con ello indistintamente a los titulares, suplentes, provisionales o extraordinarios".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, pp. 317 y 318.

D 1991 "e. Cualquier análogo a los anteriores

Veamos ahora a que se refiere la norma cuando menciona "a cualquier otro análogo a los anteriores". La apertura de la norma está hecha para incluir a otros, tales como integrantes del Consejo Nacional de la Magistratura. Están asimilados en este nivel aquellos que administran justicia en virtud al artículo 149 de la Constitución, es decir, las autoridades de las comunidades campesinas y nativas".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 318.

J 0313 "Que del segundo párrafo del artículo 395 del Código Penal propende una extensión de los posibles sujetos activos del delito de cohecho pasivo, comprendiendo también a los peritos y árbitros. En el primer caso, referido a los peritos, lo que interesa destacar es que este debe asumir tal calidad de manera oficial y, en dicha virtud, su aporte es valioso para la norma penal, pues lo que se trata de asegurar es la vigencia del principio de imparcialidad. Aun cuando no decidan directamente el caso sometido a controversia judicial o administrativo, por ser de competencia de un magistrado, fiscal o autoridad competente, su informe debe estar sometido al principio de objetividad".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 2773-2013-Huánuco, del 16 de enero de 2014, magistrado ponente: Rodríguez Tineo, considerando 3.

J 0314 "Con relación al sujeto activo, señala que se exige la calidad especial y el comportamiento típico, conforme al caso concreto, radica en que el agente, solicita directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio. Esta modalidad, gira en torno al verbo rector de solicitar; esto es pedir, gestionar o requerir algo, el delito se configuraría cuando el sujeto activo del delito de forma directa (el mismo) o de forma indirecta (por intermediarios), pide, gestiona o solicita, donativos o promesas con la finalidad de favorecer en su decisión al sujeto corruptor, de esta manera el agente pierde o es mejor decir quebrando los principios rectores de su función como el principio de imparcialidad que dirige a los funcionarios con poder de decisión en asuntos judiciales o administrativos".

Sala Penal Transitoria. Recurso de Apelación N° 10-2017-Puno, del 06 de agosto de 2019, magistrado ponente: Pacheco Huancas, considerando 16.

J 0315 "En cuanto a la imputación objetiva, dentro de la estructura de este tipo penal, se aprecian, entre otros elementos normativos, los siguientes: Sujeto activo y autoría. Se exige al sujeto activo una cualidad especial, el autor no puede ser cualquier persona sino aquellos que ostentan el cargo público y cumplen el rol funcional específico. En este caso, se trata de fiscales de todas las instancias que intervienen en la decisión de las investigaciones fiscales y participan en los procesos judiciales".

Sala Penal Transitoria. Recurso de Apelación N° 5-2017-Huánuco, del 09 de mayo de 2019, magistrado ponente: Castañeda Otsu, considerando 7.2.

2.3. Sujeto pasivo

D 1992 "Respecto al sujeto pasivo, resultaría ser el Estado, por cuanto, es el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "Administración Pública", la doctrina jurisprudencial, fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.° 23 de la Cas. N° 103-2017-Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada.

A pesar de ello, se deberá identificar la entidad a la cual aparece ligado el sujeto activo a efecto de obtener la representación específica, es decir, si el funcionario, resulta ser juez, entonces el agraviado será el Estado, representado por la Procuraduría del Poder Judicial".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 632.

D 1993 "El sujeto pasivo del delito de cohecho pasivo específico es el Estado, al ser el único titular del bien jurídico tutelado tanto a nivel genérico como específico.

Sin embargo, cuando el directamente perjudicado es una entidad estatal solo esta se constituirá en sujeto pasivo excluyéndose al Estado".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 623.

D 1994 "Ofendido es el Estado, como titular de los servicios públicos que brindan las personas detallada en la redacción normativa contenida en el artículo 395 del CP".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 607.

D 1995 "El sujeto pasivo en el delito de cohecho pasivo específico es el Estado".

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José y UGAZ HEUDEBERT, Francisco. *Delitos económicos, contra la Administración Pública y criminalidad organizada*. Colección de lo Esencial del Derecho N° 18. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2017, p. 107.

2.4. Conducta típica

D 1996 "El delito de cohecho pasivo específico se configura, en primer lugar, cuando un magistrado, árbitro, perito, miembro del Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo acepta o recibe de un tercero donativo o promesa de cualquier tipo para influir o decidir en un asunto sometido a su conocimiento o competencia.

Otra modalidad se presenta cuando alguna de las personas antes mencionadas no se limita a aceptar o recibir, sino que solicita a un tercero, directa o indirectamente, un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento.

Basta para la configuración del tipo penal que se acredite que el agente aceptó, recibió o solicitó de un tercero el donativo o beneficio económico para influir o decidir en alguna materia que es de su competencia".

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José y UGAZ HEUDEBERT, Francisco. *Delitos económicos, contra la Administración Pública y criminalidad organizada*. Colección de lo Esencial del Derecho N° 18. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2017, p. 107.

D 1997 "El delito de cohecho pasivo específico, resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto, por cuanto, los verbos rectores fijados, esto es, "aceptar", "recibir" y "solicitar", resultan ser de comisión instantánea, resultando irrelevante para su consumación, si el agente delictivo favoreció al particular con su decisión funcionarial, toda vez que la finalidad corruptora pertenecería a la esfera subjetiva, siendo que a nivel del tipo objetivo, la técnica legislativa pertenece al delito de peligro abstracto".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 638.

D 1998 "El cohecho pasivo específico por la calidad del agente se configura cuando este, ya sea en su calidad de magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro del Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo bajo cualquier modalidad, acepta o recibe de tercero (otro funcionario o particular), donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas de que es efectuado o realizado con el fin de influir o decidir en un asunto sometido a su conocimiento o competencia".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 614.

D 1999 "De igual forma, se perfecciona el citado ilícito penal cuando el agente, ya sea en su calidad de magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro del Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo bajo cualquier modalidad, solicita a un tercero (se entiende interesado en el asunto), directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que está sometido a su conocimiento".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 614 y 615.

D 2000 "Todas las hipótesis delictivas tienen que estar vinculadas a asuntos sometidos a conocimiento y competencia propios del sujeto activo. Los casos de prestaciones que no ingresan al ámbito de su competencia no configuran el cohecho pasivo que analizamos. Sin duda, alguna de las conductas punibles que configuran en conjunto el cohecho pasivo específico por la calidad del agente pueden implicar un recíproco intercambio de prestaciones donde el agente del ilegal comportamiento se beneficia con el donativo o ventaja y mediatamente con la promesa que logra del concurrente en el delito (particular u otro funcionario o servidor público), mientras que este último obtiene provecho al resolverse el asunto a su favor o de acuerdo con sus intereses particulares. Pero esta bilateralidad no concurre en todos los casos, como ocurre en la modalidad típica de solicitar, pues aquí, con el simple hecho de solicitar se consuma o perfecciona el delito no exigiéndose la aceptación del tercero. No es necesaria la existencia de pacto o concierto para consumarse el delito".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 615.

J 0316 "La estructura del tipo penal, entre otros, presenta los siguientes elementos normativos:

a) Aceptar o recibir donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio: el tipo penal exige que el *intraneus* acepte o reciba del abogado o parte procesal, terceros, intermediarios, entre otros, los medios corruptores a título de donativo, promesa y/o cualquier otra ventaja, que debe entenderse como dinero, bienes o favores.

b) Con el fin de influir en la decisión.

c) Asunto sometido a su conocimiento o competencia".

Sala Penal Permanente. Apelación N° 5-2019-Lima, del 21 de octubre de 2020, magistrado ponente: Coaguila Chávez, considerando 1.

- Medios corruptores

D 2001 "Donativo, promesa o cualquier otra ventaja. Estos elementos deben interpretarse, al igual que en el tipo básico de cohecho, como cualquier bien o prestación idónea para significa el "precio" de la compraventa de la función pública".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 492.

- Donativo

D 2002 "La RAE, indica que la palabra donativo, proviene del latín *donativum*, por lo tanto, significa "dádiva, regalo, cesión, especialmente con fines benéficos o humanitarios"".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 633.

D 2003 "Siendo así, podemos concluir, que dádiva, puede ser cualquier regalo u obsequio con valor patrimonial, mueble o inmueble, cuya entrega aparecerá comprometiendo la función pública por parte del agente delictual, quien opera en razón del cargo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 633.

D 2004 "El donativo, dádiva o presente son sinónimos, expresan una misma idea: obsequio o regalo. La calidad del donativo penalmente relevante tiene que ver con su poder objetivo para motivar la voluntad y los actos de agente hacia una conducta deseada y de provecho para el que otorga o promete (otro funcionario o particular). Se entiende que el donativo debe poseer una naturaleza material, corpórea y tener valor económico: bienes muebles, inmuebles, dinero, obras de arte, libros, etc.".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 619.

- Promesa

D 2005 "La RAE indica que proviene del latín *promissa*, situación que implica expresión de la voluntad de dar a alguien o hacer por el algo. Persona o cosa que promete por sus especiales cualidades".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 634.

D 2006 "En ese sentido, prometer, implica la existencia de un ofrecimiento o posibilidad inminente de concretarse en el devenir del tiempo, dicha promesa deberá tener connotación tangible, esto es, material, presupuesto por el cual, el sujeto cualificado compromete la función pública encomendada en razón del cargo, por lo tanto, se puede advertir, que el legislador, se decantó por los criterios de política criminal, adelanto la barrera de punibilidad, puniendo situaciones posibles y venideras".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 634.

D 2007 "La promesa, en cambio, se traduce en un ofrecimiento hecho al agente de efectuar la entrega de donativo o ventaja debidamente identificada o precisa en un futuro mediato o inmediato. Se exige que la promesa tenga las características de seriedad y sea posible material y jurídicamente. El cumplimiento o incumplimiento de la promesa resulta irrelevante para la configuración del cohecho. El delito se consuma con la verificación de la simple promesa.

El contenido de la promesa puede ser muy variado: la entrega de una oferta remunerativa, bien mueble o inmueble, ventajas (utilidades económicas, ascensos laborales, viajes, etc.). La modalidad de la promesa puede ser directa, explicita o indirecta utilizando familiares o allegados del sujeto activo. El momento de hacerse realidad la promesa pueda ser en un futuro cercano o mediato, incluso cuando ya ha perdido el agente la calidad de funcionario o servidor público, siempre claro está que la promesa se halle vinculada con el ejercicio funcional del agente. Lo fundamental es el vínculo que une los actos del funcionario con la promesa efectuada".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 620.

- Cualquier otra ventaja

D 2008 "El legislador, en sentido semejante que las demás figuras típicas de los delitos de corrupción de funcionarios, viene utilizando una técnica de tipificación abierta con la finalidad de punir conductas contrarias al orden jurídico, es decir, utiliza la fórmula "cualquier otra ventaja o beneficio"; haciendo alusión a cualquier accionar en el cual pueda incurrir el funcionario o servidor público al comprometer la función pública, es decir, dicha técnica legislativa, responde a criterios de política criminal dirigidos a combatir la corrupción en las esferas estatales, por lo tanto, el escenario indeterminado permite ingresar todo tipo de dádiva, beneficios personales o a favor de terceros, los mismos que tengan naturaleza tangible".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 634.

D 2009 "Cualquier otra ventaja o beneficio debe entenderse como un mecanismo subsidiario y complementario, que cubre todo lo que no sea susceptible de ser considerado donativo o presente. Es cualquier privilegio o beneficio que solicita o acepta el agente con la finalidad de quebrantar sus deberes funcionales: empleos, colocación en áreas específicas, ascensos,

premios, cátedras universitarias, viajes, becas, descuentos no usuales, favores sexuales, favores laborales, etc.".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 620.

J 0317 "Respecto a los objetos corruptores, se tiene: a) Donativo, sinónimo de obsequio o regalo con presencia material; es decir tener un valor económico, estos pueden ser: bienes muebles, inmuebles, obras de arte, medios de trasporte, entre otros que cuenten con algún tipo de valor. b) Promesa, como el ofrecimiento que hace el agente corruptor al sujeto activo del delito, para la obtención futura de forma mediata o inmediata de algún tipo de donativo o ventaja, existe una exigencia penal por parte de este objeto corruptor el cual es que sea seria es decir que tenga una posibilidad jurídica y físicamente posible, el cumplimiento o incumplimiento de esta promesa resulta irrelevante para el Derecho Penal configurándose de plano el tipo penal. c) Cualquier otra ventaja o beneficio al momento de hablar de cualquier otra ventaja o beneficio se está dando una cláusula *numerus apertus* para este delito, considerándose este como un medio subsidiario para evitar la impunidad en este tipo de delitos, no confundiéndose con una norma penal en blanco claro está, este se debe entender como cualquier otro privilegio no contemplado en los anteriores objetos".

Sala Penal Transitoria. Recurso de Apelación N° 10-2017-Puno, del 06 de agosto de 2019, magistrado ponente: Pachecho Huancas, considerando 16.

- Modalidades típicas

  - Acepta o recibe el medio corruptor sabiendo que es hecho con la finalidad de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia

D 2010 "En su modalidad simple, los verbos rectores son acepte o reciba. En este caso se da forma alternativa: aceptar donativo, promesa o cualquier ventaja o beneficio".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 318.

D 2011 "La RAE indica que el verbo "aceptar" proviene del latín *acceptare*, lo cual significa, "recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga", en ese sentido, el magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores, operando en razón del cargo funcionarial, recibe libre y espontáneamente el medio corruptor (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio) entregando por el sujeto no cualificado *extraneus*, dicha aceptación, conlleva implícitamente que el sujeto cualificado, tolere o consienta la entrega del medio corruptor".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 635.

D 2012 "La aceptación del medio corruptor, implica, que el sujeto cualificado, teniendo pleno conocimiento del pacto venal entablado con el particular, es decir, a sabiendas, ejerce

influencia en asuntos sometidos a su conocimiento o competencia, por lo tanto, el tipo penal, restringe el accionar punitivo, exigiendo que el sujeto cualificado tenga competencia funcionarial sobre el asunto que es producto del pacto venal, caso contrario, la figura delictual sería inexistente, pudiéndose reconducir el hecho al delito de tráfico de influencias u otro afín, según cada caso concreto. Por ejemplo, el fiscal, responsable de una carpeta fiscal, dispone que el asistente administrativo, responsable del acto de notificación de una disposición de no formalización de investigación preparatoria, altere la fecha de notificación cursada a la parte denunciante, con la única finalidad de evitar el recurso de elevación de actuados por extemporaneidad del plazo, buscando favorecer al denunciando con quien incurrió en el pacto venal".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 635.

D 2013 "De la misma forma, la aceptación del medio corruptor, conlleva al sujeto cualificado, a decidir irregular o ilegalmente, la pretensión que tiene que resolver en razón del cargo encomendado, por cuanto, no solo tiene conocimiento, sino que además es competente funcionarialmente. Por ejemplo, el perito oficial grafotécnico, producto de haber entablado el pacto venal con el imputado, siendo una de las partes vinculadas al conflicto de intereses, emite pronunciamiento pericial, negando que la firma impresa en el documento cuestionado corresponda al imputado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 635.

D 2014 "Los supuestos expuestos, nos permiten afirmar que el tipo penal alcanza perfeccionamiento con la mera aceptación del donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, resultando irrelevante, si la entrega del medio corruptor aludido logró concretarse, asimismo deviene en innecesario si el sujeto cualificado emitió el acto funcional materia de su competencia, por cuanto, el verbo rector aludido, "aceptar", tiene una connotación instantánea, por lo tanto, la técnica legislativa asumida, si bien nos advierte una finalidad, al indicarse "con el fin", empero, dicha finalidad aparece redactada en escenarios de "posibilidades" propias del nivel subjetivo del agente delictual, es decir, alberga un tiempo futuro, en ese sentido, el tipo venal resulta ser un delito de mera actividad, por cuanto, dicho escenario configurativo responde a los lineamientos de política criminal adoptados por el legislador, adelantando la barrera de punibilidad".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 636.

D 2015 "Por otro lado, el tipo penal desarrolla el verbo "recibir", en términos de la RAE proviene del latín *reccipere*, es decir, "dicho de una persona. Tomar lo que le dan o le envían. Hacerse cargo de los que le dan o le envían"; por lo tanto, el agente delictual, asume como tal el medio corruptor, ingresándolo a su esfera personal, es decir, se trata de un accionar concreto, no es especulativo, demandándose la materialización de la misma, incluyendo la promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, por cuanto, el agente delictual concreta el pacto venal, todo ello con la finalidad de negociar la función pública, con la finalidad de influir o decidir asuntos sometidos a su conocimiento o competencia funcionarial, en ese sentido y en

términos similares que el supuesto anterior, se tiene que la técnica legislativa asumida regula un escenario de posibilidades inminentes en la emisión del acto funcional, es decir, se advierte una finalidad en el agente delictual, al indicarse "con el fin", empero, dicha finalidad aparece redactada en escenarios de "posibilidades" propias del nivel subjetivo del agente delictual, es decir, alberga un tiempo futuro, a pesar de ello, el tipo penal resulta ser un delito de mera actividad, por la naturaleza del verbo rector así como según los lineamientos de política criminal".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 636.

D 2016 "En este supuesto, el verbo rector es aceptar, el que se entiende como admitir, tolerar, querer, consentir o adoptar algo. El delito se configura cuando el agente en su calidad de magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro del Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo, admite, tolera, consiente, adopta o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas de que es efectuado con el fin de influir o decidir un asunto sometido a su conocimiento o competencia. Esta última parte se materializa cuando el agente se deja influenciar por la dádiva que acepta y resuelve un asunto judicial o administrativo a favor de los intereses del que entrega el donativo, ventaja o beneficio, o en su caso, a favor del que promete aquella entrega, trasgrediendo de esa forma sus deberes u obligaciones normales previstas en leyes, normas administrativos o reglamentos que regulan y establecen el comportamiento de las personas con cargos públicos señalados en el tipo penal. El agente pierde o quebranta el principio de imparcialidad que le guía para resolver o decidir un asunto judicial o administrativo".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 615 y 616.

D 2017 "La conducta se perfecciona con el simple hecho de aceptar o admitir por parte del agente especial el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la conocida y sabida finalidad de influir o decidir un asunto judicial o administrativo sometido a su conocimiento o competencia.

Por otro lado, el delito se configura independientemente de que luego, por ejemplo, lo prometido u ofrecido no se haga realidad o pese a que el juez o fiscal, que recibió realmente lo prometido u ofrecido, no decida el asunto a favor del tercero que entregó la dádiva o coima. Basta acreditar que el agente aceptó o admitió donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de influir en la decisión de un asunto judicial o administrativo sometido a su conocimiento o competencia para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 616.

D 2018 "La segunda modalidad se configura cuando el sujeto activo que tiene la calidad de magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro del Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo, recibe donativo o cualquier otra ventaja o beneficio, con la seria finalidad de influir o decidir un asunto judicial o administrativo sometido a su conocimiento o competencia. Aquí el verbo rector es recibir, que se entiende como percibir, embolsar, tomar o acoger algo. En tal sentido, el hecho punible se configura o perfecciona cuando el agente siempre que tenga las

calidades funcionales especificadas en el artículo 395 del Código Penal, con la finalidad específica de influir o decidir un asunto judicial o administrativo sometido a su conocimiento, percibe, toma, acoge, embolsa o recibe un donativo o cualquier otra ventaja indebida".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 616 y 617.

D 2019 "La conducta se perfecciona con el simple hecho de percibir o recibir por parte del agente, el donativo o cualquier otra ventaja o beneficio. El delito se configura, aunque el funcionario o servidor público, que recibió lo prometido u ofrecido, no decide el asunto judicial o administrativo sometido a su competencia de acuerdo con las pretensiones del tercero que entregó la dádiva. Basta acreditar que el agente recibió o embolsó el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el fin conocido y sabido de influir en la resolución del asunto judicial o administrativo que conoce. Se trata de un delito de mera actividad".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 617.

D 2020 "Vemos, por tanto, que la redacción normativa de este supuesto del injusto, revela una conducta de ofrecimiento del particular (u otro funcionario público), hacia los magistrados, con el objetivo de influir en su decisión, en cuanto a asunto sometido a su competencia; y, otra, por parte del sujeto activo, que consiste en "aceptar" o "recibir" donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio. Si es que el *intraneus* no acepta la oferta corruptora, estará exento de responsabilidad penal, pero el *extraneus*, ha de responder penalmente por el artículo 398 del CP, requiere de la contribución fáctica, de las dos personas involucradas en el pacto corrupto, no es menos cierto, que la constatación de la oferta corruptora, da lugar ya a su tipificación penal por el delito contemplado en el artículo 398 del CP".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 611.

D 2021 "Recibir implica una efectiva traslación, desplazamiento del objeto material (medio corruptor), donde se advierte, que el ofrecimiento dado por el agente corruptor, es objeto de conformidad por parte del sujeto corrompido; (...) se entiende como percibir, embolsar, tomar o acoger algo; supone un traslado físico, el desplazamiento del bien de la esfera de custodia del particular a la esfera de custodia del funcionario público; como el dinero, bienes muebles u otros objeto de valoración económica; más en algunos casos, como acciones, utilidades o depósitos en cuentas corrientes, sería un traspaso material así como la suscripción de un contrato de compraventa (ficticio), no es la *traditio* física lo que el da envergadura al acto, sino la tradición jurídica".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 611 y 612.

D 2022 "La "recepción", puede tomar lugar de propia mano por el magistrado o, por parte de un intermediario, quien funge de puente entre el agente corruptor y el sujeto público corrompido; este tercero, a intervenir en el decurso del *iter criminis*, prestando una

colaboración importante para que se materialice el acto delictivo, debe responder a título de "participación delictiva", como cómplice y, no como co-autor, dicha calidad solo la puede tener aquel que comparte roles funcionales (magistrado, miembro de Tribunal Administrativo), siempre que actúe dolosamente, develándose un co-dominio funcional del hecho".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 612.

D 2023 ""Aceptar", por su parte, implica dar conformidad algo, estar de acuerdo con el ofrecimiento del agente corruptor, la aceptación toma lugar cuando el funcionario admite la entrega del medio corruptor, sea de forma directa o a través de un intermediario. Rige acá, todo lo expuesto en la modalidad de "recibir"".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 612 y 613.

D 2024 "La "promesa" ha de ser entendida, como seria, determinable y susceptible de concretarse materialmente. Debe tomar lugar en un futuro inmediato, de corto o mediano plazo, no de largo alcance, debiéndose descartar aquellas que por su lejanidad temporal, se hace muy inciertas e indeterminables de tomar lugar de cara a futuro; debe distinguirse la idoneidad del medio corruptor, con la efectiva consumación del delito, lo primero hace posible la perfección delictiva, lo segundo determina el momento temporal de su materialidad delictiva.

No se precisa su efectivo cumplimiento, conforme se desprende de la redacción normativa, basta con que el magistrado o miembro del Tribunal Administrativo, haya solicitado al litigante la promesa de verse beneficiado con una ventaja indebida (...)".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 613.

- Solicita el medio corruptor con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento

D 2025 "En su modalidad agravada, el verbo recto es solicite. En este caso se da una sola forma, solicitar donativo, promesa o cualquier ventaja o beneficio".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos.* Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 318.

D 2026 "El contexto del asunto sometido a su decisión de los autores observa una extensa amplitud (juicios civiles, penales, administrativos, laborales, etc.). El tipo penal se refiere a la decisión de un asunto que deba ser tomado por el autor del delito. Un "asunto" alude tanto a decisiones sustantivas (fallo), como a la dación de resoluciones menores, concesión de libertades provisionales, inhabilitación, laudos arbitrales, dictámenes periciales, archivamiento de procesos, dictámenes fiscales, decisiones administrativas, resoluciones del Tribunal Constitucional, etc.".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos.* Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 319.

D 2027 "Respecto al verbo activo "solicitar", la RAE indica que proviene del latín *sollicitare*, el cual significa, "pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado", es decir, el sujeto cualificado, pide al particular el medio corruptor (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio), dicha pretensión ilegal aparece conectada con el requerimiento directo o indirecto, esto implica, respecto al primer supuesto –directamente– que el sujeto cualificado, por sí mismo solicita al particular el medio corruptor, por lo tanto se trata de una iniciativa del *intraneus*".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 636.

D 2028 "El segundo supuesto –indirectamente– implica que el sujeto cualificado, valiéndose de un tercero, solicita el medio corruptor, comprometiendo la función pública, por lo tanto, al considerarse al delito de cohecho pasivo específico, un delito de mera actividad, devienen en irrelevante la aceptación del pacto venal por parte del tercero, ya sea en las modalidades, directa e indirectamente, por cuanto, el funcionario o servidor público, aparecen dotados de deberes especiales personalísimos que imponen obligaciones de salvamento o de protección frente al bien jurídico encomendado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 637.

D 2029 "Esta hipótesis delictiva se configura cuando el agente que se desempeña, ya sea como magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro del Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo, en forma directa o indirecta solicita a otra persona le entregue donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de influir o decidir un asunto judicial o administrativo sometido a su conocimiento o competencia".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 617.

D 2030 "En este supuesto, el verbo recto es solicitar, el que se entiende como pedir, procurar, gestionar o requerir algo. El delito se configura cuando el magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro del Tribunal Administrativo de forma directa (el agente mismo) o indirecta (por intermedio de otra persona) pide, procura, gestiona, solicita o requiere la entrega de un donativo, promesa o cualquier otra venta o beneficio a sabiendas de que es efectuado con el fin de influir o decidir un asunto sometido a su conocimiento o competencia. Esta última parte se materializa cuando el agente se deja influenciar por la dádiva que solicita y resuelve un asunto judicial o administrativo a favor de los intereses del que recibió la solicitud de entrega del donativo, ventaja o beneficio, trasgrediendo de esa forma los deberes u obligaciones normales previstos en leyes, normas administrativas o reglamentos que regulan y establecen el comportamiento de las personas que tienen los cargos públicos señalados en el tipo penal. El agente pierde o quebranta el principio de imparcialidad que le guía para resolver o decidir un asunto judicial o administrativo".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 617 y 618.

D 2031 "La conducta se perfecciona con el simple hecho de solicitar, por parte del agente, el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad específica de influir o decidir un asunto sometido a su conocimiento o competencia. El delito se configura independientemente de que lo solicitado o requerido no se haga realidad o, pese a que el funcionario o servidor público, que recibió realmente lo solicitado o procurado, no resuelve el asunto de acuerdo con lo que se comprometió al solicitar la dádiva o coima. El agente, de modo alguno, puede alegar un resultado positivo de que, pese a haber solicitado la dádiva, resolvió el asunto judicial o administrativo con arreglo a ley, y prueba de ello es que dio la razón al adversario procesal que entregó la coima. Basta acreditar que el agente solicitó o requirió a un tercero donativo, promesa o cualquier otra ventaja reconocida y consciente finalidad de influir o decidir un asunto sometido a su conocimiento o competencia, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 618.

D 2032 "Dicho lo anterior, se quiebra la tesis del delito "plurisubjetivo" (participación necesaria), en el sentido de que la perfección delictiva de esta hipótesis delictiva, no requiere de una contribución fáctica del particular, a quien tiene como destinatario la solicitud de la coima (prebenda económica), basta con el magistrado solicite la venta o beneficio, sin que el particular haya de admitirlo; claro está, que la conducción del sujeto público, está impulsada por favorecer a la parte interesada, en un caso al cual esta avocado por motivos de su competencia funcionarial. Por consiguiente, toma lugar un delito "monosubjetivo", de mera actividad, donde la aceptación de dar el donativo, la promesa o cualquier otra ventaja o beneficio –por parte del *intraneus*–, es un dato a tomar en cuenta, para poder afirmar la tipicidad penal de este último, a título de autor por el tipo penal contemplado en el artículo 398 del CP ("cohecho activo específico")".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 615.

J 0318 "Que, como se podrá advertir, el elemento constitutivo solicitar indirectamente ha sido equiparada por el Tribunal de juzgamiento a aquella solicitud implícita, que es lo que se da a entender, lo que debe deducirse de otras frases y que lo califica como sutiles manifestaciones de voluntad no expresamente declaradas por el sujeto activo, incluso, mediando lenguaje no verbal, como es de inferirse en el presente caso, al no haber existido una solicitud directa y es más, cuando la propia denunciante ha negado tal posibilidad, debiendo inferirse que fue ella, quien dedujo tal posibilidad ante el trato que le daba el procesado y que a su criterio, el siguiente paso era una propuesto para concurrir a un hotel, del que también debe inferirse, para sostener relaciones sexuales.

Observamos así una peligrosa deducción o inferencia, que ni siquiera está sustentada en prueba indiciaria –hecho cierto–, sino en simples conjeturas e hipótesis de parte del Tribunal de juzgamiento.

El termino sutil o sutileza en la conducta, significa un dicho o idea aguda e ingeniosa, pero que generalmente es inexacta o no se corresponde con la realidad, es un concepto excesivamente agudo y falto de profundidad o exactitud, o poco perceptible, por lo tanto, contrariamente al

uso y entendimiento que le otorga la Sala de juzgamiento, resulta inapropiada para equipararlo a una solicitud indirecta a la que hace referencia el tipo penal de cohecho pasivo específico.

De esta manera, los actos sutiles de ninguna manera pueden reemplazar este elemento del tipo, por su falta de convicción e infalibilidad, menos aún pueden ser sustento de una condena de ocho años de pena privativa de libertad, como aquí se pretende".

Sala Penal Permanente. Apelación N° 14-2015/NCPP, del 10 de mayo de 2016, magistrado ponente: Rodríguez Tineo, considerando 24.

J 0319 ""Solicitar y/o recibir directa o indirectamente, donativo y/o cualquier otra ventaja". El tipo penal exige que el agente público "solicite" al abogado o parte procesal o a sus familiares de forma directa o indirecta, terceros, intermediarios, etc., los medios corruptores de donativo y/o cualquier otra ventaja como dinero, bienes, alhajas, favores sexuales. Pero también se exige un vínculo normativo, que está dirigido a influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento y competencia fiscal. En la modalidad de "recibir" se exigen los mismos presupuestos, pero no se establece la recepción de modo indirecto.

"Con el fin de influir en la decisión". Se debe interpretar que la influencia negativa del fiscal sobre su propia decisión final o futura (disposiciones de archivo, requerimientos, etc.) y la determinación objetiva en su decisión consiste en adecuar sus actos a favor de una parte y en perjuicio de la otra. El influjo en el contenido de la decisión debe ser real (por ejemplo, no tomar en cuenta los actos de investigación relevantes penalmente para archivar una denuncia o formalizarla, no notificar a las partes procesales para la realización de la diligencia, etc.) o que jurídicamente exista la obligación de emitir una decisión y, sin embargo, no la dicta.

"Asunto sometido a su conocimiento o competencia". Con relación al caso que nos ocupa, el fiscal tiene asuntos o actos procesales sometidos a su conocimiento en la investigación fiscal o en el proceso judicial; y es competente legal y constitucionalmente en el ámbito temporal (vínculo o rol funcional) para emitir disposiciones de archivo, requerimientos, entre otros, lo que determina que el influjo solo puede darse antes de que el funcionario público decida u omite el asunto sometido a su conocimiento".

Sala Penal Transitoria. Recurso de Apelación N° 5-2017-Huánuco, del 09 de mayo de 2019, magistrado ponente: Castañeda Otsu, considerando 7.2.

J 0320 "(...) Asimismo, el delito imputado de cohecho pasivo específico importa un reproche trascendente, pues existiría incumplimiento de sus deberes como magistrado superior del Poder Judicial y más aún, habría desplegado su conducta delictiva desempeñando el cargo de Presidente de la CSJ de Lima Sur, ello para la obtención de beneficios económicos indebidos, lo que denigra la imagen del Poder Judicial el cual debería tener como principio fundamental la "imparcialidad"; aunada a la pena prevista, permiten augurar que de ser condenado sería merecedor de una sanción grave conforme a los parámetros de la ley penal; por lo que, esta medida restrictiva resulta proporcional para evitar razonablemente el peligro de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad. (...)".

Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria. Expediente N° 00021-2019-2-5001-JS-PE-01, Resolución N° DOS, del 04 de febrero de 2021, magistrado ponente: Núñez Julca, considerando 14.1.

J 0321 "(...) En este último supuesto, es decir, si el perito acepta o recibe donativo, promesa, ventaja o beneficio o lo solicita con la finalidad de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento, no actúa como juez ni tampoco como miembro de Tribunal Administrativo, de lo que también se observa que la interpretación restrictiva que esgrime la defensa no es de recibo, máxima si también lo árbitros podrían realizar este tipo de conductas, y su condición tampoco es la de juez ni de miembro de un Tribunal Administrativo".

Sala Penal Especial. Expediente N° 44-2019-3, Resolución N° 4, del 27 de agosto de 2020, magistrado ponente: Guerrero Lopez, considerando 6.1.

3. Tipicidad subjetiva

D 2033 "No existe duda, que el tipo penal resulta ser un delito de comisión dolosa, aun mas cuando la técnica legislativa, viene utilizando la terminología "a sabiendas"; situación que en cierta forma resulta innecesaria, por cuanto, por técnica de tipificación, el dolo, en los delitos de comisión dolosa, es inferido y no así la culpa, la misma que es expresa. Por lo tanto, el tipo penal analizado, nunca podrá cometerse por imprudencia, exigiéndose conocimiento y voluntad en el agente delictivo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 639.

D 2034 "El dolo requerido para perfecciona la figura penal es el dolo directo".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 320.

D 2035 "De la redacción del contenido del tipo penal se concluye que todas las modalidades o hipótesis delictivas que recoge el artículo 395 del Código Penal son de comisión netamente dolosa, no cabe la posibilidad de ser cometido por negligencia o culpa del funcionario o servidor público.

El dolo supone que el sujeto activo de la conducta es consciente del carácter y finalidad de la solicitud, aceptación o recepción de la dádiva o presente y querer actuar a pesar de ello".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 623 y 624.

D 2036 "La doctrina peruana es unánime en considerar que solo es posible la comisión por dolo directo.

Aparte del dolo, el tipo penal exige la concurrencia de un elemento subjetivo adicional al dolo: el "a sabiendas". Esto supone que el agente actúa convencido de la injusticia de sus actos y con conocimiento pleno de las pretensiones implícitas en los medios corruptores, y, pese a ello, solicita o recibe. Esto es obviamente un caso de doble venalidad del sujeto activo, pues lesionar el deber de probidad funcional y puede no acceder a la pretensión al momento de resolver".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 624.

D 2037 "Es inmanente al tipo penal el dolo directo. El funcionario debe conocer, además, que la "ventaja" se da para "influir" en su decisión. En el caso de la modalidad de "solicitar" dicho elemento subjetivo se da automáticamente".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 494.

D 2038 "En lo que refiere al tipo subjetivo del injusto, los tipos penales in examine solo son posibles de incriminar a título de dolo: conciencia y voluntad de realización típica. Con ello, no descartamos el dolo eventual, al cual consideramos como el "conocimiento del riesgo típico": el funcionario y/o servidor público que recibe un soborno, sabiendo que el particular los hace para que contravenga sus deberes funcionales, de torcer la voluntad de los intereses generales de la Administración Pública. Decimos esto, pues según nuestro punto de vista el dolo debe refundirse en un plano estrictamente "cognitivo", por lo que el término "a sabiendas", que se ha incluido en la construcción típica del artículo 395 del CP, no descarta el dolo eventual, lo que para un sector de la doctrina no resulta admisible, inclinándose, evidentemente, en teorías más propensas al elemento "volitivo" del mismo. De plano, ninguna de estas figuras delictivas, exige un plus en la esfera anímica del autor, un elemento subjetivo del injusto: "malicia", "mendacidad", etc. El dolo es suficiente, cubriendo todo el espectro normativo de los elementos constitutivos del tipo penal, cuya posible ignorancia podría dar lugar a un error de tipo".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 620.

D 2039 "Este es un delito netamente doloso, lo cual implica que el autor debe tener la intención de cometer el acto ilícito".

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José y UGAZ HEUDEBERT, Francisco. *Delitos económicos, contra la Administración Pública y criminalidad organizada*. Colección de lo Esencial del Derecho N° 18. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2017, p. 107.

J 0322 "En lo que respecta a la imputación subjetiva, el cohecho pasivo específico precisa del dolo directo. El sujeto activo tiene que ser consciente del carácter y finalidad de la solicitud y/o aceptación del donativo, promesa o cualquier otra ventaja, y querer actuar a pesar de ello. El elemento subjetivo "a sabiendas", exige un ánimo deliberado de faltar o quebrantar la imparcialidad, transparencia y objetividad, esto es, el fiscal tiene el deber de conocer que el solicitar y/o aceptar donativo y/o ventaja económica a las partes procesales o sus familiares, para influir en una decisión fiscal, es consecuencia del conocimiento de todos los elementos objetivos del tipo penal, con lo cual quebranta sus roles funcionariales conferidos por mandato constitucional y legal".

Sala Penal Transitoria. Recurso de Apelación N° 5-2017-Huánuco, del 09 de mayo de 2019, magistrado ponente: Castañeda Otsu, considerando 7.3.

4. Autoría y participación

D 2040 "En ese sentido, es necesario precisar, que solo será autor, el sujeto que ostente el titulo formal de magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores, además, dicho sujeto cualificado, deberá operar en ejercicio del cargo específico encomendado, dicho requisito deviene en innecesario, por cuanto, con ello se estaría evidenciando la venta de la función pública o el pacto venal entablado con el particular, caso contrario la figura deviene en inexistente, por lo tanto, se advierte la existencia de un deber especial o específico impuesto en el funcionario o servidor público, dicho deber no es fácil de detectar, por cuanto, emana de las actividades funcionales previstas, mayoritariamente, en normas extrapenales.

Siendo así, es perfectamente posible la admisión de la autoría directa, en la medida que el sujeto cualificado, domine la acción delictiva por sí solo, respecto a la autoría mediata, también es posible, respecto al verbo rector "solicitar", esto es, en el supuesto en los cuales el autor solicita indirectamente el medio corruptor a través de un tercero, es decir, estaríamos en un caso de dominio de la voluntad, en la cual el tercero, tendría que operar en las causales de error o coacción, situación desplegada por el hombre de atrás, debiéndose absolver al tercero instrumentalizado, empero la situación cambiaría en la medida que el instrumento actúe con dolo, situación que lo convierte en instrumento doloso no cualificado, debiendo responder a título de cómplice primarios del delito de cohecho pasivo específico, por cuanto sobre el no recae deber especial o estatus cualificado en razón del cargo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 641.

D 2041 Con relación a la coautoría, es posible en la medida que el acto funcional, sujeto al pacto venal o venta de la función pública, exija el accionar conjunto de dos o más sujetos cualificados, esto es, magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores, quienes operan en razón del cargo, sujeto que deberían estar inmerso en cualquiera de los verbos rectores, esto es, "aceptar", "recibir" y "solicitar", según cada caso concreto".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 641 y 642.

D 2042 "Desde la óptica de los delitos de infracción de deber, es posible únicamente la admisión de autoría directa, negándose la posibilidad de incorporar las figuras de autoría mediata o coautoría, por cuanto, el deber especial, contenido en la institución positiva, "Administración Pública", fundamenta la autoría e injusto penal, por el alto nivel personal del deber positivo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 642.

D 2043 "El delito de cohecho pasivo específico; tanto desde la óptica de los delitos de dominio como delitos de infracción de deber, admite la participación delictual, en todos sus extremos, es decir, admite las formas de complicidad (primaria y secundaria), esto es, será

partícipe el sujeto que coopera con el plan del autor cualificado quien despliega conducta funcional ligada a los medios corruptores y al pacto venal, dicha afirmación, encuentra amparo, en la redacción de la parte final del art. 25 del CP, cuando sea que el cómplice siempre responde en referencia del hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él, es decir, el legislador se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación.

Respecto, a la figura de la "instigación", también es posible su admisión en la medida que el extraño, determine al sujeto cualificado, a emitir el acto funcional dentro del pacto venal, vendiendo la función pública e incursionando en cualquiera de los verbos rectores fijados en los tres supuestos típicos, los mismos que aparecen ligados a los medios corruptores, por lo tanto, la participación (complicidad e instigación), tanto en su vertiendo de dominio e infracción de deber, siempre estará dirigida a un *extraneus*, es decir, un sujeto no cualificado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 642.

J 0323 "En el delito de cohecho pasivo específico existe una delimitación del ámbito de la autoría que es casi exclusiva a magistrados, fiscales de todas las instancias, peritos, miembros del Tribunal Administrativo y el tipo penal comprende también a otros sujetos activos dentro del marco de interpretación analógica. Como puede apreciarse la calidad especial del sujeto activo está enfocada a aquellos que tienen conocimiento funcional y territorial, así como facultado para resolver determinadas situaciones confrontacionales. La conducta típica está circunscrita, en el segundo párrafo a que el funcionario específico (magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro del Tribunal Administrativo) solicite los medios corruptores. Se trata de un comportamiento activo y el legislador la prevé como una circunstancia agravante.

La modalidad del injusto previsto en el segundo párrafo del artículo trescientos noventa y cinco del Código Penal, se trata de una agravada, lo que se justifica por el hecho de que el pacto ilícito, aparece en escena, mediando una actitud directa y provocadora del magistrado, árbitro o miembro del Tribunal Administrativo. Dicho lo anterior, se quiebra la tesis del delito plurisubjetivo (participación necesaria), en el sentido de que la perfección delictiva de esta hipótesis delictiva, no requiere de una contribución actica del particular, a quien tiene como destinatario la solicitud de coima, o prebenda económica, basta con que el magistrado solicite la venta o beneficio, sin que el particular haya de admitirlo, claro está, que la conducción del sujeto público, está impulsada por favorecer a la parte interesada, en un caso al cual esta avocado por motivos de su competencia funcionarial. Por consiguiente, toma lugar un delito monosubjetivo, de mera actividad, pues la conducta típica está circunscrita a que el funcionario específico, solicite los medios corruptores".

Sala Penal Permanente. Apelación N° 14-2015/NCPP, del 10 de mayo de 2016, magistrado ponente: Rodríguez Tineo, considerando 11.

5. Tentativa y consumación

D 2044 "El delito de cohecho pasivo específico, resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto, por la naturaleza de los verbos rectores, esto es, comisión instantánea, siendo así, en ningún de los supuestos delictivos del art. 395 del CP, resulta admisible el delito tentado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 639.

D 2045 "El delito de cohecho pasivo específico, aparece agotado, desde una óptica de dominio e infracción de deber, en la medida que el agente delictual, con posterioridad a la emisión de la conducta delictiva, expresada en los verbos rectores "aceptar", "recibir" y "solicitar", obtiene el medio corruptor (dádiva, promesa o cualquier otra ventaja de naturaleza tangible)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 641.

D 2046 "Cuando el agente acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, la conducta se perfecciona con el simple hecho de aceptar o admitir, por parte del agente especial el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la conocida y sabida finalidad de influir o decidir un asunto judicial o administrativo sometido a su conocimiento o competencia. Se configura el hecho punible independientemente de que después, por ejemplo, lo prometido u ofrecido no se haga realidad o, pese a que el juez o fiscal reciba realmente lo prometido u ofrecido, y no decida el asunto a favor del tercero que entregó la dádiva o coima. Para consumarse el delito, basta acreditar que el agente acepto o admitió donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de influir en la decisión de un asunto judicial o administrativo sometido a su conocimiento y competencia. Se trata de un delito de mera actividad".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 624.

D 2047 "En el caso que el agente recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, la conducta se perfecciona con el simple hecho de percibir o recibir por parte del agente, el donativo o cualquier otra ventaja o beneficio. El delito se configura aun cuando el funcionario o servidor público recibe lo prometido u ofrecido, y no decide el asunto judicial o administrativo sometido a su competencia de acuerdo con las pretensiones del tercero que entregó la dádiva. Basta acreditar que el agente recibió o embolsó el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin conocido y sabido de influir en la resolución del asunto judicial o administrativo que conoce. Se trata de un delito de mera actividad".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 625.

D 2048 "El supuesto que se configura cuando el agente solicita directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, se perfecciona o consuma con el simple hecho de solicitar, por parte del agente, el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad específica de influir o decidir un asunto sometido a su conocimiento o competencia. El delito se perfecciona independientemente de que lo solicitado o requerido no se haga realidad o pese a que el funcionario o servidor público, que recibió realmente lo solicitado o procurado, no resuelve el asunto de acuerdo con lo que se comprometió al solicitar la dádiva o coima. Basta acreditar que el agente solicitó o requirió a un tercero donativo,

promesa o cualquier otra ventaja con la conocida y consciente finalidad de influir o decidir un asunto sometido a su conocimiento o competencia, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 625.

D 2049 "Al constituir los supuestos delictivos, hechos punibles de mera o simple actividad, no es posible que se queden en el grado de tentativa".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 625.

D 2050 "El delito se consuma con la aceptación, recepción o petición del donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, es decir, los diversos supuestos combinan comportamientos de simple actividad y de resultado. No se requiere que se produzca la decisión buscada por el que accede a la solicitud o da el medio corruptor para que se consuma el delito. Resulta admisibles las formas de tentativa".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 320.

D 2051 "Recapitulando, el delito de cohecho pasivo específico, es de resultado en el caso de la primera modalidad del injusto, se requiere que el ofrecimiento corruptor del particular, sea aceptado o recibido los medios corruptores; no necesita, por tanto, de la coima recibida por el autor se traduzca en una resolución injusta (condición objetiva de punibilidad), constituye un injusto de participación necesaria, donde el particular o funcionario que ofrece o acepta la solicitud de soborno será penalizado, según los alcances normativos del artículo 398 del CP.

Podría admitirse una tentativa, cuando el magistrado o miembro del Tribunal Administrativo, no logra recibir el medio corruptor, por motivos ajenos a su voluntad; no obstante, con respecto al particular (*extraneus*), aquel ya será responsable por delito consumado del tipo penal contenido en el artículo 398 del CP".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 619.

D 2052 "En cuanto a la segunda modalidad del injusto típico, al quebrarse la postulación del delito "plurisubjetivo", no resulta indispensable, para su consumación, de que el particular (u otro funcionario público), acepte entablar el pacto corrupto con el sujeto público involucrado, es suficiente con que el sujeto activo solicite la dádiva, ventaja u otro beneficio, para que la conducta adquiera perfección delictiva; y, si es que el destinatario de la propuesta ilegal, la acepta, aquel estará incurso en el delito de cohecho activo específico. Por consiguiente, es un delito de mera actividad, por lo que no resulta factible identificar un delito tentado".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 620.

J 0324 "[E]l tipo penal en comentario se consuma con el acto de pedir, pretender, requerir una entrega, ventaja, beneficio o promesa de entrega ilícita, que hace el funcionario público a alguien determinado, con quien se halla vinculado por un acto propio de su oficio. Por lo tanto, el solo requerimiento es objeto de sanción penal, sin necesidad de que la entrega se haya realizado, como lo pretende objetar el procesado. En similar sentido, debe merituarse el hecho de que se haya o no expedido el dictamen pericial favorable. Por tales razones, los agravios propuestos por el recurrente devienen en inatendibles; pues lo cierto es que está suficientemente probada la solicitud de dinero, a la cual el procesado pretende dar otra connotación, como lo es la ejecución de una pericia de parte, cuando tenía expreso conocimiento que desde meses antes había sido designado como perito por la autoridad fiscal, conforme se infiere del cargo de notificación [...], [que] data anterior a la fecha en que ocurrieron los hechos".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 2773-2013-Huánuco, del 16 de enero de 2014, magistrado ponente: Rodríguez Tineo, considerando 5.

J 0325 "(...) En el delito de cohecho pasivo específico (...) la conducta típica está circunscrita, en el segundo párrafo del artículo 395 CP, a que el funcionario público (específico) solicite los medios corruptores. Se trata de un comportamiento activo y el legislador prevé (...) como una circunstancia agravante (...) lo que se justifica por el hecho de que el pacto ilícito, aparece en escena, mediando una actitud directa y provocadora del magistrado, árbitro o miembro del Tribunal Administrativo, no se requiere de una contribución fáctica del particular, a quien tiene como destinatario la solicitud de coima (prebenda económica), basta con que el magistrado solicite la venta o beneficio (...). La modalidad del cohecho pasivo específico imputada al procesado es un delito monosubjetivo no plurisubjetivo (participación necesaria), (...) de mera actividad, debido a que se configura con el solo hecho de que el sujeto activo "solicite" (verbo rector) a un tercero, un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad específica de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento, pudiéndose o no materializar dicho requerimiento o solicitud".

Sala Penal Permanente. Apelación N° 06-2013 (NCPP), del 04 de diciembre de 2013, magistrado ponente: Neyra Flores, considerando 4.

J 0326 "Finalmente, respecto a la consumación, el tipo penal es de simple actividad, por lo que al solicitar y/o recibir el medio corruptor, no se requiere que se produzca la decisión final o futura de un asunto prejurisdiccional, jurisdiccional o administrativo; sin embargo, se exige un dato objetivo de finalidad o posibilidad material de influencia en la decisión".

Sala Penal Transitoria. Recurso de Apelación N° 5-2017-Huánuco, del 09 de mayo de 2019, magistrado ponente: Castañeda Otsu, considerando 7.4.

IV

COHECHO PASIVO PROPIO EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN POLICIAL

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 395-A **Cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial**

El miembro de la Policía Nacional que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para sí o para otro, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36.

El miembro de la Policía Nacional que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal.

El miembro de la Policía Nacional que condiciona su conducta funcional a la entrega o promesa de donativo o cualquier otra ventaja o beneficio, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 artículo 36 del Código[56].

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico

D 2053 "El bien jurídico general, resulta ser el correcto funcionamiento de la Administración Pública, por cuanto, la finalidad de la redacción típica aparece infringida a la protección del interés público, por otro lado, de manera específica, el objeto de protección resulta ser el principio de imparcialidad y deber de probidad que el asiste a todo funcionario o servidor público y en este caso a los miembros de la PNP, conforme señala el inc. 3 del art. 4 del D. Leg. N° 1267, al señalarse: "el personal policial tiene las siguientes obligaciones: (...) Cumplir sus funciones con imparcialidad, responsabilidad, diligencia y prontitud, así como ejercerlas con profesionalismo, lealtad y ética.

En ese sentido, el pacto venal entablado entre el agente delictivo cualificado, agente policial, y el particular, defraudan el principio de imparcialidad y el deber de probidad lesionando la institución "Administración Pública", encontrando en este extremo, justificación no solo la conducta contraria al orden jurídico, sino también la justificación al reproche jurídico penal".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 658 y 659.

56 Artículo incorporado por el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1351, publicado el 7 de enero de 2017 en el diario oficial *El Peruano*.

2.2. Sujeto activo

D 2054 "Asimismo, es necesario precisar que, no resulta ser suficiente, para efectos configurativos, la condición de miembro de la PNP, sino que además se requiere que dicho efectivo policial opere en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la función policial, es decir, opere en razón del cargo específico encomendado, caso contrario, el hecho no calzaría en el tipo penal analizado.

Por otro lado, desde la perspectiva de los delitos de infracción de deber, se advierte que, el supuesto de hecho registra una relación entre el miembro de la PNP y la institución "Administración Pública", por lo tanto, la redacción típica registro deberes especiales impuestos al sujeto activo, es decir, "el miembro de la PNP al incursionar en cualquiera de los verbos rectores (aceptar, recibir, solicitar, condicionar) y los medios corruptores (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio), estaría infringiendo sus deberes de salvamento o protección del bien jurídico encomendado"; por lo tanto, en este extremo, respecto a la conducta delictual, se advierte una institución especial y deberes positivos, subsecuentemente, se trata de un delito de infracción de deber".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 644.

D 2055 "Finalmente, el tipo penal hace alusión a los miembros de la PNP, por lo tanto, a efecto de configurar correctamente la conducta delictual en razón del cargo, se deberá tener presente que las actividades funcionales aparecen precisadas en el art. 2 del D. Leg. N° 1267 y su respectivo reglamento, aprobado por D.S. N° 026-2017-IN, de la misma forma, para el derecho penal, los miembros de la Policía Nacional, resulta ser funcionarios o servidores públicos, conforme señala expresamente el inc. 5 del art. 425 del CP, debiéndosele dar el estatus de tal, para la configuración respectiva".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 644 y 645.

D 2056 "Respecto a la figura de la "instigación", también es posible su admisión en la medida que el extraño, determina al agente policial, a emitir el acto funcional dentro del pacto venal, vendiendo la función pública e incursionando en cualquiera de los verbos rectores de o tres supuesto típicos, los mismos que aparecen ligados a los medios corruptores, por lo tanto, la participación (complicidad e instigación), tanto en su vertiendo de dominio e infracción de deber, siempre estará dirigida a un *extraneus*, es decir, a un sujeto no cualificado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 644.

2.3. Sujeto pasivo

D 2057 "El sujeto pasivo, es el Estado, por cuanto, es el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "Administración Pública", la doctrina jurisprudencia, fijada por la

Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.° 23 de la Cas. N° 103-2017-Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada.

De la misma forma, se deberá identificar la entidad a la cual aparece ligado el sujeto activo, con la finalidad de obtener la representación específica, es decir, la Policía Nacional del Perú, a través de Procuraduría".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 645.

2.4. Conducta típica

- **Acepta o recibe el medio corruptor para realizar acto en violación de sus obligaciones funcionales**

D 2058 "Los verbos rectores "aceptar" y "recibir" determinan la modalidad delictiva, los mismos que aparecen conectados a los medios corruptores (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio), de la misma manera, dicha conexión alcanza la conducta prohibida, esto es, realizar el acto funcional policial violando las obligaciones encomendadas al miembro de la PNP".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 649.

D 2059 "La RAE, conforme fue explicado en otras figuras delictuales, indica que el verbo "aceptar" proviene del latín *acceptare*, lo cual significa, "recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga"; en ese sentido, el miembro de la Policía Nacional, operando en razón del cargo funcionarial, recibe libre y espontáneamente el medio corruptor (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio) entregando por el sujeto no cualificado *extraneus*, dicha aceptación, conlleva implícitamente que el sujeto cualificado, tolere o consienta la entrega del medio corruptor.

Por lo tanto, el tipo penal alcanza perfeccionamiento con la mera aceptación del donativo, promesa o cualquiera otra ventaja o beneficio, resultando irrelevante, si la entrega del medio corruptor aludido logro concretarse así como deviene en innecesario si el sujeto cualificado emitió el acto funcional violando sus obligaciones, por cuanto, la redacción típica utiliza la preposición "para", lo cual advierte una posibilidad, la misma que para el derecho penal tiene que ser inminente y factible de realizar, por lo tanto, las bromas, por la misma ineficacia del accionar, no tendría contenido delictual, en ese sentido, el tipo penal resulta ser un delito de mera actividad, por cuanto dicho escenario configurativo responde a los lineamientos de política criminal adoptados por el legislador, adelantando la barrera de punibilidad".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 649.

D 2060 "Por otro lado, el tipo penal desarrolla el verbo "recibir", en términos de la RAE, conforme fue explicado en otros apartados, proviene del latín *recipere*, es decir, "dicho de una persona. Tomar lo que le dan o le envían. Hacerse cargo de lo que le dan o le envían", por lo tanto, el agente delictual, asume como tal el medio corruptor, ingresándolo a su esfera personal, es decir ,se trata de un accionar concreto, no es especulativo, demandándose la materialización de la misma, incluyendo la promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, por cuanto, el agente delictual concreta el pacto venal, todo ello con la finalidad de negociar la función pública, a efectos de emitir un acto, contraviniendo sus obligaciones funcionariales propias de la función policial.

En ese sentido, subsecuentemente, en el extremo expuesto, y en términos similares que el supuesto anterior, la conducta delictual aparece condicionada con la preposición "para", deviniendo en innecesario que el agente delictivo emita un acto en violación de sus obligaciones, por cuanto se trata de un delito de mera actividad".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 649.

D 2061 "De la misma forma, la redacción típica, exige en el miembro de la PNP, una conducta activa, la misma que aparece determinada por el verbo "realizar", es decir, se exige la posibilidad de ejecutar un acto funcional en razón del cargo, por lo tanto, en este extremo nos encontramos ante un escenario eminentemente activo.

Asimismo, la tratativa delictual, operara en la medida que el miembro de la PNP, se encuentre en el ejercicio del cargo funcionarial, por tal razón, el tipo penal demanda la existencia de obligaciones derivadas de la función policial, las cuales podrían ser infringidas por el miembro de la PNP, producto del medio corruptor aludido, caso contrario, la figura delictual no calzaría en el tipo penal analizado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 650.

D 2062 "De manera complementaria, el tipo penal analizado, precisa las cláusulas, "para sí" o "para otro", en ese sentido, respecto al rubro "para sí"; no existe problema alguno de interpretación, por cuanto el medio corruptor, es aceptado o recibido por el agente policial para sí mismo, es decir en beneficio propio, sin embargo, respecto a la modalidad "para otro", se advierte una técnica de redacción relativamente compleja, por cuanto, pretendo entender que dicha técnica no resulta ser causal o improvisada, por el contrario, estaríamos ante una modalidad delictual de participación necesaria o delito de encuentro, es decir, es perfectamente posible la admisión de un tercero en el hecho punible, quien sin ostentar la condición especial, aparezca ligado a dicho accionar delictuoso".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 650.

- **Acepta o recibe el medio corruptor para omitir un acto en violación de obligaciones funcionales**

D 2063 "El supuesto materia de análisis, contiene los mismos verbos rectores que el anterior supuesto, esto es, "aceptar" y "recibir", por lo tanto, nos remitimos a su contenido, de

la misma forma, el pacto venal aparece vinculado a los medios corruptores (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio), asimismo, la conducta delictual, esto es, realizar el acto funcional funcionara en la medida que el miembro de la Policía Nacional viole sus obligaciones encomendadas derivadas de la función policial".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 650 y 651.

D 2064 "La diferencia con el supuesto anterior, aparece identificada en forma omisiva, es decir, la redacción típica, advierte el supuesto en el cual, el agente delictual deja de cumplir sus funciones, con la finalidad de infringir sus obligaciones funcionariales derivadas de la función policial, todo ello, producto del pacto venal asumió por el miembro de la Policía Nacional *intraneus* y el tercero *extraneus*; en ese sentido, el verbo "omitir", desde una óptica fenomenológica, implica un "no hacer", es decir la ausencia de un comportamiento locomotor.

De la misma manera, la redacción típica aparece en tiempo futuro, por cuanto, el miembro de la PNP, acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja "para" omitir un acto en violación de sus obligaciones funcionariales derivadas de la función policial, tratándose en este extremo, de un delito de peligro abstracto. En términos similares que el supuesto anterior, el tipo penal analizado, precisa en este extremo, las cláusulas "para sí" o "para otro", en ese sentido, respecto al rubro "para sí", no existe problema alguno de interpretación, toda vez que el agente policial, obtiene el medio corruptor para sí mismo, es decir en beneficio propio, sin embargo, respecto a la modalidad "para otro", se advierte una modalidad delictual de participación necesaria o delito de encuentro, en la cual el tercero que es destinatario del medio corruptor aparecerá ligado a dicho accionar delictuoso, conforme viene indicando la Cas. N° 841-2015-Ayacucho, en los términos expuestos precedentemente".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 651.

- Acepta o recibe el medio corruptor a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones funcionales

D 2065 "Por lo tanto, conforme se advierte con meridiana claridad, la redacción típica, considera el tiempo pasado, respecto al cumplimiento de las obligaciones de la función policial, por cuanto, al indicarse "a consecuencia de haber faltado a ellas", nos advierte que el agente delictivo emitió el acto funcional en razón del cargo desempeñado, empero, producto de ello, admite el medio corruptor proporcionado por el tercero *extraneus*, comprometiendo la función pública encomendada, la misma que deriva de la función policial".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 652.

D 2066 "La figura expuesta, respecto a los delitos de cohecho propio e impropio, situación afín a la presente figura delictual, es conocida como "cohecho subsecuentemente", es decir, el pacto venal entablado entre el miembro de la PNP y el particular, surge y es concretado con posterioridad al acto funcional del *intraneus*, quien opera en razón del cargo, en este caso, dicho accionar aparecerá determinado por el verbo rector "aceptar", respecto al

intraneus y dar o prometer respecto al "*extraneus*, quien deberá responder por el delito de cohecho activo genérico".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 652.

D 2067 "Siendo así, el criterio de imparcialidad, siempre estará presente en esta clase de delitos, es decir, nos encontramos ante un supuesto de hecho en el cual, el funcionario o servidor público, en este caso miembro de la PNP, sin haber tenido contacto con el particular emite el acto funcional faltando a sus obligaciones impuestas por leyes, normas administrativas o reglamentos que regulan la función policial, empero, con posterioridad a dichas funciones en razón del cargo policial, acepta el medio corruptor propuesto por el particular.

Ante lo señalado, considero que la admisión del supuesto delictual solo será aceptado en la medida que se tenga presente el deber de probidad que a la par del principio de imparcialidad, aparece impuesto en los funcionarios o servidores públicos y en este caso, también para los miembros de la PN, por cuanto, para el Derecho Penal tienen el estatus de funcionarios o servidores públicos, dicho deber de probidad opera, no solo como baremo para medir el nivel de reprochabilidad a nivel de la culpabilidad, sino que también funciona como indicador consumativa del injusto penal, por cuanto, el deber aludido aparece vinculado a la institución "Administración Pública" y al deber de salvamento impuesto al agente policial frente al bien jurídico encomendado para su protección, por lo tanto, la redacción típica de punir dicho supuesto, alcanza relevancia jurídico penal, en la medida que, conforme indica Rodríguez Puerta al analizar las figuras de cohechos pasivos propios, pero con una postura crítica. "No obstante, la sanción de esta clase de comportamiento no encuentra su fundamento en la conculcación del principio de imparcialidad sino en la instrumentalización de las funciones para obtener un beneficio".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 652.

- Solicita el medio corruptor para realizar un acto violatorio de sus obligaciones

D 2068 "El supuesto analizado aparece determinado por el verbo activo "solicitar", conforme aparece explicado en capítulos anteriores, respecto al delito de cohecho pasivo propio, la RAE indica que dicho verbo proviene del latín *sollicitare*, el cual significa, "pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado", es decir, el miembro de la PNP, pide al particular el medio corruptor "(donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio)", dicha pretensión ilegal aparece conectada con el requerimiento directo o indirecto, (...)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 653.

D 2069 "El pedido realizado por el agente cualificado, directa o indirectamente, por mandato legal implica que el miembro de la PNP, emita un acto funcional en razón del cargo, esto es derivado de la función policial, violando o infringiendo sus obligaciones, las mismas que aparecen delimitadas por ley, contratos, reglamentos, directivas, etc., en el caso que el miembro de la PNP cumpla con sus funciones conforme a las normas establecidas, estaremos

en la modalidad del cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial siendo, la fundamental diferencia en estas dos figuras delictuales".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 653.

D 2070 "Por otro lado, surge la interrogante, conforme también se advirtió el delito de cohecho pasivo propio, siendo: ¿Es necesario que el particular conozca el medio corruptor solicitado por el miembro de la PNP, en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial? Ante ello, considero que respecto a la solicitud directo, no existe problema alguno, por cuanto, el supuesto delictual no admite cuestionamiento, por la claridad de su redacción, es decir, el miembro de la PNP, de manera personal comunica, vía solicitud personal, el pacto venal acompañado del medio corruptor; sin embargo, el problema aparece en el supuesto de solicitar el medio corruptor indirectamente, por intermedio de un tercera persona, es decir, nos encontramos ante los casos de "interpósita persona", en los cuales el miembro de la PNP, solicita el medio corruptor a través de un tercero, en este último supuesto, considero que es perfectamente posible dotar de contenido penal dicha conducta, por cuanto, nos encontramos ante un supuesto delictual unilateral, en el cual, el injusto penal alcanza perfeccionamiento en la medida que se haya expresado el verbo "solicitar", el miso que inmediatamente genera la infracción del deber especial de probidad y deberes de salvamento que tiene el sujeto cualificado frente al bien jurídico otorgado en custodia, por cuanto el delito resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 653 y 654.

- **Solicita el medio corruptor para omitir un acto en violación de sus funciones**

D 2071 "Respecto al supuesto típico analizado, se tiene que el miembro de la PNP, pide al particular el medio corruptor (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio) para infringir sus obligaciones funcionariales en razón del cargo, empero, dicho pacto venal, radica en el acto omisivo desplegado por el agente delictual, es decir, el miembro de la Policía Nacional, no emite acto o conducta funcional alguna, se desatiende de sus obligaciones impuestas por la normatividad vigente, por cuanto, aparece ligado al pacto venal con el particular, habiendo vendido la función pública (cohecho antecedente)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 654.

D 2072 "En ese sentido, la omisión del acto funcional policial, ligado al medio corruptor y la infracción de la normatividad que delimita sus obligaciones, perfecciona el injusto penal, resultando irrelevante, si la entrega del medio corruptor se logró concretar, en términos similares, deviene en innecesario la aceptación del particular, respecto al pacto venal, por tratarse de un acto unilateral atribuido únicamente al funcionario o servidor público (...)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 654 y 655.

D 2073 "Por otro lado y de manera similar en el supuesto comentado líneas arriba, se advierte un escenario "interpósita persona", es decir, el sujeto cualificado, esto es, miembro de la PNP, que opera en razón del cargo, solicita el medio corruptor indirectamente, por intermedio de una tercera persona, para dejar de hacer el acto funcional policial al cual se encuentra obligado, violación de sus obligaciones, en ese sentido, considero que también es perfectamente posible dotar de contenido penal dicha conducta, por cuanto, nos encontramos ante un supuesto delictual unilateral".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 655.

- Solicita el medio corruptor a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones

D 2074 "El supuesto aludido, aparece marcado por el verbo rector "solicitar", conforme fue explicado líneas arriba, proviene del latín *sollicitare*, es decir, "pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado", por lo tanto, el sujeto cualificado, agente policial, pide a particular el medio corruptor (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio), dicha pretensión ilegal, también aparece conectada con el requerimiento directo o indirecto, todo ello como consecuencia de haber incumplido sus obligaciones".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 655.

- Condiciona su conducta a la entrega del medio corruptor

D 2075 "El supuesto analizado, delimita la conducta del agente policial, a dos verbos, "condicionar" y "entregar", en ese sentido, conforme se viene indicando líneas arriba, la RAE, respecto al verbo "condicionar", implica "hacer depender algo de una condición. Influir de manera importante en el comportamiento e alguien o en el desarrollo de algo", respecto al segundo verbo, "entregar", la citada academia, refiere que proviene del latín *integrare*, situación que implica "dar a algo a alguien, o hacer que pase a tenerlo"; siendo así, el agente policial, hace depender su actividad funcional policial del medio corruptor (donativo o ventaja), solicitado al particular, imponiéndole condicionante de afectación, es decir, en el supuesto que el particular cumpla con la entrega del medio corruptor, entonces, habilitará –en un tiempo venidero– el acto funcional a su favor, caso contrario, en el supuesto que el particular no acceda a tal pretensión venal, entonces sufrirá las consecuencia con el acto funcional emitido en su perjuicio".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 656 y 657.

D 2076 "Siendo así, este supuesto similar a los demás delitos de cohecho pasivo propio e impropio, aparece influenciado por un escenario futuro de la emisión de la conducta venal, empero, los verbos condicionantes operan, para efectos configurativos, en tiempo presento, en ese sentido, en este extremo nos encontramos en un delito de peligro abstracto".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 657.

D 2077 Promesa. "Es necesario precisar que, a diferencia del supuesto anterior, el delito aparece condicionado a la existencia de una promesa de entregar el medio corruptor, producto del acto funcional emitido por el agente policial en razón del cargo encomendado, en ese sentido, la redacción típica, registra un escenario futuro, empero la fase consumativa es instantánea en la medida que se advierte la presencia del os dos verbos rectores, por tratarse de un delito de mera actividad y de peligro abstracto".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 657.

3. Tipicidad subjetiva

D 2078 "El delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, es un delito de comisión dolosa, no admitiendo la forma imprudente, por cuanto, por técnica de tipificación, el dolo es inferido y la culpa es expresa, según los lineamientos fijados en el art. 12 del CP".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 659.

4. Autoría y participación

D 2079 "En ese sentido, es necesario precisar, que solo será autor, el sujeto que ostente el titulo formal de miembro de la PNP, y además opere en ejercicio del cargo específico encomendado, dicho requisito deviene en necesario, por cuanto, con ello se estaría evidenciando la venta de la función pública o el pacto venal entablado con el particular, caso contrario la figura deviene en inexistente, por lo tanto, se advierte la existencia de un deber especial o específico impuesto en el agente policial, dicho deber no es fácil de detectar, por cuanto, emana de las actividades funcionales previstas, mayoritariamente, en las normas extrapenales, siendo así, es perfectamente posible la admisión de la autoría directa, en la medida que el agente policial domine por sí mismo, el curso causal del pacto venal".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 662.

D 2080 "Desde la óptica de los delitos de infracción de deber, es posible, únicamente la admisión de autoría directa, negándose la posibilidad de incorporar las figuras de autoría mediata o coautoría, por cuanto, el deber especial, contenido en la institución positiva, "Administración Pública", fundamenta la autoría e injusto penal, por el alto nivel personal del deber positivo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 663.

D 2081 "El delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial; tanto desde la óptica de los delitos de dominio como delitos de infracción de deber, admite la

participación delictual, en todos sus extremos, es decir, admite las formas de complicidad (primaria y secundaria), esto es, será partícipe el sujeto que coopera con el plan del autor cualificado que aparece ligado a los medios corruptores y pacto venal, dicha afirmación encuentra amparo en la redacción de la parte final del art. 25 del CP, cuando señala que el cómplice siempre responde en referencia del hecho punible del tipo penal no concurran en él, es decir, la redacción típica se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 663.

5. Tentativa y consumación

D 2082 "Las reglas de la dogmática penal, nos indican que la tentativa no es admisible en los delitos de mera actividad, por la inexistencia del baremo "espacio-tiempo", por lo tanto, su admisión es pertinente en los delitos de resultado, situación que no es afín al delito analizado, por cuanto se trata de un delito de mera actividad y de peligro abstracto.

(...) Por lo tanto podemos concluir que no es posible la admisión del delito tentado en la figura delictual materia de análisis".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 660.

D 2083 "En el entendido, que el delito de cohecho pasivo propio n el ejercicio de la función policial. Resulta ser un delito especial propio, el perfeccionamiento del tipo penal depende del verbo rector identificado en cada supuesto delictual, es decir, las dos primeras modalidades, determinadas por los verbos rectores "aceptar", "recibir" y "solicitar", alcanzan perfeccionamiento consumativo en la medida que el agente policial incurra en dichos verbos rectores, por cuanto, conforme fue manifestado líneas arriba, el delito analizado resulta ser un delito de mera actividad, cuya consumación aparece evidenciada con la sola presencia del verbo rector aludido, siendo así, deviene en irrelevante para los fines consumativos que el agente delictivo viole o falte al cumplimiento de sus obligaciones, resulta innecesario para los fines consumativos, si el particular cumple con la entrega de los medios corruptores, esto es, el donativo, promesa o cualquier otra ventaja de naturaleza tangible".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 660.

D 2084 "Respecto a la tercera modalidad, esto es, aquella que aparece relacionada con el verbo "condicionar", el tipo penal alcance perfeccionamiento consumativo, en la medida que el sujeto activo, esto es, agente policial, imponga el accionar condicionante para con el particular interesado en la venta del función pública, dicho condicionamiento, estará vinculada a la emisión del acto funcional policial, producto del cual el agente policial obtendrá la promesa del donativo o ventaja, de la misma forma, por cuanto el delito es de mera actividad, deviene en irrelevante si el particular entrega el medio corruptor.

Finalmente, en este supuesto, las modalidades comisivas, esto es, por acción y omisión, deberá sr entendidas, para los fines consumativos, bajo el escenario de "un hacer" o "deja de hacer",

por cuanto, la concepción de dominio, aparece determinada por las estructuras ontológicas del "ser", cuyo análisis valorativo tiene que ser analizado bajo un tracto fenomenológico, conforme se viene detallando en los diversos capítulos del presente estudio".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 661.

D 2085 "El delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, no solo es un delito especial propio, respecto a la cualificación de los sujetos, sino que, respecto a la conducta, resulta ser un delito de infracción de deber, tan igual que el delito de cohecho pasivo propio, por cuanto, el supuesto de hecho contiene una institución, "Administración Pública"; de la cual provienen deberes positivos, esto es, deber de probidad, en ese sentido, el sujeto cualificado, esto es, agente policial, al incursionar en cualquiera de los verbos rectores de los tres supuestos delictivos, esto es, "aceptar", "recibir", "solicitar" y "condicionar", infringe dicho deber especial, perfeccionándose el ilícito penal por haber lesionado, simultáneamente, el bien jurídico, toda vez que dicho bien jurídico de tutela penal, mantiene estrecha o símil naturaleza con la institución positiva, por lo tanto, deviene en irrelevante, la verificación naturalista de la conducta expresada en los verbos rectores y sus subsecuentes consecuencias, esto es, que el agente policial viole o falte al cumplimiento de la labor funcional, siendo estas formas criterio pos-consumativos".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 661.

D 2086 "El delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, aparece agotado, desde una óptica de dominio e infracción de deber, en la medida que el agente delictual, con posterioridad a la emisión de la conducta delictiva, expresada en los verbos rectores "aceptar"; "recibir"; "solicitar" y "condicionar", obtiene el medio corruptor (dádiva, promesa o cualquier otra ventaja de naturaleza tangible), es decir, respecto a los dos primeros supuestos delictivos, determinados por los verbos rectores, "aceptar", "recibir" y "solicitar", la figura agotada aparece determinada en la medida que el agente delictivo, viole o falte al cumplimiento de sus obligaciones producto de la obtención o pedido respecto al medio corruptor; de la misma forma, se advierte supuesto agotado, con relación a la tercera modalidad delictiva, en la medida que después que el agente delictual imponga el condicionamiento para el cumplimiento de la función pública emite el acto funcional en razón del cargo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 662.

V

COHECHO PASIVO IMPROPIO EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN POLICIAL

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 395-B **Cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial**

El miembro de la Policía Nacional que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar u omitir un acto propio de su función, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del acto ya realizado u omitido, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36.

El miembro de la Policía Nacional que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar u omitir un acto propio de su función, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del acto ya realizado u omitido, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36[57].

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico

D 2087 "Respecto al bien jurídico general, resulta ser el correcto funcionamiento de la Administración Pública, por cuanto, la finalidad del legislador aparece dirigida a la protección del interés público, por otro lado, de manera específica, conforme se viene sosteniendo, reiteradamente en otras figuras delictivas afines al delito materia de comentario, el objeto de protección resulta ser el principio de imparcialidad y deber de probidad que le asiste a todo funcionario o servidor público y en este caso a los miembros de la PNP, conforme señala el inc. 3 del art. 4 del D. Leg. N° 1267, al señalarse: "el personal policial tiene las siguientes obligaciones: (...) Cumplir sus funciones con imparcialidad, responsabilidad, diligencia y prontitud, así como ejercerlas con el profesionalismo, lealtad y ética".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 677.

2.2. Sujeto activo

D 2088 "Desde la óptica de los delitos de dominio, con relación a los sujetos, el delito de cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial, resulta ser un delito especial propio, por cuanto, el tipo penal exige un agente delictual cualificado, esto es, miembro de la

57 Artículo incorporado por el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1351, publicado el 7 de enero de 2017 en el diario oficial *El Peruano*.

PNP, en ese sentido, dicha condición especial, restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente.

Asimismo, es necesario precisar, que no basta tener la condición de personal policial, sino que, además, dicho agente cualificado, tiene que obrar en razón de la función policial, encomendada, caso contrario, la figura delictual deviene en inexistente, por ejemplo, el efectivo policial acepta o solicita la dádiva en circunstancia que no se encuentra de servicio. Por otro lado, desde la perspectiva de los delitos de infracción de deber, se advierte que, el supuesto de hecho registra una relación entre el miembro de la PNP y la institución "Administración Pública", por lo tanto, la redacción típica contiene deberes especiales impuestos al sujeto activo, es decir, el efectivo policial al incursionar en cualquiera de los verbos rectores (aceptar, recibir o solicitar) y los medios corruptores (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio), estaría infringiendo sus deberes de salvamento o protección del bien jurídico encomendado, por lo tanto, en este extremo, respecto a la conducta delictual, se advierte una institución especial y deberes positivos, subsecuentemente, se trata de un delito de infracción de deber".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 666.

2.3. Sujeto pasivo

D 2089 "No existe duda alguna, que el sujeto pasivo, resultaría ser el Estado, por cuanto, aparece como el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "Administración Pública", la doctrina jurisprudencial, fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.° 23 de la Cas. N° 103-2017-Junín, del 14 de agosto del 2017, señalo lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 666.

2.4. Conducta típica

- **Acepta o recibe el medio corruptor para realizar un acto sin faltar a su obligación**

D 2090 "La RAE, conforme fue explicado en otras figuras delictuales, indica que el verbo "aceptar" proviene del latín acceptare, lo cual significa, "recibe voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga", en ese sentido, el miembro de la PNP, operando en razón del cargo funcionarial, recibe libre y espontáneamente el medio corruptor (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio) entregado por el sujeto no cualificado *extraneus*, dicha aceptación, conlleva implícitamente que el sujeto cualificado, tolere o consienta la entrega del medio corruptor.

Por lo tanto, el tipo penal alcanza perfeccionamiento con la mera aceptación del donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, resultando irrelevante, si la entrega del medio corruptor aludido logro concretarse así como deviene en innecesario si el sujeto cualificado

emitió el acto funcional en cumplimiento de sus funciones, por cuanto, la redacción típica utiliza la preposición "para", lo cual advierte una posibilidad, la misma que para el Derecho Penal tiene que ser inminente y factible de realizar, por lo tanto, según se viene indicando en otros capítulos, las bromas, por la misma ineficacia del accionar, no tendrían contenido delictual, en ese sentido, el tipo penal resulta ser un delito de mera actividad, por cuanto dicho escenario configurativo responde a los lineamientos de política criminal adoptados por el legislador, adelantando la barrera de punibilidad".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 669.

D 2091 "Por otro lado, el tipo penal desarrolla el verbo "recibir", en términos de la RAE, conforme fue explicado en otros apartados, proviene del latín *recipere*, es decir, "dicho de una persona. Tomar lo que le dan o le envían. Hacerse cargo de lo que le dan o le envían", por lo tanto, el agente policial, asume como tal el medio corruptor, ingresándolo a su esfera personal, es decir, se trata de un accionar concreto, no es especulativo, demandándose la materialización de la misma, incluyendo la promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, por cuanto, el agente delictual concreta el pacto venal, todo ello con la finalidad de negociar la función pública, a efecto de emitir un acto conforme a sus obligaciones funcionariales propias de la función policial, es decir, el agente policial no falta a sus obligaciones".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 669 y 670.

D 2092 "En ese sentido, subsecuentemente, en el extremo expuesto, y en términos similares que el supuesto anterior, la conducta delictual aparece condicionada con la preposición "para", deviniendo en innecesario que el agente delictivo emita un acto sin faltar a sus obligaciones, por cuanto, se trata de un delito de mera actividad.

De la misma forma, la redacción típica, exige en el miembro de la PNP, una conducta activa sin faltar a sus obligaciones policiales, la misma que aparece determinada por el verbo "realizar", es decir, se exige la posibilidad de ejecutar un acto funcional en razón del cargo, por lo tanto, en este extremo nos encontramos ante un escenario eminentemente activo.

Asimismo, la tratativa delictual, operara, conforme se advierte en otras modalidades típicas, en la medida que el miembro de la PNP, se encuentre en el ejercicio del cargo funcionarial, por tal razón, el tipo penal demanda la existencia de obligaciones derivadas de la función policial, las cuales podrían ser infringidas por el miembro de la PNP, producto del medio corruptor aludido, caso contrario, la figura delictual no calzaría en el tipo penal analizado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 670.

- **Acepta o recibe el medio corruptor para omitir un acto sin faltar a su obligación**

"El supuesto materia de análisis, contiene los mismos verbos rectores que el anterior supuesto, esto es, "aceptar" y "recibir", por lo tanto, nos remitimos a su contenido, de la misma forma,

el pacto venal aparece vinculado a los medios corruptores (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio), asimismo, la conducta delictual, esto es, realizar el acto funcional funcionara en la medida que el miembro de la PNP cumpla su función policial, sin faltar a su obligación funcional".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 670.

D 2093 "En ese sentido, la diferencia, con el supuesto anterior, aparece identificada en forma omisiva, es decir, la redacción típica, advierte el supuesto en el cual, el agente policial deja de cumplir sus funciones, sin infringir sus obligaciones funcionariales derivadas de la función policial, todo ello, producto del pacto venal asumido por el miembro de la Policial Nacional *intraneus* y el tercero *extraneus*; en ese sentido, el verbo "omitir"; desde una óptica fenomenológica, implica un "no hacer", es decir la ausencia de un comportamiento locomotor".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 670 y 671.

- Acepta el medio corruptor a consecuencia del acto policial ya realizado u omitido

D 2094 "Siendo así, para el presente estudio se deberá rescatar la definición que realiza la Corte Suprema del verbo "aceptar", con relación al medio corruptor el mismo que aparece enlazado con la descripción "a consecuencia del acto policial ya realizado u omitido" y no así respecto al acto en violación de sus obligaciones, por cuanto dicho supuesto corresponde la delito de cohecho pasivo propio, por lo tanto, conforme se advierte con meridiana claridad, la redacción típica aparece en tiempo pasado, respecto al cumplimiento de las obligaciones de la función policial, siendo así, nos advierte que el agente delictivo, esto es, agente policial, emitió el acto funcional en razón del cargo desempeñado, empero, producto de ello, admite el medio corruptor proporcionado por el tercero *extraneus*, comprometiendo la función policial encomendada".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 671.

- Solicita el medio corruptor para realizar acto propio de su función

D 2095 "El supuesto materia de análisis, aparece determinado por el verbo activo "solicitar", conforme aparece explicado en capítulos anteriores, respecto al delito de cohecho pasivo impropio, la RAE indica que dicho verbo proviene del latín *sollicitare*, el cual significa, "pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado", es decir, el miembro de la PNP, pide al particular el medio corruptor (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio), dicha pretensión ilegal aparece conectada con el requerimiento directo o indirecto (...)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 673.

- Solicita el medio corruptor para omitir un acto propio de la función policial

D 2096 "Con relación al supuesto típico analizado, se tiene que el miembro de la PNP, pide o solicita al particular el medio corruptor "(donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio)" para cumplir un acto propio de la función policial y en razón del cargo específico, empero, dicho pacto venal, radica en el acto omisivo desplegado por el agente delictual, es decir, el miembro de la PNP, no emite acto o conducta funcional alguna, se desatiende de sus obligaciones impuestas por el propio ejercicio funcional y la normatividad vigente, por cuanto, aparece ligado al pacto venal con el particular, habiendo vendido la función pública (cohecho antecedente).

En ese sentido, la omisión del acto funcional policial, ligado al medio corruptor y la infracción de la normatividad que delimita sus obligaciones, perfecciona el injusto penal, resultando irrelevante, si la entrega del medio corruptor se loro concretar, en términos similares, deviene en innecesario la aceptación del particular, respecto a pacto venal, por tratarse de un acto unilateral atribuido únicamente al funcionario o servidor público (...)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 674.

- Solicita el medio corruptor como consecuencia del acto ya realizado u omitido

D 2097 "El supuesto analizado, aparece marcado por el verbo rector "solicitar", conforme fue explicado líneas arriba y de manera reiterada, proviene del latín *solicitare*, es decir, "pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado"; por lo tanto, el sujeto cualificado, agente policial, pide la particular el medio corruptor (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio), dicha pretensión ilegal, también aparece conectada con el requerimiento directo o indirecto, todo ello como consecuencia de haber incumplido sus obligaciones propias de la función policial".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 675.

3. Tipicidad subjetiva

D 2098 "Sin lugar a dudas, el delito de cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial, es un delito de comisión dolosa, no admitiendo la forma imprudente, por cuanto, por técnica de tipificación, el dolo es inferido y la culpa es expresa, según los lineamientos fijados en el artículo 12 del CP".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 678.

4. Tentativa y consumación

D 2099 "La tentativa, no opera en el delito de cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial, por cuanto, al tratarse de un delito de comisión instantánea, deviene en inexistente el delito tentado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 678.

D 2100 "Asumiendo la tesis, que el delito de cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial, resulta ser un delito especial propio, el perfeccionamiento del tipo penal, depende del verbo rector identificado en cada supuesto delictual, es decir, "aceptar", "recibir" y "solicitar", por lo tanto, dicho supuesto, alcanza perfeccionamiento consumativo en la medida que el agente policial incurren en dichos verbos rectores, por cuanto, conforme fue manifestado líneas arriba, el delito analizado resulta ser un delito de mera actividad, cuya consumación aparece evidenciada con la sola presencia del verbo rector aludido, siendo así, deviene en irrelevante para los fines consumativos que el agente delictivo cumpla sus funciones policiales conforme la normatividad vigente, de la misma forma, resulta innecesario para los fines consumativos, si el particular cumple con la entrega de los medios corruptores, esto es, el donativo, promesa o cualquier otra ventaja de naturaleza tangible".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 678 y 679.

D 2101 "El delito de cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial, respecto al análisis de la conducta, resulta ser un delito e infracción de deber, tan igual que el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, por cuanto, el supuesto de hecho contiene una institución "Administración Pública"; de la cual provienen deberes positivos, esto es, deber de probidad, en ese sentido, el sujeto cualificado, esto es, agente policial, al incursionar en cualquiera de los verbos rectores, esto es, "aceptar", "recibir" y "solicitar", infringe dicho deber especial, perfeccionándose el ilícito penal por haber lesionado, simultáneamente, el ben jurídico, toda vez que dicho bien jurídico de tutela penal, mantiene estrecha o símil naturaleza con la institución positiva, por lo tanto, deviene en irrelevante, la verificación naturalista de la conducta expresada en los verbos rectores y sus subsecuentes consecuencias, esto es, que el agente policial emita el acto funcional policial en cumplimiento de sus obligaciones, siendo estas formas, criterios pos-consumativos.

Por otro lado, conforme ha sido sustentado reiteradamente en otros apartados, en la dimensión de los delitos de infracción de deber, el acontecer sexual expresado en el mundo exterior, mediante una conducta determinada por un hacer o dejar de hacer no posee ninguna relevancia jurídico-penal a los efectos de la imputación. En ese sentido, la configuración de los delitos de infracción de deber, tienen como único criterio, para determinar la autoría e injusto penal, la infracción del deber radicado en la institución positiva".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 679.

D 2102 "El delito de cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial, aparece agotado, desde una óptica de dominio e infracción de deber, en la medida que el agente delictual, con posterioridad a la emisión de la conducta delictiva, expresada en los verbos rectores "aceptar", "recibir" y "solicitar", obtiene el medio corruptor (dádiva, promesa o cualquier otra ventaja de naturaleza tangible)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 679 y 680.

VI

CORRUPCIÓN PASIVA DE AUXILIARES JURISDICCIONALES

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 396 **Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales**

Si en el caso del artículo 395, el agente es secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a los anteriores, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa[58].

TEXTO ORIGINAL

Artículo 396.- Corrupción de auxiliares jurisdiccionales. Corrupción pasiva atenuada

Si en el caso del artículo 395, el agente es secretario judicial o auxiliar de justicia o desempeña algún cargo similar, la pena será privativa de libertad no mayor de cuatro años.

PRIMERA MODIFICATORIA

Artículo 396.- Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales

Si en el caso del artículo 395, el agente es secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a los anteriores, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal[59].

2. Tipicidad objetiva

2.1. Sujeto activo

D 2103 "En lo concerniente a los sujetos de la relación delictiva, veamos primero a los sujetos activos, quienes al reunir una condición especifica de actuación funcional, hace de este tipo penal uno "especial propio"; quienes no tienen la calidad de secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo, no podrá responder por este injusto penal. Si es magistrado (juez o fiscal), árbitro, miembro de un Tribunal Administrativo o perito, la tipificación ha de ser reconducida al os alcances normativos del artículo 395 del CP y, este otro funcionario o servidor público, bajo los efectos de acriminación de los artículos 393 y 394 del CP.

Los autores de este injusto de cohecho pasivo específico, han de encontrarse en plena vigencia de su actuación funcional, los cesados y destituidos, no estarán incursos en esta modalidad delictiva, sino en la de usurpación de funciones".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 623.

58 Texto vigente conforme a la modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 de noviembre de 2013 en el diario oficial *El Peruano*.

59 Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada el 6 de octubre de 2004 en el diario oficial *El Peruano*.

D 2104 "El artículo 396 se refiere a un secretario jurisdiccional, auxiliar de justicia o cualquiera que desempeña un cargo similar. El caso de estos últimos no debe confundirse con las simples "secretarias"; los policías adscritos, oficinistas o demás personal que labora en las dependencias del funcionario competente y cuyo trabajo no constituya un trabajo técnico. En cambio, los secretarios de Juzgado o de Tribunal, los relatores y auxiliares o técnicos judiciales si cumplen con un trabajo profesional que podría influir en una decisión del magistrado, fiscal u otro. (...)".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 496.

D 2105 "Otra exigencia la constituye el hecho que el sujeto activo debe solicitar, aceptar o recibir de tercero (otro funcionario o particular) donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a sabiendas de que es efectuado o realizado con el fin de influir en un asunto sometido a su conocimiento o competencia. El agente debe tener acceso directo al asunto para efectuar actos a favor del tercero que ofrece o entrega la ventaja o beneficio".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 631.

- Secretario

D 2106 "Siendo así, podemos indicar que, "secretario judicial", son todas aquellas personas naturales, vinculadas al Poder Judicial mediante una relación laboral específica, esto es, nombrados o contratados, quienes ostentan el estatus de servidores públicos, por cuanto no tienen capacidad decisoria funcionarial, cuyas funciones aparecen delimitadas por la normatividad específica de la institución jurisdiccional".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 685.

D 2107 "Se trata de aquel funcionario público incluido en la carrera auxiliar jurisdiccional (secretarios de juzgados de paz letrados, juzgados especializados, de Corte Superior y Suprema) que localizados en diversas áreas funcionales (mesa de partes, de actas, etc. colabora con el magistrado en la labor de administración de justicia, poseyendo capacidad de decisión en ámbitos administrativos (otorgar copias certificadas, refrendar resoluciones, autorizar actas, emitir razones e informes, colocar las tablas de causas, llevar el despacho, vigilar el cumplimiento de las notificaciones, etc.)".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 322.

D 2108 "Secretario judicial. Son aquellos servidores públicos nombrados o contratados por el Poder Judicial asignados en los juzgados de paz letrado, en los juzgados penales de primera instancia, en las salas superiores y en las salas de la Corte Suprema. Las obligaciones y atribuciones del os secretarios judiciales se prevén en los artículos 259 y 266 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 632.

- Relator

D 2109 "Por lo tanto, "relator" resulta ser cualquier persona natural vinculada al Poder Judicial mediante una relación laboral específica, esto es, nombrado o contratado, quien ostenta el estatus de servidor público, toda vez que no tiene capacidad decisoria funcionarial, cuyas actividades aparecen manifiestas en las salas superiores y en las salas de la Corte Suprema, las mismas que se encuentran delimitadas por la normatividad específica de la institución jurisdiccional".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 686.

D 2110 "El relator es el funcionario del Poder Judicial, encargado de realizar la relación de los expedientes judiciales ante los tribunales. La relación consiste en dar a conocer el contenido de los expedientes judiciales a los jueces que forman parte de dichos tribunales, atendiendo su carácter colegiado".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 323.

D 2111 "Relator. Son aquellos servidores públicos nombrados o contratados por el Poder Judicial asignados en las salas superiores y en las salas de la Corte Suprema según lo previsto en los artículos 250 y 251 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Las obligaciones y atribuciones del os relatores se precisan en el artículo 26 del citado TUO".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 632.

- Especialista

D 2112 "Según lo expuesto, "especialista", resulta ser cualquier persona natural, vinculada al Poder Judicial, es decir, se trataría de un especialista judicial, quien, mediante una relación laboral específica, esto es, nombrado o contratado, ostenta el estatus de servidor público, por cuanto, no tiene capacidad decisoria funcionarial, cuyas actividades aparecen determinadas por la normatividad específica de la institución jurisdiccional".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 686.

D 2113 "Es el funcionario del Poder Judicial que se encarga de proyectar resoluciones, entregar al secretario el juez el expediente judicial expedito para las actuaciones procesales que correspondan. También asiste al juez en la fijación de los puntos controvertidos o en los que serán materia de pronunciamiento judicial; asimismo, en el saneamiento probatorio. Cursa las comunicaciones correspondientes y notificar a las partes para que presenten los medios probatorios ofrecidos, bajo responsabilidad, entre otras funciones".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 323.

D 2114 "Especialista. Son aquellos servidores públicos contratados por el Poder Judicial asignados a los juzgados civiles, comerciales y laborales, comúnmente se les denomina "especialistas legales": Su labor se parece a la de un secretario judicial asignado a un juzgado penal".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 632.

- Auxiliar jurisdiccional

D 2115 "Es toda aquella persona profesional del derecho o no, nombrada por el consejo ejecutivo distrital respectivo mediante concurso (en la práctica, por propuesta directa del juez) y que colabora dentro y fuera del juzgado o salas con los secretarios y jueces, básicamente emitiendo razones e informes y asistiendo en diligencias y actuaciones. Su naturaleza jurídica laboral es la de servidores o empleados públicos".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 323.

D 2116 "Auxiliar jurisdiccional. Si bien todos los cargos anteriores, según el TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, también reciben la denominación general de auxiliares jurisdiccionales, con esta etiqueta el legislador ha pretendido englobar a todos los demás servidores del Poder Judicial que, de una u otra manera, tienen contacto con la tramitación de un proceso, ya sea de carácter jurisdiccional o administrativo. Aquí entran los asistentes administrativos, los asistentes de juez, los que cumplen con la labor de notificadores, los que cumplen la labor en las Odecmas o en la OCMA, etc.".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 632 y 633.

D 2117 "La RAE, indica que el término "auxiliar", proviene del latín *auxiliaris*, por lo tanto, se trataría de un "(...) funcionario técnico administrativo de categoría subalterna"".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 686.

- Cualquier otro análogo

D 2118 "El legislador, al utilizar la redacción "cualquier otro análogo a los anteriores", advierte el uso de una técnica legislativa abierta, al utilizar la terminología "otro análogo", empero, dicho estatus especial deberá encontrarse circunscrito de manera símil, a las condiciones, cargos labores o funciones de secretario judicial, relator, especialista y auxiliar jurisdiccional, por lo tanto, en este rubro, también pueden ser considerados, el personal laboral adherido a otras instituciones vinculadas a la administración de justicia, por ejemplo, el personal administrativo del Ministerio Público, esto es, asistentes administrativos y asistentes en función fiscal".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 686 y 687.

D 2119 "Lo similar esta en relación a los cargos de secretario judicial y a las labores de auxilio judicial. Se ubican aquí los asistentes judiciales, los asistentes sociales adscrito a determinados juzgados, etc.".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, pp. 323 y 324.

D 2120 "Cualquier otro análogo. Esta fórmula abierta empleada por el legislador, significa que cualquier otro servidor que cumple parecidas obligaciones o atribuciones a los anteriores se constituye en sujeto activo del delito en hermenéutica. Aquí, por ejemplo, se subsume a los asistentes de función fiscal o asistentes administrativos que trabajan en los despachos fiscales de todos los niveles del Ministerio Público".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 633.

2.2. Sujeto pasivo

D 2121 "Conforme fue manifestado, respecto al análisis del delito de cohecho pasivo específico, el sujeto pasivo, resultaría ser el Estado, cuyos intereses serán representados por las procuradurías especializadas del Poder Judicial y del Ministerio Público, según el caso concreto".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 687.

2.3. Conducta típica

D 2122 "La concurrencia de funciones de los secretarios judiciales con la de los magistrados jurisdiccionales, la cercanía y contacto directo entre ambos funcionarios hace de dichos sujetos agentes vulnerables y pasibles de incurrir en cohecho pasivo. La conducta o comportamiento reprimible, en estricta remisión al artículo 395, es el hecho de que los secretarios a sabiendas soliciten y/o acepten donativos o ventajas con la finalidad de influir en las decisiones de los asuntos sometidos a su conocimiento. No se trata de que los secretarios judiciales influyan a su vez en los jueces, para lograr resoluciones tendenciosas, hipótesis en la cual responderían por actos decisionales de competencia de estos últimos a título de complicidad o, de acuerdo a las circunstancias, a título de tráfico de influencias.

Es difícil hacer idéntica equiparación de tipicidad en el caso de los auxiliares de justicia en sentido estricto, pues carecen de la facultad de decidir asuntos justiciables. Para hacer subsumible la equiparación se estará a los actos de estricta competencia de estos sujetos activos del delito".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 324.

D 2123 "Aquí solo es pertinente dejar establecido que el cohecho pasivo específico por la calidad del agente, tipificado en el artículo 386 del Código Penal, se configura cuando el sujeto activo ya sea en su calidad de secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a los anteriores, bajo cualquier modalidad acepta o recibe de tercero (otro funcionario o particular) donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas de que es efectuado o realizado con el fin de influir en asunto sometido a su conocimiento o competencia".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 628.

D 2124 "De igual forma, se perfecciona el citado ilícito penal cuando el agente ya sea en su calidad de secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a los anteriores, bajo cualquier modalidad solicita a un tercero (se entiende interesado en el asunto), directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en un asunto que está sometido a su conocimiento y competencia".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 628.

D 2125 "En lo concerniente a la modalidad típica, es de verse que si hemos de construir el análisis dogmático, bajo las mismas aristas contenidas en los alcances normativos del artículo 395 del CP (al fungir el artículo 396 como una "cláusula de extensión de punición"), tendríamos que someter la valoración del juicio de tipicidad penal, a los términos normativos de: "competencia" y "conocimiento"; resultando el primero de ello, una aceptación privativa a los fueros jurisdiccionales y a los fueros fiscales, no siendo extensible dicha institución a los auxiliares y secretarios jurisdiccionales, quienes por tal razón, son rotados y desplazados constantemente a los diversos ámbitos de las especialidades de la judicatura. La convocatoria de dichas plazas labores, hasta donde sabemos se efectúa en términos generales, sin especificarse competencias funcionales determinadas, lo que no obsta a que siempre deba buscarse un cierto perfil de especialización jurídica en el postulante. Por consiguiente, hemos de sujetar el juicio de desvalor típico al término "conocimiento"".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 624 y 625.

D 2126 "Todas las hipótesis delictivas tienen que estar vinculadas con asuntos sometidos a conocimiento o competencia propios del agente; esto quiere decir, en otros términos que el disvalor del injusto contenido en el artículo 396 del CP, tiene que ver con una negociación ilícita ("pacto corrupto"), que se entabla entre el auxiliar jurisdiccional o el secretario con el litigante, para que el primero sea influenciado, a través de los medios corruptores que se develan en el artículo 395 del CP, a fin de favorecerlo o de incidir en una actuación que se adscribe en la esfera competencial del sujeto activo".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 625.

D 2127 "(...) Sin duda, alguna de las conductas punibles que configuran en conjunto el cohecho pasivo específico por la calidad el agente puede implicar un recíproco intercambio de prestaciones donde el agente del ilegal comportamiento se beneficia con el donativo o ventaja y mediatamente con la promesa que logra del concurrente en el delito (particular u otro funcionario o servidor público), mientras que este último obtiene provecho la resolverse el asunto de acuerdo con sus intereses particulares. Pero esta bilateralidad no concurre en todos los casos. Así, por ejemplo, en la modalidad típica de solicitar no es necesario bilateralidad, pues aquí, con el simple hecho de solicitar se consuma o perfecciona el delito de no exigiéndose la aceptación del tercero. No es necesaria la existencia de pacto o concierto para consumarse el delito".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 630.

J 0327 "Que, antes de emitir pronunciamiento respecto a la condición jurídica del procesado se debe precisar que el delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales previsto en el artículo trescientos noventa y seis del Código Penal, tiene como elementos configurativos los siguientes: a) agente activo del delito: el relator, secretario judicial, especialista y auxiliar jurisdiccional o quien desempeñe cargo análogo, b) verbo rector y medio corruptor: solicitar un donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio, c) finalidad del medio corruptor o fin corruptor: con el fin de decidir o influir en un asunto de su conocimiento o competencia, debiendo entenderse esta circunstancia por la gravedad de la penalidad a imponerse, como una "(...) influencia negativa, esto es, referirse necesariamente a decisiones contra el derecho de una de las partes y con beneficio de la otra (...)" (Rojas Vargas, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*; Grijley - dos mil siete; página setecientos diecinueve), y d) se requiere que actúe con "dolo" el agente del delito; además del elemento subjetivo "a sabiendas", que implica que el agente actúa convencido de la injusticia de sus actos y con conocimiento pleno de las pretensiones implícitas en los medios corruptores".

Segunda Sala Penal Transitoria. R.N. N° 4582-2007-Piura, del 10 de abril de 2008, magistrado ponente: Rojas Maravi, considerando 5.

J 0328 "Que, en este contexto, en el caso *sub júdice* si bien se aprecia del acta de constatación y hallazgo de fojas veintitrés y veinticinco, respectivamente, y de las declaraciones testimoniales de Oscar García Meca, Melquiades Chunga Purizaca, Marisol Rivera Castro y Gabriela Quelopana Vitela –ver fojas trescientos sesenta y cuatro, trescientos sesenta y siete, ciento noventa y tres, y trescientos sesenta y ocho, respectivamente–, que el dinero (doscientos nuevos soles) fue hallado en el cajón derecho de un escritorio diferente al asignado al encausado, ubicado al fondo de la oficina de la Secretaría del Primer Juzgado Civil de Sullana de la Corte Superior de Justicia de Piura utilizado para atender a los abogados y firmar el despacho, también lo es que no existen indicios de prueba objetivos, diferentes a la versión del testigo (denunciante) Fabio Ramón Requena Oliva, que comprueben que el encausado solicitó y recepcionó esa suma de dinero. Aparte, del marco de imputación esgrimido en el dictamen acusatorio, no se verifica en forma concreta la finalidad del medio corruptor, esto es, en que gravitó o tenía que radicar la decisión o influencia del agente sobre el asunto que tuvo bajo conocimiento o competencia, pues tan solo se hace referencia a que el encausado le habría mencionado que "podía ayudarlo para que la administración se haga en forma pacífica", lo que

en modo alguno puede constituir una de las hipótesis de la finalidad del medio corruptor –decidir o influir–, máxime si es un compromiso genérico e impreciso; a lo que se debe agregar que provocar que el lanzamiento se efectúe pacíficamente no constituye un acto contrario a Derecho, menos perjudica a Fabio Ramón Requena Olavarría (quien iba ser lanzado) –hijo del testigo Fabio Ramón Requena Oliva (denunciante del hecho ilícito)–, porque tres días anteriores a esa diligencia este voluntariamente puso a disposición del Juzgado Civil en mención las llaves de las puertas del inmueble objeto de lanzamiento mediante escrito que aparece en copia certificada a fojas ciento setenta y seis, como tampoco lo beneficia ya que el referido fue la persona que desocupó ese bien; además, no existió una influencia negativa en contra del beneficiado con el lanzamiento, señor Luis Antonio Chong Shing García, y el hecho que el encausado haya otorgado el número de su teléfono celular al denunciante para los efectos de ponerle de su conocimiento sobre el estado del proceso no tiene contenido penal, aun cuando sí podría constituir una falta administrativa; en consecuencia, no habiéndose probado el nexo de causalidad y la finalidad del medio corruptor del delito investigado y estando a lo dispuesto por nuestra Carta Magna y las normas supranacionales señaladas en el considerando cuarto de la presente ejecutoria, corresponde absolverlo de la acusación fiscal".

Segunda Sala Penal Transitoria. R.N. N° 4582-2007-Piura, del 10 de abril de 2008, magistrado ponente: Rojas Maravi, considerando 6.

3. Tipicidad subjetiva

D 2128 "Sin lugar a dudas, el tipo penal resulta ser, delito de comisión dolosa, no admitiéndose la forma culposa o imprudente, es decir, exige que el autor tenga conocimiento y voluntad del hecho punible (...)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 687.

D 2129 "El secretario judicial, relator, especialista o auxiliar jurisdiccional deberán obrar con dolo directo, es decir, a sabiendas de las pretensiones de quien accede a la solicitud o da el donativo".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 325.

4. Autoría y participación

D 2130 "Por otro lado, desde la perspectiva de los delitos de infracción de deber, se advierte que, el supuesto de hecho registra una relación entre el sujeto cualificado y la "Administración Pública", por lo tanto, la redacción típica contiene deberes especiales impuestos al sujeto activo, es decir, el secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a los anteriores, al incursionar en cualquiera de los verbos rectores (aceptar, recibir o solicitar) y los medios corruptores (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio), estaría infringiendo sus deberes de salvamento o protección del bien jurídico encomendado, por lo tanto, en este extremo, respecto a la conducta delictual, se advierte una

institución especial y deberes positivos, subsecuentemente, se trata de un delito de infracción de deber".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 684.

D 2131 "Con relación a los sujetos especiales, el legislador impone un determinado estatus especial, esto es, secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a los anteriores, por lo tanto, se deberá tener en cuenta dicha condición por cuanto, se trata de una técnica de redacción específica, en el caso, que no se pueda identificar o demostrar la misma, el tipo penal no tendría contenido penal".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 684 y 685.

D 2132 "El delito de cohecho pasivo propio específico es un delito especialísimo, ya que aparte de solo perfeccionarse por una persona que tiene la condición o cualidad de funcionario o servidor público, este sujeto público debe además tener la condición de secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 631.

D 2133 "El delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, no solo es un delito especial propio, con relación a la naturaleza de los sujetos, sino que, respecto a la conducta, resulta ser un delito de infracción de deber por cuanto, el supuesto de hecho contiene una institución, "Administración Pública", de la cual provienen deberes positivos, esto es, deber de probidad, en ese sentido, tan igual conforme aparece motivado en el delito de cohecho pasivo específico, el secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a los anteriores, al incursionar en cualquiera de los verbos rectores, esto es, "aceptar", "recibir" y "solicitar", infringe dicho deber especial, perfeccionándose el ilícito penal por haber lesionado, simultáneamente, el bien jurídico, toda vez que dicho bien jurídico de tutela penal, mantiene estrecha naturaleza con la institución positiva, por lo tanto, deviene en irrelevante, la verificación naturalista de la conducta expresada en los verbos rectores y sus subsecuentes consecuencias, esto es, que el agente delictivo influya o emita decisión en el asunto funcionarial encomendado en razón de su competencia, siendo estas formas, criterios pos-consumativos".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 688 y 689.

D 2134 "Resulta obvio que el secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo (asistente de función fiscal) al solicitar, aceptar o recibir alguna ventaja o beneficio con la finalidad de influir en las decisiones de asuntos sometidos a su competencia, no tratarán de influir a su vez en la decisión de los jueces o fiscales, por ejemplo, para lograr resoluciones o dictámenes tendenciosos. Si esto último se verifica en un hecho concreto, el auxiliar jurisdiccional o asistente de función fiscal responderá penalmente por actos

decisionales de competencia de jueces o fiscales a título de complicidad o, de acuerdo a las circunstancias, a título de tráfico de influencias".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 631.

5. Tentativa y consumación

D 2135 "La tentativa, tan igual que en el delito de cohecho pasivo específico, no opera en el delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, por cuanto, al tratarse de un delito de comisión instantánea, deviene en inexistente el delito tentado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 688.

D 2136 "En la medida que el agente del derecho, asuma la tesis del delito de dominio, entonces el delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, resulta ser un delito especial propio, por lo tanto el perfeccionamiento del tipo penal, dependerá del verbo rector identificado en cada supuesto delictual, es decir, "aceptar", "recibir" y "solicitar", subsecuentemente, el tipo penal se consuma en la medida que el agente delictual incurra en cualquiera de los verbos citados, siendo así, deviene en irrelevante para los fines consumativos, que el agente delictivo, esto es, secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a los anteriores, influya o emita decisión en el asunto funcionarial encomendado en razón de su competencia, resulta innecesario para los fines consumativos, si el particular cumple con la entrega de los medios corruptores, esto es, el donativo, promesa o cualquier otra ventaja de naturaleza tangible".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 688.

D 2137 "El delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, aparece agotado, desde una óptica de dominio e infracción de deber, en la medida que el agente delictual, con posterioridad a la emisión de la conducta delictiva, expresada en los verbos rectores "aceptar", "recibir" y "solicitar", obtiene el medio corruptor (dádiva, promesa o cualquier otra ventaja de naturaleza tangible), situación que deberá ser escatimada según el caudal probatorio obtenido en cada caso concreto".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 689.

VII

COHECHO ACTIVO GENÉRICO

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 397 **Cohecho activo genérico**

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa[60].

TEXTO ORIGINAL

Artículo 397.- Aprovechamiento indebido de cargo

El funcionario o servidor público que, directa o indirectamente o por acto simulado, se interesa en cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.

PRIMERA MODIFICATORIA

Artículo 397.- Aprovechamiento indebido de cargo

El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años[61].

SEGUNDA MODIFICATORIA

Artículo 397.- Cohecho activo genérico

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años[62].

---

60 Texto vigente conforme a la modificatoria efectuada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22 de octubre de 2016 en el diario oficial *El Peruano*.

61 Texto conforme a la modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 27074, publicada el 26 de marzo de 1999 en el diario oficial *El Peruano*.

62 Texto conforme a la modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada el 6 de octubre de 2004 en el diario oficial *El Peruano*.

TERCERA MODIFICATORIA

Artículo 397.- Cohecho activo genérico

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa[63].

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico

D 2138 "Si bien nos hallamos frente a un delito cometido fundamentalmente por particulares, como por sujeto públicos, se halla en juego también el principio de imparcialidad y la imagen de la Administración Pública. Este segundo interés valioso es lo que explica que el objeto de tutela penal se centre en garantizar el ejercicio regular de la Administración Pública, el respecto que se debe al desarrollo funcional de dicha administración".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, pp. 327 y 328.

D 2139 "Según el panorama expuesto, considero conforme vengo sosteniendo en otros apartados, el bien jurídico general, resulta ser el correcto funcionamiento de la Administración Pública, por cuanto, la finalidad del legislador aparece dirigida a la protección del interés público, por otro lado, de manera específica, el interés objeto de protección, resulta ser la "actividad funcionarial vinculada a la Administración Pública" mediante la cual el funcionario o servidor público despliega sus labores. Dicha afirmación, aparece ligada al bien jurídico general, pretendiéndose de esta manera garantizar el normal y correcto desarrollo de la Administración Pública y la protección de los deberes funcionariales".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 705.

D 2140 "Como en la mayoría de delitos que en este libro interpretamos, el bien jurídico genérico es el correcto y normal funcionamiento de la Administración Pública. En cambio, el bien jurídico específico radica en la protección al ejercicio regular de las funciones públicas contra los actos de sujetos diversos que intentan corromper a los sujetos públicos, o en otros términos, garantizar a través de la conminación penal el respeto que se debe al desarrollo funcional de la Administración Pública. De ello deriva la protección de los deberes que nacen del cargo, función o atribuciones con la consiguiente fidelidad a la Administración Pública a

63 Texto conforme a la modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 de noviembre de 2013 en el diario oficial *El Peruano*.

la que están obligados los funciones y servidores públicos con la evidente finalidad de que al momento de desarrollar sus funciones lo realicen con total imparcialidad".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 646 y 647.

D 2141 "En resumidas cuentas, el bien jurídico, objeto de tutela penal, es de resguardar a la Administración Pública, libre de toda injerencia e influencia corrupta, que tienda a quebrantar la imparcialidad y objetividad de sus funcionarios y servidores públicos; es, entonces, un mismo bien jurídico, que se ve atacado desde un doble plano a saber".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 632 y 633.

D 2142 "La doctrina nacional sostenía que las figuras de cohecho pasivo y activo (indistintamente) implicaban un resguardo de la Administración Pública frente a la venalidad de los funcionarios o a la incitación en el ejercicio de sus propias funciones, incluso para cumplirlas con arreglo a su deber legal.

Así, se ha dicho que el cohecho es, genéricamente, un delito contra la Administración Pública. Específicamente, se tutela el normal funcionamiento y el prestigio de la Administración a través de la corrección e integridad de sus empleados. Lo que aquí se castiga es la venalidad del funcionario en sus actos funcionales, con prescindencia de la naturaleza del acto en sí mismo. La venalidad, aun ejercida en relación con un acto que el funcionario debe cumplir legalmente, deteriora el correcto funcionamiento administrativo y pone en peligro la normalidad de su desenvolvimiento".

BUOMPADRE, Jorge. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo III. 3ª edición. Buenos Aires: Astrea, 2009, p. 198.

J 0329 "En el delito de cohecho activo genérico, el bien jurídico protegido genérico es el correcto funcionamiento y la imparcialidad en la Administración Pública; mientras que el bien jurídico específico radica en la protección al ejercicio regular de las funciones públicas preservándola, preventiva y conminatoriamente, de los actos de corrupción de sujetos diversos que intentan corromper a los sujetos públicos, o en otros términos, garantizar a través de la conminación penal el respeto que se debe al desarrollo funcional de la Administración Pública".

Sala Penal Especial. Expediente N° 02-2018-15, Resolución N° 5, del 07 de enero de 2021, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 7.7.

2.2. Sujeto activo

D 2143 "Dicho lo anterior, se cataloga como un tipo penal "común", en tanto autor de estos injustos, tanto del artículo 397 como del 398 del CP, puede ser cualquier persona, inclusive un funcionario o servidor público, en plena actividad funcional".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 633.

D 2144 "El tipo penal analizado, desde la categoría de los delitos de dominio, resulta ser un delito común, por cuanto, la redacción típica aparece determinada por el pronombre impersonal "el que" además de ello, sobre el sujeto activo, no existe ninguna cualificación especial que restringa el radio de autores, subsecuentemente, el tipo penal puede ser cometido por cualquier persona con capacidad de reprochabilidad jurídica penal".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 694.

D 2145 "Respecto a una concepción normativa del tipo penal, el delito de cohecho activo genérico, respecto a la conducta, no resulta ser un delito de infracción de deber, por cuanto sobre el sujeto activo, no existe institución alguna que lo vincule con el bien jurídico y le imponga deberes especiales de protección o salvamento".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 694.

D 2146 "El delito de cohecho activo genérico es un delito común, lo cual implica que puede ser cometido por cualquier persona".

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José y UGAZ HEUDEBERT, Francisco. *Delitos económicos, contra la Administración Pública y criminalidad organizada*. Colección de lo Esencial del Derecho N° 18. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2017, p. 110.

D 2147 "El delito de cohecho activo genérico es un delito común. Puede ser perfeccionado por cualquier persona, incluso por quien tiene la condición o cualidad de funcionario o servidor público. En suma, no se exige que el agente tenga alguna calidad o cualidad especial. El sujeto activo puede actuar en su calidad de autor directo, autor mediato o coautor".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 647.

D 2148 "Es sujeto activo cualquier sujeto indeterminado: un particular, otro funcionario o servidor público, un representante de persona jurídica.

El caso del funcionario o servidor público que trata de corromper a otro funcionario o servido no ha sido expresamente previsto por el Código Penal, pero resulta subsumible también en la redacción del artículo 397 CP, que para referirse al sujeto activo emplea el indeterminado "el que"".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 328.

D 2149 "Si bien el denominador común en los delitos funcionariales, es la cualidad especial que debe ostentar el sujeto activo (delito "especial propio"), en los supuestos delictivos de "cohecho activo", el agente es la otra cara de la moneda, quien estando fuera del aparato público, pretender ser favorecido ilegalmente, a través de todo un abanico de medios corruptos.

Dicho lo anterior, se cataloga como un tipo penal "común", en tanto autor de estos injustos, tanto del artículo 397 como del 398 del CP, puede ser cualquier persona, inclusiva un funcionario o servidor público, en plena actividad funcional".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 633.

D 2150 "El cohecho pasivo es un delito especial propio, debido a que únicamente puede ser cometido por un funcionario público nacional, provincial o municipal, (...), salvo que se trate de un juez o funcionario del Ministerio Público, en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales o funciones específicas, supuesto en que se especializa la figura (...)".

BUOMPADRE, Jorge. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo III. 3ª edición. Buenos Aires: Astrea, 2009, p. 200.

D 2151 "Todas las hipótesis delictivas tipificadas en el artículo 397 del Código Penal tienen que estar vinculadas a actos generalmente inherentes a las funciones o servicio propio del funcionario o servidor que se corrompe. Los casos que no ingresan al ámbito de su competencia, no configuran cohecho. (...)".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 637.

J 0330 "El sujeto activo del delito puede ser cualquier persona, incluso otro funcionario o servidor público; mientras que el sujeto pasivo es el Estado".

Sala Penal Especial. Expediente N° 02-2018-15, Resolución N° 5, del 07 de enero de 2021, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 7.8.

2.3. Sujeto pasivo

D 2152 "Resulta ser el Estado, por cuanto, es el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "Administración Pública", en situación similar, la doctrina jurisprudencial fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.° 23 de la Cas. N° 103-2017-Junín, del 15 de agosto del 2017, señalo lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 694.

D 2153 "El sujeto pasivo en este delito es el Estado".

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José y UGAZ HEUDEBERT, Francisco. *Delitos económicos, contra la Administración Pública y criminalidad organizada.* Colección de lo Esencial del Derecho N° 18. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2017, p. 110.

D 2154 "El sujeto pasivo del delito de cohecho activo genérico es el Estado al ser el único titular del bien jurídico tutelado tanto a nivel genérico como específico".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 647.

D 2155 "Si bien el agente del delito entre el "cohecho activo" y el "cohecho pasivo", es distinto, el agraviado, el sujeto ofendido es el mismo, es decir, el Estado, como titular de todas las actuaciones funcionales que toman lugar en el aparato público".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 634.

J 0331 "El sujeto activo del delito puede ser cualquier persona, incluso otro funcionario o servidor público; mientras que el sujeto pasivo es el Estado".

Sala Penal Especial. Expediente N° 02-2018-15, Resolución N° 5, del 07 de enero de 2021, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 7.8.

2.4. Conducta típica

2.4.1. Medios corruptores

- Donativo

D 2156 "Siendo así, podemos concluir, conforme aparece registrado en otros capítulos afines a los delitos de corrupción funcionarial, la "dádiva"; puede ser cualquier regalo u obsequio de naturaleza tangible y valor patrimonial, esto es, bien mueble o inmueble, ofrecido, entregado o prometido por el sujeto no cualificado a favor del funcionario o servidor público, quien actúa en razón del cargo, par que comprometa la función pública, violando sus obligaciones o en su defecto para que realice u omita actos propios del cargo o empleo sin faltar a sus obligaciones".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 695.

D 2157 "El donativo es aquel bien dado o prometido a cambio de actos u omisiones del funcionario o servidor público. Donativo, dádiva o presente son sinónimos, expresan una misma idea obsequio o regalo. La calidad del donativo penalmente relevante tiene que ver con su poder objetivo para motivar la voluntad y los actos del sujeto público hacia una conducta deseada y de provecho para el agente que otorga o promete (otro funcionario o particular). Se entiende que el donativo debe poseer naturaleza material, corpórea y tener valor económico: bienes muebles, inmuebles, dinero, obras de arte, libros, etc.".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 645.

J 0332 "(...) Por otro lado, los medios corruptores son: i) donativo: es aquel bien dado o prometido a cambio de actos u omisiones del funcionario o servidor público. Donativo, dádiva o presente son sinónimos, expresan una misma idea de obsequio o regalo. (...)".

Sala Penal Especial. Expediente N° 02-2018-15, Resolución N° 5, del 07 de enero de 2021, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 7.9.

- Promesa

D 2158 "En ese sentido, "prometer", implica la existencia de un ofrecimiento o posibilidad inminente de concretarse en tiempo futuro, dicha promesa deberá tener connotación tangible, esto es, material, razón por la cual, el sujeto no cualificado promete al funcionario o servidor público, quien actúa en razón del cargo, para que comprometa la función pública, violando sus obligaciones o con la finalidad que realice u omita actos propios del cargo o empleo sin faltar a sus obligaciones".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 696.

D 2159 "La promesa, en cambio, se traduce en un ofrecimiento que hace el agente al funcionario o servidor público de efectuar la entrega de donativo o ventaja debidamente identificada o precisa en un futuro mediato o inmediato. Se exige que la promesa tenga las características de seriedad y sea posible jurídica y materialmente. El cumplimiento de la promesa resulta irrelevante para la configuración del cohecho. El delito se consuma con la verificación de la simple promesa".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 645.

D 2160 "La modalidad de la promesa puede ser directa, explicita o indirecta, utilizando familiares allegados al sujeto activo. El momento de hacerse realidad la promesa puede ser en un futuro cercano o mediato, incluso cuando el sujeto público ya ha perdido la calidad de funcionario o servidor público, siempre claro está que la promesa de halle vinculada con el ejercicio funcional de aquel. Lo fundamental es el vínculo que une a los actos del funcionario o servidor público con la promesa efectuada".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 646.

J 0333 "(...) ii) promesa: se traduce en un ofrecimiento que hace el agente al funcionario o servidor público de efectuar la entrega o donativo o ventaja indebidamente identificado o precisa en un futuro mediato o inmediato. (...)".

Sala Penal Especial. Expediente N° 02-2018-15, Resolución N° 5, del 07 de enero de 2021, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 7.9.

- Cualquier otra ventaja o beneficio

D 2161 "El supuesto aludido, alberga una técnica de tipificación abierta con la finalidad de punir conductas contrarias al orden jurídico, es decir, utiliza la fórmula cualquier otra ventaja o beneficio indebido, haciendo alusión a cualquier accionar de naturaleza tangible, mediante el cual, el sujeto activo no cualificado ofrece, da o promete al funcionario o servidor público, quien actúa en razón del cargo, para que comprometa la función pública, violando sus obligaciones o con la finalidad que realice u omita actos propios del cargo o empleo sin faltar a sus obligaciones".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 696.

D 2162 "Cualquier otra ventaja o beneficio debe entenderse como un mecanismo subsidiario y complementario, cubre todo lo que no sea susceptible de ser considerado donativo o presente. Es cualquier privilegio o beneficio que entrega, ofrece, promete el agente al sujeto público con la finalidad de quebrantar sus deberes funcionales: empleos, colocación en áreas específicas, ascensos, premios, cátedras universitarias, viajes, becas, descuentos no usuales favores sexuales, favores laborales, etc.".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 646.

D 2163 "Las coimas son los donativos nimios o en pequeña cantidad o valor, dados por el agente al funcionario o servidor público para acelerar tramites, procesos, obviar entrampamientos burocráticos o motivar en general la voluntad del sujeto público. Las coimas constituyen nieles mínimos de cohecho que igualmente resulta punibles, pues generan un clima de relajamiento y amoralidad en el desarrollo administrativo y público de las funciones y servicios públicos".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 646.

J 0334 "(...) se tiene que el delito de cohecho activo genérico solo exige que el sujeto activo realice una conducta positiva concreta dirigida a "comprar" la función público, no hace falta –aun cuando lo incluya– un acuerdo previo; que el tipo penal en mención requiere que el agente, a través de dádivas, promesas o ventajas, trate de obtener una determinada conducta funcional del funcionario involucrado, esto es, genere en él un estado de disposición para la "venta" de la función pública; que esta figura también admite como una de sus formas posibles para lograr el propósito criminal, las vías implícitas, que en el presente caso no se da, toda vez que no medio pacto o acuerdo previo (...), menos conversación alguna sobre la entrega de algún dinero para que lo favorezca en la fuga, consecuentemente, el hecho objeto del proceso penal no constituye el delito en mención".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 3107-2013-Lambayeque, del 26 de marzo de 2014, magistrado ponente: Prado Saldarriaga, considerando 8.

J 0335 "(...) iii) cualquier otra ventaja o beneficio: debe entenderse como un mecanismo subsidiario y complementario, cubre todo lo que no sea susceptible de ser considerado donativo o presente. Es cualquier privilegio o beneficio que entrega, ofrece o promete el agente al sujeto público con la finalidad de quebrantar sus deberes funcionales".

Sala Penal Especial. Expediente N° 02-2018-15, Resolución N° 5, del 07 de enero de 2021, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 7.9.

2.4.2. Modalidades típicas

D 2164 "Este delito, a diferencia de los casos anteriores, sanciona al actor privado que interviene en un acto de corrupción. Siendo un delito de encuentro, es necesario que concurran dos partes para que este se pueda consumar. Así, por un lado, encontraremos al actor privado, quien es el que concede una ventaja indebida, y por el otro al funcionario o servidor público, destinatario dicha ventaja".

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José y UGAZ HEUDEBERT, Francisco. *Delitos económicos, contra la Administración Pública y criminalidad organizada*. Colección de lo Esencial del Derecho N° 18. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2017, p. 109.

D 2165 "Este tipo penal bajo comentario admite dos modalidades distintas:

i) Cuando el autor ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público algún tipo de ventaja con la finalidad de que realice u omita actos en violación de sus obligaciones. Por ejemplo, esta modalidad se podría presentar cuando un particular otorga una ventaja económica (dinero) a un secretario judicial, a efectos de que incumpla con notificar una resolución judicial a una de las partes del proceso.

ii) Cuando el agente, bajo cualquier modalidad ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público ventaja, donativo o beneficio para que realice u omita actos propios de su cargo, sin faltar a sus obligaciones. Siguiendo el ejemplo anterior, podría presentarse esta modalidad cuando el actor privado ofrece una ventaja económica a un secretario judicial, a efectos que agilice el acto de notificación, siendo esta una función u obligación propia de su cargo.

Mientras que en un caso se ofrece la ventaja indebida para que el funcionario incumpla sus obligaciones, en el segundo supuesto la ventaja persigue que el funcionario cumpla con su deber, es decir que se le ofrece o concede una ventaja como incentivo para que realice su función. Se entiende que, en ambos casos, dicho incentivo constituye una afrenta a la correcta Administración Pública, pues no solo esta se distorsiona cuando el funcionario recibe una venta para afectar el ejercicio de su función, sino cuando lo hace para cumplir con el deber que le impone su cargo y que no requiere de incentivo alguno".

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José y UGAZ HEUDEBERT, Francisco. *Delitos económicos, contra la Administración Pública y criminalidad organizada*. Colección de lo Esencial del Derecho N° 18. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2017, pp. 109 y 110.

J 0336 "Bajo estas consideraciones fácticas, se tiene que Javier Lei Siucho habría cometido supuestamente el delito de cohecho activo genérico, que se configura cuando el agente

dolosamente, de cualquier manera o forma facilita, concede, entrega, otorga, transfiere, adjudica o, sencillamente, da un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a un funcionario o servidor público que tiene que realizar o decidir algún asunto de su interés con el objeto que este último realice un acto en violación de sus obligaciones, o también, realice un acto sin faltar a sus obligaciones. Se trata, de un delito de mera actividad. No es necesario que la entrega del soborno se perfecciones, es suficiente el acuerdo de voluntades".

Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios. Expediente N° 00046-2017-113-5002-JR-PE-01, Resolución N° 5, del 26 de enero de 2021, considerando 15.

J 0337 "El delito de cohecho activo genérico se configura o perfecciona cuando el sujeto activo, bajo cualquier modalidad o medio, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio con la finalidad que realice u omita actos en violación de sus obligaciones funcionales normales. De igual modo se configura cuando el agente, con la finalidad que el funcionario o servidor público sin faltar a sus obligaciones normalice, realice u omita actos propios de su cargo o empleo, bajo cualquier modalidad o medio le ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio. La finalidad que busca el agente con tu actuar es trascendente para tipificar el delito. Si el objetivo de la entrega u ofrecimiento no tiene relación con el desarrollo de las funciones oficiales del sujeto público, entonces el delito de cohecho no se configura".

Sala Penal Especial. Expediente N° 02-2018-15, Resolución N° 5, del 07 de enero de 2021, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 7.9.

- Primera modalidad: cuando el autor ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones
  - Ofrece el medio corruptor para que el funcionario realice un acto funcional violando su obligación

D 2166 ""Ofrece", aquel que de manera –directa o indirecta–, propone al funcionario o servidor público, un intercambio de prestaciones ilícitas; ofreciendo la entrega de una dádiva, promesa o cualquier tipo de ventaja, a cambio de que el *intraneus*, quebrante sus deberes legales –inherentes al cargo–. Configuración del injusto, cuya verificación en su perpetración se limita con la constatación de la oferta corruptora, sin tener que acreditarse la aceptación del funcionario, menos la objetiva vulneración a sus deberes funcionariales".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 636 y 637.

D 2167 "En ese sentido, de la redacción típica se advierte con meridiana claridad, que el sujeto activo no cualificado inicia o gesta el pacto venal, pretendiendo que el sujeto cualificado, esto es, funcionario o servidor público, acceda a tal finalidad corruptora, emitiendo una conducta reprochable, por cuanto, incumplirá sus obligaciones funcionariales en razón del cargo encomendado, siendo así, el verbo "ofrecer", al tratarse de un verbo activo y de inmediata ejecución, identifica al delito de cohecho activo genérico, como delito de mera actividad.

De la misma forma, la incursión en el supuesto de hecho del verbo "ofrecer", advierte que la técnica legislativa, adelanto la barrera de punibilidad, por lo tanto, el tipo penal citado resultaría ser un delito de peligro abstracto, es decir ,se advierte una técnica legislativa "*ex ante*" a la lesión del bien jurídico, por cuanto el legislador utilizo la preposición "para", por lo tanto, resulta irrelevante que el sujeto no cualificado cumpla con entregar el medio corruptor, asimismo, deviene en innecesario que el funcionario o servidor público, viole o infrinja sus obligaciones producto del ofrecimiento o entrega del medio corruptor".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 697.

D 2168 "Aquí el verbo rector es ofrecer. El delito de soborno se configura cuando el agente –tercero ya sea otro funcionario, otro servidor público o particular– sugiere, oferta, propone, manifiesta, plantea u ofrece al funcionario o servidor público que tiene que realizar o decidir algún asunto de interés, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad que le dé la razón o resuelva el asunto a su favor incumpliendo o violentando sus obligaciones. Esta última parte se materializa cuando el sujeto público que también comete delito, realiza un acto trasgrediendo sus deberes u obligaciones normales previstas en leyes, normas administrativas o reglamentos que regulan y establecen de modo claro los actos de competencia, así como los procedimientos de actuación funcional del funcionario o servidor público. La conducta se perfecciona con el simple hecho de ofrecer por parte del agente el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad que el beneficiado con la oferta realice un acto en violación de sus deberes. El delito se configura independientemente de si lo ofrecido u ofertado no se hace realidad o, pese a que el agente realiza la oferta u ofrecimiento, el sujeto público no lo acepta y más bien denuncia los hechos. Basta acreditar que el agente ofreció donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de que el destinatario del ofrecimiento efectúe un acto transgrediendo sus deberes funcionales, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 638 y 639.

J 0338 "(...) De lo señalado se tiene que los comportamientos típicos se configuran mediante lo verbos rectores de: i) ofrecer: el cual sed a cuando el agente sugiere, oferta, propone, manifiesta, plantea u ofrece. (...)".

Sala Penal Especial. Expediente N° 02-2018-15, Resolución N° 5, del 07 de enero de 2021, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 7.9.

- **Da el medio corruptor para que el agente cualificado realice un acto propio de la función violando sus obligaciones**

D 2169 "Luego, se dice que el agente "da a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones.

El otorgamiento de la dádiva, puede tomar lugar, previo requerimiento o no, del funcionario o servidor público, cuando aquel se lo solicita –directa o indirectamente–, tal como se desprende del segundo párrafo del artículo 393 del CP; según la terminología empleada en este

caso, pensamos que este supuesto sí importa un delito "plurisubjetivo", pues no puede "dar" el particular, si antes el funcionario o servidor público, no le ha solicitado el medio corruptor".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 637.

D 2170 "No obstante lo acotado, y según se infiere de las nuevas terminologías empleadas en los artículos 393 y 397 del CP, el acto de "dar", el donativo, ventaja o cualquier tipo de beneficio por parte del sujeto activo, puede también darse de forma directo, sin que el sujeto público lo haya solicitado; cuestión aparte, es de verse, si este último acepta su recepción, dando lugar a su responsabilidad penal por el tipo penal de cohecho propio. De todas maneras, nos preguntamos, ¿Si es que se puede dar sin recibir?

En tal entendido, la modalidad típica de "dar", puede manifestarse, en dos planos a saber: –sea por la solicitud previa del medio corruptor por parte del funcionario o servidor público o, *motu proprio*, a iniciativa del agente del delito, del particular, quien le proporciona la dádiva, promesa o cualquier tipo de ventaja, a cambio de que el *intraneus*, ejecute una conducta (acción u omisión), en violación a sus deberes funcionariales".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 637.

D 2171 "Siendo así, el verbo "dar" es de naturaleza activa y de comisión instantánea, por lo tanto, basta que el sujeto no cualificado entregue el medio corruptor al funcionario o servidor público, para que el tipo penal alcance perfeccionamiento consumativo, por lo tanto, el tipo penal resulta ser, en este extremo, delito de mera actividad.

De la misma manera, considerando la técnica legislativa, la misma que recurre a la preposición "para", el tipo penal, resulta ser delito de peligro abstracto, es decir, no se requiere para efectos consumativos, que el funcionario o servidor público emita el acto funcional, en razón del cargo, violando sus obligaciones, asimismo, el criterio "*ex ante*" utilizado por el legislador, propia de una política criminal de prevención y protección de bienes jurídicos, bastará la sola entrega del medio corruptor, para que el tipo penal alcance perfeccionamiento, siendo innecesario que el funcionario o servidor público reciba el medio corruptor".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 698.

D 2172 "Aquí el verbo rector es entregar que significa facilitar, conceder, otorgar, transferir, adjudicar o dar una cosa u objeto a otro.

El delito de soborno se configura cuando el agente –tercer, ya sea otro funcionario, otro servidor público o un particular– de cualquier manera, o forma facilita, concede, entrega, otorga, transfiere, adjudica o simplemente d un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a un funcionario o servidor público que tiene que realizar o decidir algún asunto de su interés con la finalidad de que realice un acto en violación de sus obligaciones. Este último aspecto se materializa cuando el sujeto público, que también comete delito, realiza un acto transgrediendo sus deberes u obligaciones normales previstas en leyes, normas administrativas o reglamentos que regulan y establecen de modo claro los actos de competencia, así como

los procedimientos de actuación funcional del funcionario o servidor público. La conducta del agente se perfecciona con el simple hecho de entregar o dar el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de que el beneficiado con lo entregado realice un acto en violación de sus deberes. El delito se configura independientemente de si pese a recibir lo entregado el sujeto público no infringe sus deberes funcionales. O de igual modo el delito se configura así el sujeto público no acepte lo entregado o facilitado. Basta acreditar que el agente dio, entregó o facilito un donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de que el destinatario del ofrecimiento efectúe un acto transgrediendo sus deberes funcionales, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 640.

J 0339 "Que la alegación de desesperación u ofuscación para aceptar el requerimiento policial y la de ignorancia de la criminalidad de la conducta perpetrada es inaceptable. El acto de solicitud y posterior entrega del dinero, así como la devolución del mismo, no revela un estado emocional que lo exima de sanción por exclusión de culpabilidad. Asimismo, el agravio referido al desconocimiento de la prohibición normativa carece de viabilidad, pues es evidente para una persona media, incluso con estudios inconclusos de la carrera profesional de educación, que dar dinero a un efectivo policial para que lo favorezca en una investigación a su cargo es una conducta delictiva. La regla de experiencia así lo determina. El juicio de culpabilidad por la comisión como autor del delito de cohecho activo genérico –artículo 397, primer párrafo, del Código Penal–, la necesidad de una sanción penal y reparación civil son inobjetables".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 695-2012-Lima, del 10 de enero de 2013, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 6.

J 0340 "(...) De lo señalado se tiene que los comportamientos típicos se configuran mediante lo verbos rectores de: (...) ii) entregar: que significa facilitar, conceder, otorgar, transferir, adjudicar o dar una cosa u objeto a otro. (...)".

Sala Penal Especial. Expediente N° 02-2018-15, Resolución N° 5, del 07 de enero de 2021, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 7.9.

- **Promete el medio corruptor para que realice un acto funcional violando sus obligaciones**

D 2173 "En ese sentido, el verbo "prometer", resulta ser de naturaleza activa y de comisión instantánea, subsecuentemente, basta que el sujeto activo no cualificado, emita la promesa de la entrega del medio corruptor a favor del sujeto cualificado, para que el tipo penal alcance consumación, por lo tanto, el delito resulta ser, en este extremo, delito de mera actividad.

Finalmente, la técnica legislativa utiliza la preposición "para", por lo tanto, el tipo penal, resulta ser delito de peligro abstracto, es decir, para efectos consumativos, no se requiere que el funcionario o servidor público emita el acto funcional, en razón del cargo, violando o infringiendo sus obligaciones, por lo tanto, en términos similares que los verbos anteriores, el criterio "*ex ante*", utilizado por el legislador, responde a un lineamiento de una política criminal

de prevención y protección de bienes jurídicos, siendo innecesario que el sujeto no cualificado cumpla con la promesa y subsecuentemente, es irrelevante que el funcionario o servidor público reciba el medio corruptor producto del cumplimiento del pacto venal".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 698.

D 2174 "En este supuesto punible el verbo rector es prometer que significa: brindar, afirmar, anunciar, pactar, convenir o proponer algo a otro.

El delito de soborno se configura cuando el agente –tercero, ya sea otro funcionario, otro servidor público o un particular– brinda, afirma, anuncia, propone o promete al funcionario o servidor público, que tiene que realizar o decidir algún asunto de su interés, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad que le dé la razón o resuelva el asunto a su favor incumpliendo o violentando sus obligaciones. La conducta se perfecciona con el simple hecho de prometer por parte del agente el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de que el beneficiado con la oferta realice un acto en violación a sus deberes. El delito se configura independientemente de si lo prometido o pactado no se hace realidad o, pese a que el agente realiza la promesa, el sujeto público no la acepta y más bien lo denuncia. Basta acreditar que el agente prometió la entrega de donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin que el destinatario de la promesa efectúe un acto transgrediendo sus deberes funcionales, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 642.

J 0341 "(...) De lo señalado se tiene que los comportamientos típicos se configuran mediante lo verbos rectores de: (...) iii) prometer: que significa brindar, afirmar, anunciar, pactar, convenir o proponer algo a otro. (...)".

Sala Penal Especial. Expediente N° 02-2018-15, Resolución N° 5, del 07 de enero de 2021, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 7.9.

- Ofrece el medio corruptor para que omita un acto funcional violando sus obligaciones

D 2175 "El extremo expuesto, respecto al verbo rector "ofrecer", su significado opera en los términos señalados líneas arriba, es decir, proviene del latín *offerre*, situación que implicaría, "comprometerse a dar, hacer o decir algo. Presentar y dar voluntariamente algo"; por lo tanto, el sujeto no cualificado el pacto venal, ofreciendo el medio corruptor, (promesa, ventaja o beneficio) al funcionario o servidor público, con la finalidad que dicho sujeto cualificado omita un acto propio de la función violando sus obligaciones".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 699.

D 2176 "La situación alcanza trato diferenciad, respecto a las figuras expuestas, con relación al verbo "omitir", cuyo significado, según la RAE, proviene del latín *omittere*, esto es,

"abstenerse de hacer algo", por lo tanto, desde una perspectiva ontológica, el sujeto activo no cualificado, al ofrecer el medio corruptor, busca que el funcionario o servidor público, deje de cumplir sus funciones, propias del cargo encomendado, contraviniendo sus obligaciones funcionariales".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 699.

D 2177 "Este supuesto delictivo se perfecciona o configura cuando el agente –tercero ya sea otro funcionario, otro servidor público o un particular– sugiere, oferta, propone, manifiesta, plantea u ofrece donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, al funcionario o servidor público que tiene que realizar o decidir algún asunto de su interés con la finalidad de que este omita o se abstenga de realizar un acto en violación a sus deberes normales que desempeña dentro de la Administración Pública.

La conducta se perfecciona con el simple hecho de ofrecer por parte del agente el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de que el funcionario o servidor público omita, prescinda, desatienda, incumpla o descuide un acto en violación a sus deberes. El delito se configura independientemente, por ejemplo, de que lo prometido u ofrecido no se haga realidad".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 639.

- Da el medio corruptor para que omita

D 2178 "(...) el comportamiento delictivo se configura cuando el agente –ya sea otro funcionario, otro servidor público o un particular– de cualquier forma o modalidad facilita, concede, entrega, otorga, transfiere, adjudica o simplemente da un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a un funcionario o servidor público que tiene que realizar o decidir algún asunto de su interés con la finalidad de que omita o prescinda la realización de un acto en violación de sus obligaciones funcionales normales".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 641.

D 2179 "La conducta se perfecciona con el simple hecho de entregar por parte del agente el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de que el funcionario o servidor público omita, prescinda, desatienda, incumpla o descuide un acto en violación a sus deberes. El delito se configura independientemente de si el sujeto público no acepta lo entregado y mas bien denuncia el hecho, o cuando el beneficiado con lo entregado no omita el acto que se le solicita, etc.

Basta acreditar que el agente dió o entregó un donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de que el sujeto público prescinda, se abstenga, desatienda, incumpla, descuide u omita un acto transgrediendo sus deberes funcionales, para consumarse el delito. Se trata también de un delito de mera actividad".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 641 y 642.

D 2180 "Por lo tanto, en este extremo, el sujeto cualificado, entrega el medio corruptor al funcionario o servidor público, buscando que el sujeto cualificado viole sus obligaciones, omitiendo el acto funcional, siendo así, al tratarse de un tipo penal de mera actividad, el perfeccionamiento aparece evidenciado, con la sola entrega del medio corruptor, siendo irrelevante, si el funcionario o servidor público recibe el medio corruptor".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 699 y 700.

D 2181 "Por otro lado, en este extremo, el tipo penal señala que el funcionario o servidor público, omita el acto funcional, dicha omisión, desde una perspectiva "naturalística", aparece determinada por un dejar de hacer, situación que genera la violación o infracción de las obligaciones funcionariales, asimismo, la técnica legislativa persiste en la preposición "para", por lo tanto, el tipo penal, en este extremo, también resulta ser un delito de peligro abstracto, por tratarse de un diseño de política criminal que busca adelantar la barrera de punibilidad y evitar la lesión efectiva al bien jurídico".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 700.

J 0342 "Que el delito de cohecho activo genérico previsto en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal, sanciona al agente que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones; que en el caso de autos se aprecia que los hechos incriminados están referidos al comportamiento del encausado Condori Flores quien habría ofrecido y entregado la suma de mil nuevos soles a los efectivos policiales intervinientes a fin de que estos omitan su obligación de detenerlo, debido a la orden de captura que pesaba en su contra".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 1168-2009-Lima, del 27 de abril de 2010, magistrado ponente: Calderón Castillo, considerando 3.

- Promete para que omita el acto funcional violando sus obligaciones

D 2182 "De la misma forma, que los supuestos anteriores, el delito de cohecho activo genérico, respecto al verbo "prometer", resulta ser un delito de mera actividad, por la inmediatez de la conducta, consumándose el tipo penal con la sola propuesta prometedora del sujeto no cualificado, propuesta que deberá ser idónea y dirigida al funcionario o servidor público, asimismo, deviene en irrelevante la aceptación o perfeccionamiento del pacto venal por parte del sujeto cualificado. Por otro lado, el tipo penal conteniendo la preposición "para", advirtiendo que la naturaleza del tipo penal, en este extremo, resulta ser de peligro abstracto, por el criterio "*ex ante*" utilizado por el legislador a efecto de proteger el bien jurídico, evidenciándose adelantamiento de la barrera de punibilidad por criterios de política criminal".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 700.

- Segunda modalidad: cuando el autor ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación

  - Ofrece el medio corruptor para que realice actos sin faltar a sus obligaciones

D 2183 "De la misma forma, tenemos que el verbo "ofrecer", resulta ser un verbo de naturaleza activa y de ejecución inmediata, por lo tanto, el delito de cohecho activo genérico, aparece como un delito de mera actividad. Asimismo, el supuesto aludido contiene la preposición "para", lo que advierte que se trataría de un delito de peligro abstracto, por cuanto, el legislador, por criterios de política criminal con la finalidad de poner a buen recaudo el bien jurídico tutelado, adelanto la barrera de punibilidad, resultando irrelevante, para efectos consumativos, que el funcionario o servidor público acepte el medio corruptor e incurra en el pacto venal, bastando que el agente delictivo, sujeto no cualificado, ofrezca el pacto venal.

Por otro lado, el pacto venal, busca que el sujeto cualificado, funcionario o servidor público, realice actos propios del cargo o empleo, sin faltar a sus obligaciones funcionariales encomendadas, es decir, debería cumplir sus funciones conforme a la normativa que regula sus actividades. El cumplimiento de dichas funciones, resultan innecesarias para la consumación del tipo penal, por cuanto, al tratarse de un delito de mera actividad, basta con el ofrecimiento del medio corruptor dispuesto por el sujeto no cualificado, subsecuentemente el incumplimiento de los actos funciones conforme a la normativa, aparecen como actos pos-consumativos".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 701.

  - Dar el medio corruptor para que realice actos propios del cargo sin faltar a sus obligaciones

D 2184 "Asimismo, el supuesto típico citado, advierte que el delito materia de análisis, resulta ser un delito de mera actividad, por la naturaleza activa del verbo rector, "dar", por lo tanto, será suficiente para efectos consumativos, que el sujeto no cualificado entregue el medio corruptor a favor del funcionario o servidor público, siendo irrelevante que este último acepte el pacto venal con fines de cumplimiento normal de las actividades funcionariales, por cuanto, el tipo penal, no resulta ser un delito de encuentro sino un delito vinculado a la clasificación de los delitos unipersonales".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 701.

  - Promete el medio corruptor para que realice actos funcionales propios sin faltar a sus obligaciones

D 2185 "De la misma forma, que los supuestos anteriores, el escenario aludido, nos advierte que se trataría de un delito de mera actividad, por la inmediatez de la naturaleza

del verbo rector, asimismo, resulta ser un delito de peligro abstracto por la finalidad política criminal para proteger el bien jurídico, habiéndose utilizado la proposición "para", con tal fin. La existencia del pacto venal, es decir, aceptación por parte del sujeto cualificado para que emita un acto funcional conforme a sus atribuciones, deviene en irrelevante, tratándose de actos pos-consumativos la emisión de acto funcionales producto del pacto venal".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 702.

- Ofrece el medio para que omita actos sin faltar a sus obligaciones

D 2186 "En ese contexto, el verbo "omitir", aparece como elemento diferenciador respecto a los tres primeros supuestos analizados, es decir, el funcionario o servidor público, desde una perspectiva ontológica, deja de hacer actos funcionales propios del cargo funcional, producto de haber concretado el plan corruptor, dicha omisión aparece conforme a derecho, obteniendo producto de ello cualquiera de los medios corruptores".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 702.

- Da el medio para que omita actos sin faltar a su obligación

D 2187 "De la misma manera, el verbo rector, resulta ser de comisión instantánea, permitiéndonos afirmar que se trata de un delito de mera actividad, asimismo, el legislador adelanto la barrera de punibilidad con fines de protección del interés tutelado, situación que nos permite afirmar que el delito aparece como tipo penal de peligro abstracto, por lo tanto la concreción del pacto venal, entre el sujeto no cualificado y el funcionario o servidor público, así como la emisión del acto funcional conforme a derecho, aparecen como indicadores propios de la etapa agotada".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 703.

- Promete el medio para que omita actos sin faltar a su obligación

D 2188 "En términos similares que los anteriores propuestos, el delito materia de análisis resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto, por la inmediatez del verbo rector, subsecuentemente, resulta innecesario para fines consumativos, que la promesa se logre concretar, todo ello fluye, con claridad de las intenciones del legislador, quien recurre a la técnica de redacción anticipada, utilizando, la preposición "para". En el caso, que se concrete el pacto venal y el sujeto cualificado emita el acto funcional conforme a sus funciones, resultarían ser actos agotados".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 703.

3. Tipicidad subjetiva

D 2189 "Sin lugar a duda, el delito de cohecho activo genérico, resulta ser de comisión dolosa, exigiéndose en el agente delictual, conocimiento y voluntad, por lo tanto, la forma culposa es inexistente, por la misma redacción típica, además de ello, la culpa será invocada en la medida que aparezca expresamente señalada en el tipo penal, según el art. 12 del CP, situación inexistente en la figura analizada".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 706.

D 2190 "De la redacción del contenido del tipo penal se concluye que todas las modalidades o hipótesis delictivas que recoge el tipo penal 397 del CP son de comisión netamente dolosa, no cabe la posibilidad de ser cometido por negligencia o culpa del funcionario o servidor público.

El dolo supone que el agente obra con voluntad propia y conociendo perfectamente que está intentando corromper al funcionario o servidor público a fin de que el favorezca en sus actos o decisiones funcionales. La finalidad puede ser para que actué, realice u omita o prescinda de un acto oficial al que está obligado en violación de los deberes del cargo o función, o con la finalidad que realice u omita actos propios de su cargo o empleo sin faltar a su obligación funcional. Todo bajo los efectos corruptores del donativo, promesa, ventaja o beneficio.

Solo es posible el dolo directo, no es posible que alguna conducta de cohecho activo genérico se materialice con dolo eventual".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 648.

D 2191 "Se trata de un delito doloso, lo que quiere decir que el autor debe tener la intención de cometer el acto ilícito".

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José y UGAZ HEUDEBERT, Francisco. *Delitos económicos, contra la Administración Pública y criminalidad organizada*. Colección de lo Esencial del Derecho N° 18. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2017, p. 111.

J 0343 "En relación al elemento subjetivo, se tiene que este delito es doloso; por lo que el sujeto activo debe obrar con voluntad propia y conociendo que esta intentando corromper al funcionario o servidor público".

Sala Penal Especial. Expediente N° 02-2018-15, Resolución N°5, del 07 de enero de 2021, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 7.10.

J 0344 "(...) iii) El dolo en el delito de cohecho activo genérico es dolo directo; además carecen de relevancia los motivos extrapenales que haya tenido el sujeto activo para corromper o tratar de corromper. No es posible que alguna conducta de cohecho activo genérico se materialice con dolo eventual. Así pues el agente desde el primer momento sabe y conoce que ofrece, entrega o promete donativo, promesa o cualquier otra ventaja o

beneficio al sujeto público con la finalidad de que este le favorezca al desarrollar sus obligaciones oficiales".

Sala Penal Especial. Expediente N° 02-2018-15, Resolución N° 5, del 07 de enero de 2021, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 7.12.

4. Autoría y participación

D 2192 "El delito de cohecho activo genérico, al tratarse de un delito de dominio, respecto a la autoría directa, es perfectamente posible su admisión, por lo tanto, autor directo será aquella persona, sujeto no cualificado, quien, dominando el curso causal delictual, por sí mismo, "ofrece" "entrega" o "promete" el medio corruptor a favor del funcionario o servidor público, con la finalidad que este último, mediante forma activa u omisiva, violente o cumpla sus obligaciones fijadas por mandato legal.

Respecto a la autoría mediata, no resulta posible su admisión en el delito de cohecho activo genérico, por cuanto, al ser considerado dicho ilícito como delito de mera actividad, el alto nivel personalísimo, impuesto por la técnica legislativa en la redacción de los verbos rectores, nos advierte la ejecución directa del autor, diluyendo la posibilidad de instrumentalizar a un tercero.

Con relación a la coautoría, de la misma forma que el supuesto anterior, no sería posible por el criterio personalísimo impuesto por los verbos rectores, propio de un delito de mera actividad".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 708.

D 2193 "(...) En ese sentido, respecto al delito materia de análisis; no existe problema alguno para aceptar su admisión, es decir, respecto a la "complicidad", será cómplice (primario o secundario) el sujeto que coopera con el plan del autor, esto es, participando antes o durante la ejecución delictual, determinada por los verbos rectores, según el caso concreto.

Asimismo, será "instigador", el sujeto que determina al autor directo, creando o gestando la idea criminal en él, todo ello, con la finalidad que el sujeto no cualificado, autor directo, "ofrezca", "entregue" o "prometa" el medio corruptor a favor del funcionario o servidor público, a efecto que, mediante conducta activa u omisiva, viole o cumpla sus obligaciones funcionariales".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 709.

5. Tentativa y consumación

D 2194 "La tentativa opera en la medida que el tipo penal pertenezca a los delitos de resultado, es decir, que la conducta se encuentre determinada por el baremo "espacio-temporal"; empero, dicho supuesto deviene en inexistente, por cuanto, conforme se viene sosteniendo, el delito de cohecho activo genérico, resulta ser un delito de mera actividad".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 706.

D 2195 "Siendo así, el delito de cohecho activo genérico, pertenece a la categoría de los delitos de dominio, subsecuentemente, el perfeccionamiento del tipo penal, opera en la medida que la conducta delictual aparezca inmersa en cualquiera de los verbos rectores, esto es, "ofrecer" "dar" y "prometer", dichos verbos rectores, conforme se viene sosteniendo, resulta ser de naturaleza activa y de comisión instantánea, supuesto afín a la estructura de los delitos de mera actividad, por lo tanto, el tipo penal alcance perfeccionamiento consumativo en la medida que el agente delictual, ofrezca, otorgue o prometa el medio corruptor a favor del funcionario o servidor público, quien deberá emitir el acto funcional, en razón del cargo, violando o cumpliendo sus obligaciones, según el caso concreto.

Por lo tanto, respecto al verbo "ofrecer", deviene en irrelevante, el cumplimiento del ofrecimiento del medio corruptor e innecesario la emisión del acto funcional, activo u omisivo, en cumplimiento o en violación de las obligaciones funcionariales por parte del funcionario o servidor público. De la misma forma, respecto al verbo "dar"; resulta innecesario que el funcionario o servidor público acepte la entrega del medio corruptor por parte del agente delictual, por cuanto, resulta suficiente la manifestación de la conducta delictual inmersa en el verbo "dar", subsecuentemente, la emisión del acto funcional, en razón del cargo, sea por cumplimiento o violación de las obligaciones funcionariales resulta ser actos pos-consumativos. Asimismo, respecto al verbo "prometer", el tipo penal alcanza escenario consumativo, con la emisión de la promesa idónea, descartándose las bromas por cuanto deviene en ineficaces para la lesión o puesta en peligro del bien jurídico e inidóneas para quebrantar el deber funcional, por lo tanto, no se requiere la concreción de la promesa así como tampoco el cumplimiento o violación de las obligaciones funcionales, propias del funcionario o servidor público, por lo tanto, dichos supuestos constituirían actos de agotamiento en la medida que aparezcan manifiestos según cada caso concreto".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 707.

D 2196 "Finalmente, para efectos consumativos, el tipo penal no requiere la concreción del pacto venal, es decir, que el funcionario o servidor público, acepte el medio corruptor propuesto por el agente delictual, por cuanto, el delito de cohecho activo genérico no resulta ser un delito de participación necesaria, esto es, delito de encuentro, en el cual se necesita el acuerdo de voluntades de los sujetos intervinientes, sino, por el contrario el tipo penal de cohecho activo genérico, resulta ser un delito autónomo y unilateral, por lo tanto, será suficiente con la conducta del agente delictual, en la medida que aparezca subsumida en cualquiera de los verbos rectores "ofrecer" "dar" y "prometer"".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 707 y 708.

D 2197 "El delito de cohecho activo genérico, alcance forma agotada, en la medida que el agente delictual logre concretar el pacto venal con el funcionario o servidor público, ya sea en cualquiera de los verbos rectores, esto es, "ofrecer" "dar" y "prometer", asimismo, la figura agotada surge en la medida que el funcionario o servidor público, por acción u omisión, cumpla con el acto funcional conforme o en contra de sus obligaciones funcionariales en razón del cargo específico encomendado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 708.

D 2198 "Tal como ya lo dejamos expresado al desarrollar los comportamientos delictivos de cohecho activo genérico, todos los supuestos o hipótesis delictivas que tipifica como delito el artículo 397 del Código Penal, son de mera o simple actividad. Se consuman o perfeccionan en el mismo momento en que el agente, con la finalidad de corromper al sujeto público, directa o indirectamente, le ofrece, entrega o promete donativo, promesa, ventaja o beneficio. Se consuman instantáneamente. No se necesita, por ejemplo, que el sujeto público acepte la propuesta, ni menos que el sujeto público realice el acto que el agente sobornador le solicita etc.".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 648.

D 2199 "Es un ilícito de consumación instantánea. Basta que la acción típica llegue a conocimiento del sujeto público para dar por perfeccionado el delito. Que el sujeto público no acepte o acepte el medio corruptor es irrelevante a efectos de afirmar o descartar la corrupción activa, pero si es importante calificar la conducta del funcionario o servidor y determinar que es ajustada a derecho o reconducible por el tipo penal de cohecho pasivo mediante aceptación. La tentativa resulta factible sin dificultades en la modalidad de resultado materia de cohecho activo, que se expresa con el verbo rector "da"".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 330.

J 0345 "Que el delito de cohecho activo genérico es un delito que para su consumación no requiere de la aceptación expresa o tácita del funcionario a quien el agente pretende corromper, pero sí de su conocimiento directo del ofrecimiento ilegal. En tal sentido, [el] comportamiento delictivo [...] se consuma con la sola propuesta venal que es conocida por el funcionario público. En esto se demuestra la autonomía del tipo penal del cohecho activo, de modo que es independiente de la aceptación de la propuesta por parte del funcionario público".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 321-2011-Puno, del 07 de marzo de 2012, magistrado ponente: Príncipe Trujillo, considerando 11.

J 0346 "Finalmente, ante el argumento del abogado defensor que el direccionamiento del expediente (la segunda demanda de amparo) no se habría producido, debemos tener en cuenta que, en el caso de lo delitos de cohecho pasivo, el delito se consuma con el simple hecho de aceptar o recibir el donativo, promesa o ventaja ya sea para actuar conforme o en contra de sus obligaciones. No será necesario que esto último se configure. Y por otro lado, si se tratara de un caso de cohecho activo (como es el caso bajo análisis), el delito se consuma cuando se ofrece, entrega o prometa donativo o cualquier ventaja al funcionario y ello sin que sea necesario que el funcionario acepte o realice el acto esperado. (...)".

Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria. Expediente N° 0023-2018-4-5001-JS-PE-01, Resolución N° TRES, del 12 de febrero de 2021, magistrado ponente: Núñez Julca, considerando 3.18.

VIII

COHECHO ACTIVO TRANSNACIONAL

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 397-A **Cohecho activo transnacional**

El que, bajo cualquier modalidad, ofrezca, otorgue o prometa directa o indirectamente a un funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, para que dicho servidor o funcionario público realice u omita actos propios de su cargo o empleo, en violación de sus obligaciones o sin faltar a su obligación para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa[64].

TEXTO ORIGINAL

Artículo 397-A.- Cohecho activo transnacional

El que, bajo cualquier modalidad, ofrezca, otorgue o prometa directa o indirectamente a un funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, para que dicho servidor o funcionario público realice u omita actos propios de su cargo o empleo, en violación de sus obligaciones o sin faltar a su obligación para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años[65].

PRIMERA MODIFICATORIA

Artículo 397-A.- Cohecho activo transnacional

El que, bajo cualquier modalidad, ofrezca, otorgue o prometa directa o indirectamente a un funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, para que dicho servidor o funcionario público realice u omita actos propios de su cargo o empleo, en violación de sus obligaciones o sin faltar a su obligación para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa[66].

---

64 Texto vigente conforme a la modificatoria efectuada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22 de octubre de 2016 en el diario oficial *El Peruano*.

65 Artículo incorporado por el artículo 1 de la Ley N° 29316, publicada el 14 de enero de 2009 en el diario oficial *El Peruano*.

66 Texto conforme a la modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 de noviembre de 2013 en el diario oficial *El Peruano*.

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico

D 2200 "El bien jurídico genérico es el correcto y normal funcionamiento de la Administración Pública. En cambio, el bien jurídico específico radica en la protección del ejercicio regular de las funciones públicas internacionales contra los actos de sujetos diversos que intentan corromper a los sujetos públicos extranjeros".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 660.

D 2201 "(...) Será la imparcialidad, objetividad e independencia del funcionario público extranjero, siempre que el injusto tome lugar en el marco de una actividad económica o comercial internacional, mejor dicho las reglas del mercado internacional, donde las transacciones comerciales han de tomar lugar, de forma leal, transparente, reprobando toda clase de conductas que tiendan a torcer su normal desenvolvimiento; en cuanto a un interés jurídico de alcance internacional, de cuyo cuño se construyen los valores esenciales de la integración de las naciones americanas".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 657.

2.2. Sujeto activo

D 2202 "El delito de cohecho activo transnacional, resulta ser un delito de dominio, es decir, respecto a los sujetos, en este caso, sujeto activo, se trata de un delito común, por cuanto, sobre el agente delictual no existe ninguna condición especial que restringa el radio de acción de los intervinientes, de la misma forma, no se advierte institución alguna o deber especial impuesto, asimismo, la técnica de redacción aparece determina con el prenombre impersonal "el que", situación referencial para identificar a los delitos comunes".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 712.

D 2203 "El delito de soborno activo internacional es un delito común. Puede ser perfeccionado por cualquier persona, incluso por quien tiene la condición o cualidad de funcionario o servidor público. En suma, no se exige que el agente tenga alguna calidad o cualidad especial.

El sujeto activo puede actuar en su calidad de autor directo, autor mediato o coautor. Al tratarse de un delito común, de más está sostener que para identificar quien es autor o partícipe, sirve la teoría del dominio del hecho formulada por Roxin.

Si la persona natural ha actuado a nombre de una persona jurídica o por cuenta de ella en beneficio directo o indirecto se aplica la Ley N°30424 que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 661.

D 2204 "En lo referente a los sujetos de la relación delictiva, vemos que puede ser cometido por cualquier persona, inclusive por un funcionario o servidor público nacional, por lo que no puede ser reputado como un "delito especial propio"; de tal manera, el articulado en mención, extiende la calidad de "autor", a un mayor número de personas, a diferencia del artículo VII de la Convención, al recoger únicamente: a los "nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y en empresas domiciliada"".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 658.

2.3. Sujeto pasivo

D 2205 "Respecto al sujeto pasivo, esto es, al titular del bien jurídico, no existe duda alguna, resulta ser el Estado, apareciendo como el único titular de la "Administración Pública"; de la misma manera, conforme aparece mencionado en otros apartados, la doctrina jurisprudencial, fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.° 23 de la Cas. N° 103-2017-Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada"".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 712.

D 2206 "El sujeto pasivo del delito de cohecho activo internacional es el Estado al ser el único titular del bien jurídico tutelado tanto a nivel genérico como específico".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 661.

2.4. Conducta típica

D 2207 "El delito de soborno o cohecho activo genérico internacional se configura o perfecciona cuando el agente o sujeto activo, bajo cualquier modalidad o forma, ofrece, otorga o promete directa o indirectamente a un funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido, con la finalidad que dicho servidor o funcionario público realice u omita actos propios de su cargo o empleo, en violación de sus obligaciones funcionales o sin faltar a ellas.

La finalidad que busca el agente con su actuar es trascendente para tipificar el delito. Si el objetivo de la entrega u ofrecimiento de la dádiva no tiene relación con el desarrollo de las funciones oficiales del sujeto público, entonces el delito de cohecho no se configura.

El objetivo explícito o implícito del actuar del agente es obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 652 y 653.

D 2208 "Todas las modalidades que desarrolla el agente están motivadas o guiadas por la finalidad de obtener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales con la contraparte que vienen a constituir los funcionarios o servidores públicos de otro Estado o funcionarios internacionales públicos. O también, las modalidades de soborno internacional tienen por finalidad que se mantenga el negocio internacional que se viene desarrollando con el Estado al cual representan los sobornados. O en el peor de los casos, tiene por finalidad el de obtener o retener otra ventaja indebida como puede ser una colocación laboral, un nuevo contrato internacional, etc. Todo ello claro está en un contexto de la realización de actividades económicas internacionales".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 660.

D 2209 "Será "funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público" toda persona encargada por una autoridad de un Estado extranjero para desempeñar funciones en una empresa pública con sede en el extranjero o para desempeñar otras funciones públicas para un Estado extranjero, y todo funcionario o agente de una organización pública o persona autorizada para el desempeño de funciones en ella".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 332.

D 2210 "Es de recibo, que el funcionario público del Estado extranjero o del organismo internacional, debe ser competente funcionalmente para tomar decisiones en el ámbito de actividades comerciales y económicas, debe ostentar un puesto de relevancia, sino es así, no se dará el tipo penal *–in examine–*; si el custodio del agente comercial de negocios del país extranjero, se hace pasar por aquel, propiciando que el sujeto activo le entregue un donativo, no se configura el tipo penal contenido en el artículo 397 del CP".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 662.

D 2211 "Los medios corruptores (donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido), puede ofrecerlo, entregarlo o prometerlo el sujeto activo, directamente al funcionario público del Estado extranjero o de organismo internacional, o valerse de un tercero, de un intermediario; este tercero, al aportar una contribución fáctica, esencial para la realización típica del delito, responde como un partícipe (cómplice primario), siempre que actúe dolosamente. Participación que debe tomar lugar en el decurso del *iter criminis*; así el representante legal de una empresa interesado en suscribir un convenio con un organismo internacional, que a través de su secretaria le lleva el dinero al funcionario extranjero, que dirige el programa de negociación internacional".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 661 y 662.

2.4.1. Modalidades típicas

- **Sujeto no cualificado ofrece, otorga o promete para que el funcionario internacional realice acto de su cargo violando sus obligaciones para obtener una ventaja indebida**

D 2212 "Aquí el verbo rector es ofrecer. El delito de soborno internacional se configura cuando el agente –tercer ya sea otro funcionario, otro servidor público o un particular– sugiere, oferta, propone, manifiesta, plantea u ofrece al funcionario o servidor público internacional, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad que le dé la razón o resuelva el asunto a su favor incumpliendo o violentando sus obligaciones. Esta última parte se materializa cuando el sujeto público internacional que también comete delito, realiza un acto transgrediendo sus deberes u obligaciones normales previstas en leyes, normas administrativas o reglamentos que regulan y establecen de modo claro los actos de competencia, así como los procedimientos de actuación funcional del funcionario o servidor público internacional. La conducta se perfecciona con el simple hecho de ofrecer por parte del agente el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de que el beneficiado con la oferta realice un acto en violación a sus deberes funcionales. El delito de se configura independientemente de que lo ofrecido u ofertado no se haga realidad o, pese a que el agente realiza la oferta u ofrecimiento, el sujeto público no lo acepta y más bien denuncia los hechos".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 654.

D 2213 "Aquí el verbo rector es otorgar, que significa facilita, conceder, entregar, transferir, adjudicar o dar una cosa u objeto a otro sujeto.

El delito de soborno se configura cuando el agente de cualquier manera o forma facilita, concede, entrega, otorga, transfiere, adjudica o simplemente da un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a un funcionario o servidor público internacional con la finalidad de que realice un acto en violación de sus obligaciones. Este último aspecto se materializa cuando el sujeto público extranjero, que también comete delito, realiza un acto transgrediendo sus deberes u obligaciones normales previstas en leyes, normas administrativas o reglamentos que regulan y establecen de modo claro sus actos competenciales".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 655.

D 2214 "El supuesto analizado, advierte que los verbos rectores "ofrecer", "otorgar" y "prometer", los mismos que fueron definidos líneas arriba, aparecen vinculados a los medios corruptores (donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido), en ese sentido, el agente delictual no cualificado, oferta, entrega o promete el medio corruptor al funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público, dicho beneficio venal, pretende o busca un provecho propio del agente cualificado o de otra persona vinculada a este, todo ello, con la finalidad que dicho sujeto cualificado internacional realice actos propios de su cargo o empleo, situación que entrará violación de sus obligaciones funcionariales,

de la misma forma, el escenario expuesto, pretende la concreción del plan del agente delictual no cualificado, esto es, la obtención de un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 716 y 717.

D 2215 "Según la técnica legislativa, advertimos que el supuesto materia de comentario, contiene verbos rectores activos y de comisión instantánea, por lo tanto, en este extremo, se trata de un delito de mera actividad, toda vez que, con la sola conducta expresa en cualquiera de los verbos rectores, se estaría perfeccionando el tipo penal aludido, resultando irrelevante que el sujeto activo no cualificado concrete el pacto venal con el funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público a través de la aceptación del medio corruptor por parte de este último".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 717.

D 2216 "Por otro lado, la técnica de redacción, advierte que el agente delictual cualificado, "ofrece" "otorga" o "promete" el medio corruptor, directa o indirectamente, al agente funcionarial internacional, en ese sentido, la forma directa, implica que el mismo sujeto activo, de manera personal, cumple con el verbo rector vinculado al medio corruptor, por otro lado, la forma indirecta, aparece en la medida que el agente delictual utilizando un tercero, imputable o inimputable, cumple cualquiera de los verbos rectores abrazados con alguno de los medios corruptores; dichos presupuestos están orientados a concretar el pacto venal con el sujeto funcionarial, buscando un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 717.

D 2217 "Finalmente, el tipo penal exige que el agente delictual "ofrezca", "otorgue" o "prometa", el medio corruptor al funcionario o servidor público el organismo internacional público, para que dichas ventajas ilegales redunde en beneficio propio del sujeto cualificado o para provecho de otra persona, por lo tanto, el funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público, deberá realizar u ejecutar actos propios de su función violando sus obligaciones, siendo así, en este extremo, se advierte una conducta activa en la emisión del acto funcional, por lo tanto, el agente funcionarial, tendrá que operar en razón de un cargo específico, caso contrario el tipo pena deviene en inexistente, subsecuentemente, dicho acto funcionarial tiene que contravenir las obligaciones funcionares previstas en las normas o instrumentales legales que delimitan el cargo público, todo ello, con un único propósito, que el agente delictual no cualificado obtenga un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 717.

- Ofrece, otorga o promete el medio para que realice actos sin faltar a sus obligaciones para obtener una ventaja

D 2218 "El supuesto aludido tiene cierta similitud que al anterior supuesto, es decir, operan los mismos verbos rectores, "ofrecer", "otorgar" y "prometer", los mismos que aparecen vinculados a los medios corruptores (donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido), siendo así, el agente delictual no cualificado, oferta, entrega o promete el medio corruptor al funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario e organismo internacional público, dicho beneficio venal, pretende un provecho propio del agente cualificado o de otra persona vinculada a este, todo ello, con la finalidad que dicho sujeto cualificado internacional realice actos propios de su cargo o empleo, situación que genera, ya no la violación de sus obligaciones funcionariales, sino por el contrario, el sujeto cualificado emite el acto funcional sin faltar a sus obligaciones, es decir, opera conforme a sus atribuciones, todo el escenario expuesto, pretende un norte específico, que al agente delictual no cualificado, obtenga un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 718.

- Ofrece, otorga o promete el medio para que el funcionario omita faltando a sus obligaciones

D 2219 "El extremo aludido, contiene los mismos verbos rectores que los dos supuestos anteriores, es decir, "ofrecer", "otorgar" y "prometer", dichos verbos rectores aparecen ligados a los medios corruptores (donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido), por lo tanto, el agente delictual no cualificado, oferta, entrega o promete el medio corruptor al funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público, buscando o pretendiendo que dicho beneficio irregular, ingrese en provecho propio del agente cualificado o de otra persona vinculada a este, todo ello, con la finalidad que dicho sujeto cualificado internacional, omita actos propios de su cargo o empleo, situación que ocasionara la violación de sus obligaciones funcionariales, es decir, contraviene sus atribuciones propias del cargo, en ese sentido, el escenario delictual pretende que el agente delictual no cualificado, obtenga un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 719.

D 2220 "Este supuesto delictivo se perfecciona o configura cuando el agente sugiere, oferta, propone, manifiesta, plantea u ofrece donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, al funcionario o servidor público internacional con la finalidad que este omita o se abstenga de realizar un acto en violación a sus deberes funcionales normales.

La conducta se perfecciona con el simple hecho de ofrecer por parte del agente el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad que el funcionario o servidor público omita, prescinda, desatienda, incumpla o descuide un acto en violación a sus deberes".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 655.

D 2221 "Aquí la entrega se hace con la finalidad que el sujeto público internacional omita o prescinda la realización de un acto en violación de sus obligaciones funcionales normales.

La conducta se perfecciona con el simple hecho de entregar por parte del agente el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de que el funcionario o servidor público omita, prescinda, desatienda, incumpla o descuide un acto en violación de a sus deberes. El delito se configura independientemente de si el sujeto público no acepte lo entregado y más bien denuncie el hecho, o cuando el beneficiado con lo entregado no omita el acto que se le solicita, etc.".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 656.

- Ofrece, otorga o promete el medio para que omita actos sin faltar a sus obligaciones

D 2222 "El supuesto típico mencionado, contiene los mismos verbos rectores de todos los supuestos anteriores, es decir, "ofrecer", "otorgar" y "prometer", dichos verbos rectores aparecen vinculados directamente a los medios corruptores (donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido), subsecuentemente, el agente delictual no cualificado, oferta, entrega o promete el medio corruptor al funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público, buscando que dicho beneficio irregular funcione en provecho propio del agente cualificado o de otra persona vinculada a este, todo ello, con la finalidad que el sujeto cualificado internacional, omita actos propios de su cargo o empleo sin faltar a sus obligaciones funcionariales, es decir, conforme a sus atribuciones propias del cargo, por lo tanto, el escenario delictual pretende que el agente delictual no cualificado, obtenga un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 719 y 720.

D 2223 "En estos supuestos, el tercero interesado ofrece, entrega o promete al sujeto público extranjero una ventaja o cualquier otro beneficio a fin de que este realice o prescinda de un acto propio de su cargo, sin faltar a sus obligaciones competenciales. La diferencia con los supuestos anteriores es que aquí el sobornado no lesiona ni deja de cumplir sus obligaciones funcionales normales".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 657.

3. Tipicidad subjetiva

D 2224 "El delito analizado, no existe duda alguna, responde a un delito de comisión dolosa, exigiéndose en el sujeto activo, la presencia de los criterios volitivos y cognitivos, es decir, se requiere que el agente delictual actúe con conocimiento y voluntad, por lo tanto,

la forma culposa o imprudente es inexistente, aun mas cuando, no aparece señalada expresamente en el tipo penal, según las reglas de tipificación fijadas en el art. 12 del CP".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 722.

D 2225 "De la redacción del contenido del tipo penal se concluye que todas las modalidades o hipótesis delictivas que recoge el artículo 397-A del CP son de comisión netamente dolosa, no cabe la comisión culposa.

El dolo supone que el agente, conociendo perfectamente que ofrecer, otorgar o prometer algo a un funcionario o servidor público internacional para que realice u omita un acto de su función, lo que, estaría prohibido, no obstante, voluntariamente procede.

Solo es posible el dolo directo. No es posible que alguna conducta de cohecho activo internacional se materialice por medio de dolo eventual".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 661.

D 2226 "Finalmente, vemos que el tipo subjetivo del injusto está informado por el dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el agente ofrece, promete o entrega, donativo, promesa, venta o beneficio, a un funcionario público de un Estado extranjero o de un organismo internacional, con el propósito de que este último, lo favorezca en la obtención de un negocio, en el marco de una actividad económica o comercial, de alcance internacional".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 662.

D 2227 "Aparte del dolo, se percibe un ánimo de naturaleza trascendente, en cuanto a la obtención o retención de un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 663.

4. Autoría y participación

D 2228 "Respecto a la autoría directa, no existe problema alguno para su admisión en el delito materia de análisis, en ese sentido, sería autor directo, el sujeto activo no cualificado en la medida que incursione por sí mismo o en cualquiera de los verbos rectores, esto es, "ofrecer" "otorgar" y "prometer", los mismos que aparecen ligados a los medios corruptores (donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido), beneficios ilegales que deberán ser ofertados, entregados o prometidos, según cada caso concreto, al sujeto cualificado de naturaleza internacional, a efecto que realice u omita actos propios de su cargo o empleo, en violación de sus obligaciones o sin faltar a su obligación para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales.

Respecto a la autoría mediata, será posible su aplicación en la medida que aparezca la modalidad "indirecta", es decir en la medida que el agente delictivo instrumentalice a un tercero, el cual deberá operar bajo los supuestos de error o coacción, por lo tanto, en este extremo, el instrumento no tendría responsabilidad penal, empero, si el instrumento tiene conocimiento del escenario delictual y aporta o contribuye al mismo, deberá responder como partícipe del ilícito penal, convirtiéndose e instrumento doloso con responsabilidad penal. (...)

Con relación a la coautoría, no existe impedimento alguno para su admisión, por cuanto se trata de un delito de dominio, en el cual, es posible albergar la figura de acuerdos previos, pluralidad de intervinientes con roles repartidos y condominio funcional del hecho".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 724.

D 2229 "El delito analizado; al tratarse de un delito de dominio, admite la participación delictual, en todos su extremos, es decir, las formas de complicidad (primaria y secundaria), por lo tanto, será partícipe el sujeto que coopera con el plan del autor respecto al ofrecimiento, entrega o promesa de los medios corruptores a favor del sujeto cualificado (...), con la finalidad de concretar el pacto venal o en su defecto corromper al citado sujeto cualificado, a efecto cumpla o viole sus funciones, mediante un hacer o dejar de hacer, todo ello, con la finalidad que el sujeto no cualificado a quien presta apoyo delictual, obtenga o retenga un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales.

Respecto a la figura de instigación, también es posible su admisión en la medida que se logre determinar mediante influjo psicológico al autor, a efecto que orezca, entregue o prometa el medio corruptor con los fines delictuales antes señalados".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 724.

5. Tentativa y consumación

D 2230 "El delito de cohecho activo transnacional, resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto, conforme se viene sosteniendo líneas arriba, por cuanto, los verbos rectores registrados, esto es, "ofrecer", "otorgar" y "prometer", resulta ser de comisión instantánea, siendo irrelevante para su consumación la concreción del acto venal entre el *extraneus* e *intraneus*, asimismo, deviene en innecesario si el funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público, viola o cumple sus obligaciones, de la misma forma no tiene peso consumativo la concreción del plan delictual del sujeto activo respecto a la concreción del negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales. Asimismo, la técnica legislativa aparece determinada por la preposición "para", lo mismo que condiciona al supuesto de hecho a un tiempo futuro, técnica legislativa afín a un delito de peligro abstracto, por lo tanto, el legislador adelantó la barrera de punibilidad, por estricto criterio de política criminal a efecto de proteger el bien jurídico tutelado por la ley penal".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 720.

D 2231 "La tentativa solo es posible en los delitos de resultado y no así en los delitos de mera actividad, por lo tanto, conforme se viene indicando que el delito de cohecho activo transnacional, resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto, por la naturaleza de los verbos, los mismos que determina su forma de ejecución, es decir, comisión instantánea, siendo así, no es admisible el delito tentado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 722.

D 2232 "El delito de cohecho activo transnacional, tan igual que el delito de cohecho activo genérico, pertenece a la categoría del os delitos de dominio, subsecuentemente, el perfeccionamiento del tipo penal, opera en la medida que la conducta delictual aparezca inmersa en cualquiera de los verbos rectores, esto es, "ofrecer" "otorgar" y "prometer", dichos verbos rectores, conforme se viene sosteniendo, resulta ser de naturaleza activa y de comisión instantánea, supuesto afín a la estructura de los delitos de mera actividad, por lo tanto, el tipo penal alcance perfeccionamiento consumativo en la medida que el agente delictual, ofrezca, otorgue o promete el medio corruptor a favor del funcionario o servidor público internacional, quien deberá emitir el acto funcional en razón del cargo, violando o cumpliendo sus obligaciones, todo ello con la finalidad de concretar el plan delictual del sujeto activo, esto es, obtenga un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales según el caso concreto".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 722 y 723.

D 2233 "La formas agotadas del delito de cohecho activo transnacional aparecen evidenciadas, en la medida que el agente delictual logre concretar el pacto venal con el funcionario o servidor público de naturaleza internacional, sea en cualquiera de los verbos rectores, esto es, "ofrecer" "otorgar" y "prometer", asimismo, la figura agotada surge en la medida que el funcionario o servidor público internacional, por acción u omisión, emita el acto funcional, cumpliendo o violando sus obligaciones funcionariales en razón del cargo específico encomendado. Finalmente, también resulta ser una forma agotada, el cumplimiento del plan delictual del sujeto activo, esto es, que obtenga un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 723.

IX

COHECHO ACTIVO ESPECÍFICO

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 398 **Cohecho activo específico**

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de Tribunal administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Cuando el donativo, promesa, ventaja o beneficio se ofrece o entrega a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2, 3 y 4 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el que ofrece, da o corrompe es abogado o forma parte de un estudio de abogados, la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa[67].

TEXTO ORIGINAL

Artículo 398.- Corrupción activa

El que hace donativos, promesas o cualquier otra ventaja a un juez, árbitro, fiscal o miembro de tribunal administrativo o de cualquier otro análogo, con el objeto de influir en la decisión de un proceso pendiente de fallo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años. Cuando el donativo, la promesa o cualquier otra ventaja se hace a un testigo, perito, traductor o intérprete, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años.

PRIMERA MODIFICATORIA

Artículo 398.- Corrupción activa

El que hace donativos, promesas o cualquier otra ventaja a un juez, fiscal o miembro de tribunal administrativo o de cualquier otro análogo, con el objeto de influir en la decisión de un proceso pendiente de fallo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años. Cuando el donativo, la promesa o cualquier otra ventaja se hace a un testigo, perito, traductor o intérprete, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años[68].

SEGUNDA MODIFICATORIA

Artículo 398.- Corrupción activa

El que hace donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un magistrado, árbitro, fiscal, miembro de Tribunal Administrativo o de cualquier otro análogo, con el objeto de influir en la decisión de

---

67 Texto vigente conforme a la modificatoria efectuada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicada el 22 de octubre de 2016 en el diario oficial *El Peruano*.

68 Texto conforme a la modificatoria efectuada por la tercera disposición modificatoria de la Ley N° 26572, publicada el 05 de enero de 1996 en el diario oficial *El Peruano*.

un proceso pendiente de fallo, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de tres ni mayor de ocho años. Cuando el donativo, la promesa o cualquier otra ventaja se hace a un testigo, perito, traductor o intérprete, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años[69].

TERCERA MODIFICATORIA

Artículo 398.- Cohecho activo específico

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de tribunal Administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3, y 4 del artículo 36 del Código Penal.

Cuando el donativo, promesa, ventaja o beneficio se ofrece o entrega a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3 y 4 del artículo 36 del Código Penal.

Si el que ofrece, da o corrompe es abogado o forma parte de un estudio de abogados, la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 1, 2, 3 y 8 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa[70].

CUARTA MODIFICATORIA

Artículo 398.- Cohecho activo específico

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de Tribunal administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3 y 4 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Cuando el donativo, promesa, ventaja o beneficio se ofrece o entrega a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3 y 4 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el que ofrece, da o corrompe es abogado o forma parte de un estudio de abogados, la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 1, 2, 3 y 8 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa[71].

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico

D 2234 "Según el panorama expuesto, considero conforme vengo sosteniendo en otros apartados, el bien jurídico general, resulta ser el correcto funcionamiento de la Administración Pública, por cuanto, la finalidad del legislador aparece dirigida a la protección del interés

69 Texto conforme a la modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 26643, publicada el 26 de junio de 1996 en el diario oficial *El Peruano*.

70 Texto conforme a la modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada el 06 de octubre de 2004, en el diario oficial *El Peruano*.

71 Texto conforme a la modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 de noviembre de 2013, en el diario oficial *El Peruano*.

público, por otro lado, de manera específica, el interés objeto de protección, resulta ser la "actividad funcionarial vinculada a la Administración Pública", con lo cual se pretende proteger la imparcialidad del funcionario o servidor público respecto a las decisiones que deberá tomar en razón del cargo encomendado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 738 y 739.

D 2235 "Que al haberse lesionado el bien jurídico tutelado que consiste en el correcto desenvolvimiento de la Administración Pública, de una manera externa, en tanto y en cuanto lo que se pretende con ello es evitar la influencia de factores extraños en la determinación de los operadores de justicia del Estado, al igual que la independencia, imparcialidad y honestidad a que tiene derecho todo magistrado, y todo sujeto público especial que indica en forma expresa el tipo penal en análisis: fiscal, perito, árbitro, miembro del Tribunal Administrativo, un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o interprete u otro análogo a los anteriores".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 671.

D 2236 "La norma protege específicamente el respeto debido a la Administración Pública, así como la imparcialidad y honestidad de los magistrados".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 334.

2.2. Sujeto activo

D 2237 "El delito analizado tiene tres supuestos típicos en los dos primeros supuestos, respecto al sujeto activo, resulta ser un delito de dominio, por cuanto sobre el sujeto activo no existe ninguna cualificación que restringa el radio de autores cualquier persona con capacidad de reprochabilidad puede ser autor del tipo penal aludido, además de ello, sobre el supuesto típico no existe institución que determine un deber especial, por lo tanto, se trata de un delito de dominio común.

Respecto al tercer supuesto, el tipo penal impone un estatus especial sobre el sujeto activo, es decir, el agente delictual deberá tener el estatus profesional de abogado o en su defecto deberá formar parte de un estudio de abogados, por lo tanto, en este extremo el delito de cohecho activo genérico resulta ser un delito especial propio, por cuanto, la condición especial del sujeto activo fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 728.

D 2238 "Tanto el primer como el segundo párrafo del artículo 398 del Código Penal tipifican supuestos o comportamientos delictivos comunes, es decir, cualquier persona puede ser sujeto activo del delito. No se exige que aquel tenga una condición o cualidad especial.

En cambio, el tercer párrafo tipifica supuestos punibles especiales, pues se exige que el agente tenga la condición especial de abogado o que pertenezca a un estudio jurídico. Si el agente no tiene estas cualidades, los supuestos típicos no se configuran".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 671.

D 2239 "Es una persona indeterminada, esto es, puede ser un particular: persona natural, los directivos o representantes de empresas privadas, abogados independientes o que forman parte de un estudio de abogados independientes o que forman parte de un estudio de abogados, etc. También puede ser sujeto activo otro funcionario o servidor público. Estos diversos contextos de autoría que traerán consigo la respectiva inhabilitación para dichos agentes".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 334.

2.3. Sujeto pasivo

D 2240 "Sin lugar a duda, el Estado resulta ser el titular del bien jurídico y subsecuentemente, sujeto pasivo del delito mencionado. En términos similares la doctrina jurisprudencial, fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.° 23 de la Casación N° 103-2017-Junín, de 15 de agosto del 2017: señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica, tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada"".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 728.

D 2241 "El sujeto pasivo siempre será el Estado, único titular del bien jurídico protegido".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 672.

D 2242 "El titular del derecho afectado es el Estado, específicamente los funcionarios de la administración de justicia".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 335.

2.4. Conducta típica

2.4.1. Medios corruptores

- Donativo

D 2243 "Conforme fue explicado en otros apartados vinculados a los delitos de corrupción de funcionarios, la RAE, respecto al término "donativo", indica que proviene del latín

donativum por lo tanto, significa "dádiva, regalo, cesión, especialmente con fines benéficos o humanitarios".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 729.

- Ventaja o beneficio

D 2244 "El legislador, utiliza una técnica de tipificación abierta con la finalidad de punir conductas contrarias al orden jurídico, es decir, viene haciendo alusión a cualquier accionar de naturaleza tangible, mediante el cual, el sujeto activo no cualificado, ofrece, da o promete al sujeto cualificado, (respecto al primer supuesto, se refiere al magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro del tribunal administrativo o análogo; con relación al segundo supuesto, hace alusión al secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo), todo ello, con la única finalidad de influenciar en la decisión de un asunto sometido conocimiento o competencia del sujeto cualificado. Por otro lado, es necesario precisar, conforme se viene sosteniendo a lo largo del presente trabajo, que el medio corruptor, tiene que tener naturaleza tangible, por lo tanto, los favores sexuales, personales o de cualquier tipo, forman parte de dicho conglomerado de beneficios".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 729 y 730.

2.4.2. Verbos rectores

- Ofrecer

D 2245 "Respecto al verbo activo "ofrecer", la RAE indica que proviene del latín *offere*, situación que implicaría, "comprometerse a dar, hacer o decir algo. Presentar y dar voluntariamente algo", en ese sentido, el sujeto activo (sujeto no cualificado respecto a los dos primeros supuestos delictuales y sujeto cualificado, abogado, respecto al tercer supuesto delictual), inicia el pacto venal, ofreciendo el medio corruptor al sujeto cualificado, con la finalidad de ejercer influencias en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 730.

D 2246 En ese sentido, de la redacción típica, se advierte con meridiana claridad, que el sujeto activo inicia el pacto venal, pretendiendo que el sujeto cualificado, acceda a tal finalidad corruptora, y de esta manera direccionar la decisión funcionarial sobre el asunto sometido a su conocimiento o competencia, por lo tanto, el verbo "ofrecer"; al tratarse de un verbo activo y de inmediata ejecución, identifica al delito de cohecho activo genérico, como delito de mera actividad".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 730.

D 2247 "De la misma forma, la incursión en el supuesto de hecho del verbo "ofrecer", advierte que la técnica legislativa, adelanto la barrera de punibilidad, por lo tanto, el tipo penal citado resultaría ser un delito de peligro abstracto, es decir, se advierte una técnica legislativa "*ex ante*" a la lesión del bien jurídico, por cuanto el legislador preciso la intencionalidad del agente delictual, esto es, con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 730.

- Dar

D 2248 "El verbo "dar", según la RAE, proviene del latín *dare*, es decir, "ofrecer materia para algo. Conferir, proveer en alguien un empleo u oficio; en ese contexto, se tiene que el sujeto activo (sujeto no cualificado respecto a los dos primero supuestos delictuales y sujeto calificado, abogado, respecto al tercer supuesto delictual), entrega el medio corruptor, (promesa, donativo, ventaja o beneficio) al sujeto cualificado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 730 y 731.

D 2249 "Siendo así, el verbo "dar" es de naturaleza activa y de comisión instantánea, por lo tanto, basta que el sujeto activo entregue el medio corruptor al funcionario o servidor público, para que el tipo penal alcance perfeccionamiento consumativo, por lo tanto, el tipo penal resulta ser, en este extremo, delito de mera actividad".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 731.

- Prometer

D 2250 "El verbo "prometer", según la RAE, proviene del latín *promittere*, es decir; "obligarse a hacer, decir o dar algo", por lo tanto, de la redacción del tipo penal, se tiene que el agente delictual (sujeto no cualificado respecto a los dos primeros supuestos delictuales y sujeto cualificado, abogado, respecto al tercer supuesto delictual) promete al sujeto cualificado la entrega del medio corruptor, con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia por parte del sujeto cualificado. En ese sentido, el verbo "prometer", resulta ser de naturaleza activa y de comisión instantánea, subsecuentemente, basta que el sujeto activo, emita la promesa de la entrega del medio corruptor a favor del sujeto cualificado, para que el tipo penal alcance consumación, por lo tanto, el deliro resulta ser, en este extremo, delito de mera actividad.

De la misma forma, el delito en el extremo analizado, resulta ser un delito de peligro abstracto, por cuanto, la técnica legislativa, advierte la finalidad del sujeto delictual de influir en la decisión funcional del sujeto cualificado, por lo tanto, la barrera de punibilidad aparece adelantada con fines de protección del bien jurídico, siendo irrelevante, para fines consumativos, la concreción del plan delictual del sujeto activo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 731.

2.4.3. Modalidades típicas

J 0347 "En cuanto a la naturaleza del delito, ha de puntualizarse que la imputación versa sobre la presunta comisión de un delito de especial afectación a la Administración Pública-cohecho activo específico, que precisamente involucra una conducta de influencia en el entorno de decisión de un asunto puesto a consideración de un funcionario público; lo que sin duda justifica la necesidad de tomar cautelas para asegurar la comparecencia y entroncamiento del imputado en el proceso".

Sala Penal Especial. Expediente N° 34-2020-1, Resolución 02, del 03 de febrero de 2021, magistrado ponente: Villa Bonilla, considerando 9.1.)

D 2251 "Al ofrecer, dar o prometer los donativos, ventajas o beneficios, la finalidad buscada por el sujeto activo del delito es el poder influir en la decisión de un asunto sometido a conocimiento o competencia de funcionarios públicos".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 337.

D 2252 "Sobre la naturaleza del efecto deseado, es decir, sobre la orientación del acto de "influir", pueden presentarse las hipótesis siguientes: a) que el objetivo buscado por el sobornante sea lograr decisiones conforme a derecho; b) que sea para obtener una decisión a favor contrariando el derecho; c) que el efecto buscado sea simplemente buscar resultados perjudiciales a la otra parte conforme o contra derecho, inclusive no siendo parte en el proceso dicho sujeto activo".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 338.

D 2253 "En cuanto a la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia. El efecto motivador de los medios corruptores no está dirigido a influir o condicionar decisiones menores o asuntos secundarios, el comportamiento ilícito del agente apunta a la decisión final de la instancia, estableciéndose así una vinculación causal imputable con el medio corruptor. La decisión pendiente se entiende en función a las esferas de competencia de los magistrados citados en la norma. En el caso del fiscal, no hay duda que sus dictámenes constituyen en muchas de las veces la motivación fundante de la decisión, teniendo gran peso argumentativo a nivel de instancias menores, pudiendo ser susceptible de la injerencia externa a nivel de cohecho activo específico".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 338.

- Primera modalidad típica

D 2254 "El primer párrafo del artículo 398 tipifica las conductas que podemos etiquetarlas como "cohecho activo de sujetos especiales", a fin de diferenciarlas del "cohecho activo de auxiliares" que tipifica el segundo párrafo".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 665.

D 2255 "El cohecho activo de sujetos especiales se configura cuando el agente –particular u otro funcionario o servidor público– con la evidente finalidad de influir en la decisión de un asunto sometido al conocimiento o competencia del magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro del Tribunal Administrativo o análogo, le ofrece, entrega o promete donativo, ventaja o beneficio por cualquier modalidad o forma. Todas las hipótesis delictivas que en conjunto se rotulan como cohecho activo específico tienen que estar vinculadas a asuntos sometidos a conocimiento o competencia propios del destinatario de la conducta corruptora. Los casos de prestaciones de alguna ventaja que no ingresan al ámbito de su competencia, no configuran el cohecho activo especial que analizamos. Algunas de las conductas punibles que configuran en conjunto el cohecho activo específico, por la calidad del destinatario de la conducta corruptora, pueden implicar un reciproco intercambio de prestación donde el agente del ilegal comportamiento se benefició con la obtención del provecho al resolverse el asunto a su favor o de acuerdo con sus intereses particulares y el otro con el donativo o ventaja y mediatamente con la promesa que logra del primero. Pero esta bilateralidad no concurre en todos los casos como ocurre, por ejemplo, con la modalidad típica de ofrecer. Aquí, con el simple hecho de ofrecer se consuma o perfecciona el delito; no se exige la aceptación del sujeto público especial. No es necesaria la existencia de pacto o concierto para consumarse el delito".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 665 y 666.

D 2256 "Influir es poseer la capacidad especial de motivar a otro en un determinado sentido, o generar un estado de motivación en la voluntad o en los actos de alguien para lograr los resultados deseados. La influencia es una forma de poder hacer que otro adecúe sus actos a las expectativas de uno; en su grado más elevado es determinar o sustituir la voluntad de otra persona por la nuestra".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 666.

D 2257 "Cuando el tipo penal se refiere a que el agente con sus comportamientos corruptos busca influir en la decisión del sujeto público especial, se entiende que pueden presentarse múltiples hipótesis punibles: primero, el agente puede buscar que el sujeto público decida el asunto a su favor contrariando el derecho; segundo, el agente busca que el sujeto público decida el asunto a su favor conforme a derecho; tercero, el agente busca que el sujeto público especial realice un acto procesal con prontitud, incluso antes del plazo legal; cuarto, el agente busca que el sujeto público especial realice un acto procesal mucho después del plazo fijado por la ley; quinto, el agente sobornador sin ser parte en un procedimiento busca que el sujeto público decida el asunto en perjuicio de una de las partes; sexto; el agente busca que el sujeto público específico no realice u omita un acto procesal que se establece en el procedimiento de que se trate, entre otras".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 666.

D 2258 "El primer supuesto típico del delito analizado, indica lo siguiente: el que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de Tribunal administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia (...).

Del supuesto aludido, se advierte determinados destinatarios del medio corruptor ofrecido, entregado o prometido por el agente delictual, todo ello, con la finalidad de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia, (...)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 731 y 732.

D 2259 "El sujeto activo del delito desarrolla actos de ofrecimiento, entrega o promesas de donativos, ventajas o beneficios. Al haberse usado técnicamente un verbo activo de tan amplio espectro semántico, su interpretación debe de realizarse en el contexto que permiten los medios corruptores, y en base a la finalidad buscada en una figura de corrupción de funcionarios".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 335.

D 2260 "Como se colige con facilidad, es este un delito de concurrencia necesaria (bilateral o de concurrencia múltiple), donde el sujeto indeterminado (uno o varios) acuerda o pacta con el funcionario concreto (magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de tribunal administrativo, etc.) para la búsqueda de un propósito definido: influir en la decisión de un asunto sometido a conocimiento o competencia de estos funcionarios. No es imaginable la consumación de esta figura si la presencia de uno y otro sujeto. Sin embargo, solo son autores de este delito los sujetos indeterminados, los funcionarios específicos designados responderán a título de cohecho pasivo específico agravado o de cohecho pasivo simple, según sea el caso".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, pp. 335 y 336.

D 2261 "La primera variante de "ofrecer", supone una actitud emprendedora del agente, quien se convierte en incitador, al proponer al magistrado o árbitro, una negociación ilícita, de entablar un pacto corrupto, teniendo como plataforma, la concesión de prestaciones recíprocas: por un lado, el particular (litigante), quien le ofrece un donativo, ventaja o beneficio y, el magistrado, de adoptar una decisión en el caso concreto, conducente al amparo de los intereses jurídicos del agente".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 646.

D 2262 "Dar supone el emprendimiento de una conducta activa por parte del agente, quien le entrega al magistrado el donativo, ventaja, bienes muebles, dinero, etc.; dando lugar a un desplazamiento físico del objeto de la esfera de custodia del litigante a su destinatario.

Conforme las bondades de las nuevas tecnologías, la entrega del donativo, puede ser vía informática, cuando se abona el dinero a la cuenta del destinatario, vía la telemática".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 647.

D 2263 "Si bien, se entiende que la entrega supone un proceder conductivo, que parte de la propia iniciativa del agente, no es menos cierto, que la entrega del medio corruptor puede también tomar lugar, como consecuencia, de la solicitud, que previamente haya efectuado, el magistrado, fiscal o árbitro, mediando un criterio integral de interpretación con el segundo párrafo del artículo 395 del CP; entendimiento, que no significa quebrar la naturaleza de este injusto, puesto que lo que importa acá es valorar la conducta de la otra parte del pacto corrupto, no es que el litigante siempre debe ser el agente provocador, para que tome lugar la negociación ilícita y, así poder construir la tipificación penal del delito de cohecho activo".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 647.

J 0348 "[El] comportamiento del recurrente estaría subsumido en el primer párrafo del artículo 398 del Código Penal, ya que la promesa de un beneficio futuro al Fiscal Provincial, con el objeto de influir en la decisión del referido expediente sometido a su conocimiento, sería sancionado como delito de cohecho activo específico, no por el delito de tráfico de influencias, ya que, no existe prueba o evidencia alguna de que el recurrente haya ofrecido a [el supuesto beneficiado] interceder en el proceso aludido a cambio de que este otorgara al magistrado un donativo, ventaja o beneficio para que se investigue el delito materia de acusación".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 1419-2011-Junín, del 13 de marzo de 2012, magistrado ponente: Prado Saldarriaga, considerando 4.

J 0349 "Asimismo, el delito investigado cohecho activo específico importa un reproche transcendente, pues habría existido por parte de Nieto Mujica conducta dirigida a buscar apoyo para obtener decisiones judiciales favorables, ello a cambio de ofrecer y otorgar beneficios a altos funcionarios del Poder Judicial, institución que cumple una labor muy importante, aunado a la pena prevista, permiten augurar que de ser condenado sería merecedor de una sanción grave conforme a los parámetros de la ley penal; por lo que, esta medida restrictiva resulta proporcional para evitar razonablemente el peligro de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad. En consecuencia, se advierte la existencia de fundados motivos para dictar la medida solicitada".

Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria. Expediente N° 0008-2018-8-5001-JS-PE-01, Resolución N° DOS, del 01 de febrero de 2021, magistrado ponente: Núñez Julca, considerando 10.4.

- Segunda modalidad típica

D 2264 "El cohecho activo de auxiliares se configura cuando el agente –particular u otro funcionario o servidor público– con la evidente finalidad de influir en la decisión de un asunto

sometido al conocimiento o competencia del secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo, le ofrece, entrega o promete donativo, ventaja o beneficio por cualquier modalidad o forma".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 668.

D 2265 "Aquí, a diferencia del artículo 396, que regula el delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, el legislador ha incluido en esa misma línea al testigo, traductor o intérprete o análogo (menos el perito que aparece ya señalado en el primer párrafo). La persona que tiene cualquiera de estas calidades en un proceso judicial o administrativo, tiene un ámbito de competencia estricto y de menor relevancia para la configuración de la decisión final, pero sus aportes indicen en la formación del mismo. De esto sabe el agente corruptor y busca que estos sujetos especiales tengan una determinad actuación en el proceso. En los estrados judiciales y fiscales se sabe a diario, como los corruptos buscan a estos sujetos especiales para determinar su actuación en un proceso judicial o administrativo, y de esa forma, asegurar un resultado de acuerdo con sus intereses".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 668.

D 2266 "El segundo supuesto típico del delito analizado, indica lo siguiente: "cuando el donativo, promesa, ventaja o beneficio se ofrece o entrega a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo (...)". Del supuesto aludido, tan igual que el primer supuesto, se advierte determinados destinatarios del medio corruptor ofrecido, entregado o prometido por el agente delictual, todo ello, con la finalidad de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia, (...)".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 734.

D 2267 "El secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete poseen ámbitos de competencia estrictos y de menor relevancia para la configuración final de la decisión a través del fallo, pero sus aportes tienen una apreciable incidencia en la formación del mismo, estando supeditados, por cierto, a la libre y racional apreciación y convicción del magistrado, fiscal, perito, árbitro o miembro de tribunal administrativo".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 340.

- Tercera modalidad típica

D 2268 "El tercer párrafo del artículo 398 del Código Penal tipifica la conducta delictiva que se configura cuando el agente de los comportamientos de cohecho activo de sujetos especiales como del cohecho activo de auxiliares, es una persona que tiene la condición o título de

abogado o sin ser abogado forma parte de un estudio de abogados que lógicamente patrocina o tiene un asunto pendiente de decisión ante un sujeto público especial que se especifica en el primer y segundo párrafos del tipo penal en hermenéutica jurídica".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 669.

D 2269 "Estos supuestos delictivos tienen la misma estructura y, por lo tanto, merecen la misma pena privativa de libertad de los supuestos tipificados en el primer párrafo. La diferencia y quizá la razón de tipificarlo de forma independiente es la inhabilitación específica y la sanción de días-multa que se señala en el tercer párrafo del tipo penal en análisis".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 669.

D 2270 "El tercer supuesto típico del delio analizado, indica lo siguiente: "Si el que ofrece, da o corrompe es abogado o forma parte de un estudio de abogados,". Del supuesto aludido, se advierte la existencia de un sujeto cualificado, en este caso, abogado, quien responde como autor, en ese sentido, según la RAE, el término de abogado proviene del latín *advocatus*, esto es, "licenciado en derecho que ofrece profesionalmente asesoramiento jurídico y que ejerce la defensa de las pares en los procesos judiciales o en los procedimientos administrativos".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 737 y 738.

D 2271 "De la misma forma el sistema procesal penal, en los arts. 80, 81, 82, 83 y 84 del nuevo CPP, regula las actividades y obligaciones que le asiste el abogado frente al proceso penal, por lo tanto, para fines del presente trabajo, se advierte que el supuesto de hecho exige que el abogado o aquel que forma parte del estudio abogadil, da o corrompe, en este caso a los sujetos cualificados previstos en los dos primeros supuestos, con cualquiera de los medios corruptores, todo ello, con la finalidad de influir en la edición de un asunto sometido a su conocimiento o competencia".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 738.

3. Tipicidad subjetiva

D 2272 "El delito analizado, es un delito de comisión dolosa, demandándose en el sujeto activo, conocimiento y voluntad en su accionar delictual, no se admite la forma culposa, por cuanto, dicha modalidad deberá ser expresa, según el art. 12 del CP, presupuesto inexistente en la figura comentada".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 739.

D 2273 "Todos los supuestos punibles tipificados en el artículo 398 son de comisión dolosa. No cabe la comisión por culpa o negligencia. La clase de dolo que se exige es el dolo directo. De la construcción de la fórmula legislativa se evidencia que no es posible la comisión por un simple dolo eventual. El agente al ofrecer, entregar o prometer de modo voluntario una dádiva o beneficio al sujeto público especial, sabe desde el inicio que está corrompiendo o sobornando con un fin determinado".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 672.

D 2274 "El delito es doloso. El sujeto activo dirige su comportamiento a un objetivo determinado. El dolo requerido es el dolo directo para el sujeto indeterminado. En el caso del comportamiento de los sujetos especiales resulta suficiente el dolo eventual".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 339.

4. Autoría y participación

D 2275 "Con relación a la autoría directa, no existe problema alguno para su admisión en el delito de cohecho activo específico, en ese sentido, será autor directo, el agente delictual en la medida que incursione por sí mismo en cualquiera de los verbos rectores, esto es, "ofrecer" "dar" y "prometer", los mismos que aparecen ligados al os medios corruptores (donativo, ventaja o beneficio), beneficios ilegales que deberán ser ofertados, entregados o prometidos, según cada caso concreto, la sujeto cualificado, a efecto que emita un acto funcional, en razón del cargo específico, con fines benéficos a los intereses del agente delictual, todo ello producto de la influencia impuesta por el agente delictual que conoce y resulta ser competente respecto a determinados temas de interés del sujeto activo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 740.

D 2276 "Respecto a la autoría mediata, no es admisible por cuanto en los delitos de mera actividad, conforme se viene sosteniendo a los verbos rectores son de naturaleza activo y de comisión instantánea, por lo tanto, se exige un accionar inmediato y personal por parte del sujeto activo, subsecuentemente, el delito de cohecho activo específico, al ser considerado un delito de mera actividad por la naturaleza personalísima de los verbos rector, deviene en inaplicable los presuntos del hombre de atrás propios de la autoría mediata".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 740 y 741.

D 2277 "Respecto a la coautoría, no existe impedimento alguno para su admisión, por cuanto se trata de un delito de dominio, en la cual, es posible albergar la figura de acuerdos previos, pluralidad de intervinientes con roles repartidos y codominio funcional del hecho, precisando que resultaría, también apropiado, sustentar la tesis de autoría directas por cuanto,

en u delito de mera actividad, al contener un escenario personalísimo impuesto por los verbos rectores, cada sujeto delictual maneja un escenario individual, empero ambas tesis, resultan ser posibles para su invocación".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 741.

D 2278 "En el delito de cohecho activo específico; al tratarse de un delito de dominio, admite la participación delictual, en todos sus extremos, es decir, admite las formas de complicidad (primaria y secundaria), por lo tanto, será partícipe el sujeto que coopera, necesaria o innecesariamente con el plan concreto del autor, respecto al ofrecimiento, entrega o promesa de los medios corruptores a favor del sujeto cualificado que tiene conocimiento un asunto de su competencia, concretando el pacto venal o en su defecto corrompe al citado sujeto cualificado, con la finalidad de beneficiar al sujeto activo, lesionando la imparcialidad en los actos funcionariales del sujeto cualificado. De la misma forma, dicho aporte deberá aparecer antes o al momento de la conducta delictual desplegado por el autor.

Respecto a la figura de la instigación, también es posible su admisión en la medida que se logre determinar que el instigador, desplegó influjo psicológico en el sujeto activo, determinándolo para que ofrezca, entregue o prometa el medio corruptor con los fines delictuales antes señalados".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 741.

5. Tentativa y consumación

D 2279 "Conforme se viene explicando, líneas arriba, el tipo penal materia de análisis, resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto, por la misma naturaleza de los verbos rectores, los cuales son de acción y de comisión instantánea, así como, la redacción del tipo penal opta por una cláusula de adelantamiento de la barrera e punibilidad, respectivamente".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 738.

D 2280 "El delito tentado no es posible en la figura delictual comentada, por cuanto, la tentativa opera en la medida que el tipo penal pertenezca a los delitos de resultado, es decir, que la conducta se encuentre determinada por el baremo "espacio-temporal", empero, dicho supuesto deviene en inexistente, toda vez que, conforme se viene sosteniendo, el delito de cohecho activo específico, resulta ser un delito de mera actividad".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 739.

D 2281 "Considerando al delito de cohecho activo específico como delito de mera actividad, entonces el perfeccionamiento consumativo del tipo penal, opera en la medida que la conducta delictual aparezca inmersa en cualquiera de los verbos rectores, esto es, "ofrecer", "dar"

y "prometer", dichos verbos rectores, conforme se viene sosteniendo, resulta ser de naturaleza activa y de comisión instantánea, supuesto afín a la estructura de los delitos de mera actividad, por lo tanto, el tipo penal alcance perfeccionamiento consumativo en la medida que el agente delictual, ofrezca, otorgue o prometa el medio corruptor a favor del sujeto cualificado, todo ello, buscando ejercer influencia en su decisión frente al asunto sometido a su conocimiento competencia".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 740.

D 2282 "El delito de cohecho activo específico aparece agotado, en la medida que el agente delictual logre concretar el pacto venal con el sujeto cualificado, incursionando en cualquiera de los verbos rectores, esto es, "ofrecer" "dar" y "prometer"; asimismo, la figura agotada surge en la medida que el agente cualificado emita el acto funcional parcializada, por cuanto, aparece influenciado en sus decisiones por el medio corruptor".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 740.

X

COHECHO ACTIVO EN EL ÁMBITO DE LA FUNCIÓN POLICIAL

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 398-A **Cohecho activo en el ámbito de la función policial**

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional donativo o cualquier ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional donativo o cualquier ventaja o beneficio para que realice u omita actos propios de la función policial, sin faltar a las obligaciones que se derivan de ella, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años[72].

TEXTO ORIGINAL

Artículo 398-A.- Corrupción activa de abogado

Si en el caso del artículo 398, el agente del delito de corrupción de un juez, árbitro, fiscal, miembro de Tribunal Administrativo, auxiliar de justicia o cualquier otro análogo, es abogado, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 4) u 8) del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días multa.

Cuando el donativo, la promesa o cualquier otra ventaja la hace el abogado a un testigo, perito, traductor o intérprete, la pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al inciso 4) del artículo 36 y con noventa a ciento veinte días multa[73].

PRIMERA MODIFICATORIA

Artículo 398-A.- Corrupción activa de abogado

Si en el caso del artículo 398, el agente del delito de corrupción es un juez, fiscal, miembro de Tribunal Administrativo, auxiliar de justicia o de cualquier otro análogo, es abogado, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 4) a 8) del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

Cuando el donativo, la promesa o cualquier otra ventaja la hace el abogado a un testigo, perito, traductor o intérprete, la pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al inciso 4) del artículo 36 y con noventa a ciento veinte días multa[74].

SEGUNDA MODIFICATORIA

Artículo 398-A.- Corrupción activa de abogado

Si en el caso del artículo 398, es abogado el agente del delito de corrupción de un magistrado, árbitro, fiscal, miembro de Tribunal Administrativo o de cualquier otro análogo, la pena será privativa

---

72 Texto vigente incorporado por el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1351, publicado el 07 de enero de 2017 en el diario oficial *El Peruano*.

73 Texto original, incorporado al Código Penal por el artículo 2 del Decreto Ley N° 25489, publicado el 10 de mayo de 1992 en el diario oficial *El Peruano*.

74 Texto conforme a la modificatoria efectuada por la tercera disposición modificatoria de la Ley N° 26572, publicada el 05 de enero de 1996 en el diario oficial *El Peruano*.

de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1) a 8) del artículo 36 del Código Penal, y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Cuando el donativo, la promesa o cualquier otra ventaja la hace el abogado a un testigo, perito, traductor, intérprete o cualquier otro auxiliar jurisdiccional, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al inciso 4) del artículo 36 del Código Penal, y con noventa a ciento veinte días-multa[75].

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico

D 2283 "El bien jurídico general resulta ser el correcto funcionamiento de la Administración Pública, por cuanto la finalidad de la redacción típica aparece dirigida a la protección del interés público. Por otro lado, y en igual sintonía que el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, de manera específica, el objeto de protección resulta ser el principio de imparcialidad y deber de probidad que le asiste todo funcionario o servidor público y en este caso a los miembros de la Policía Nacional del Perú, conforme señala el art. 4.3 del D. Leg. N° 1267, al señalarse: "El personal policial tiene las siguientes obligaciones: "(...) Cumplir sus funciones con imparcialidad, responsabilidad, diligencia y prontitud, así como ejercerlas con profesionalismo, lealtad y ética".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 752.

2.2. Sujeto activo

D 2284 "El delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, respecto al sujeto activo, resulta ser un delio de dominio, de la misma forma, es un delito común, por cuanto, sobre el sujeto activo no existe ninguna cualificación que restrinja el radio de autores, por lo tanto, cualquier persona con capacidad de reprochabilidad puede ser autor del tipo penal aludido, asimismo, en el supuesto de hecho típico no existe institución que determine un deber especial".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 744.

2.3. Sujeto pasivo

D 2285 "El Estado, es el titular del bien jurídico y subsecuentemente, sujeto pasivo del delito mencionado, en términos similares, conforme se viene indicando en los delitos de corrupción de funcionarios, la doctrina jurisprudencial, fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.° 23 de la Casación N° 103-2017-Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea

75 Texto conforme a la modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 26643, publicada el 26 de junio de 1996 en el diario oficial *El Peruano*. Luego, el artículo 398-A fue derogado por el artículo 4 de la Ley N° 28355, publicada el 06 de octubre de 2004 en el diario oficial *El Peruano*.

una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada"".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 744.

2.4. Conducta típica

D 2286 "El delito de cohecho activo genérico en el ámbito de la función policial, contiene dos supuestos típicos, el primero, determinado por los verbos rectores "ofrecer", "dar" y "prometer", en ese sentido se advierte las siguientes modalidades típicas: a) El sujeto no cualificado, ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional, el medio corruptor, para "realizar" un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial; b) El sujeto no cualificado, ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional, el medio corruptor, para "omitir" un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 747.

D 2287 "El segundo supuesto típico, determinado por los mismos verbos rectores del primer supuesto típico, esto es, "ofrecer", "dar" y "prometer", incursiona en las siguientes modalidades delictuales: a) El sujeto no cualificado, ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional, el medio corruptor, para "realizar" un acto propio de la función policial; b) El sujeto no cualificado, ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional, el medio corruptor, para "omitir" un acto propio de la función policial".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 747.

2.4.1. Primera modalidad típica

- **Agente ofrece, da o promete al PNP medio corruptor para realizar acto violando sus obligaciones**

D 2288 "Los verbos rectores, "ofrecer", "dar" y "prometer", determinan la modalidad delictiva, es decir, los citados verbos aparecen conectados a los medios corruptores –donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio– de la misma, dicha conexión alcanza a la conducta prohibida, esto es, realizar el acto funcional policial violando las obligaciones encomendadas al miembro de la Policía Nacional".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 748.

D 2289 "En ese sentido, el tipo penal alcanza perfeccionamiento con la mera identificación de cualquiera de los verbos rectores, resultando irrelevante la concreción del pacto venal producto del ofrecimiento, entrega o promesa del medio corruptor aludido de la misma forma, deviene en innecesario si el sujeto cualificado, personal policial, emitió el acto funcional violando

sus obligaciones, por cuanto la redacción típica utiliza la preposición "para", lo cual advierte una posibilidad, la misma que para el derecho penal tiene que ser inminente y factible de realizar, por lo tanto, las bromas, por la misma ineficacia del accionar, no tendría contenido delictual.

Siendo así, el tipo penal analizado resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto, por cuanto dicho escenario responde a una configuración instantánea de la conducta lesiva por la influencia de los verbos comisivos, asimismo, la redacción típica responde a lineamientos de política criminal, mediante los cuales se adelanta la barrera de punibilidad, siendo suficiente la creación de un riesgo jurídicamente relevante para poner en peligro el bien jurídico, respectivamente".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 748.

D 2290 "Por otro lado, el supuesto aludido exige una forma de comisión "activa" propia de un hacer, es decir, fenomenológicamente, el tipo penal exige que el miembro de la Policía Nacional, "realice" un acto funcional, todo ello, producto del pacto venal, por lo tanto, también se exige que dicho miembro policial se encuentre en el ejercicio del cargo funcionarial, por tal razón, el tipo penal demanda la existencia de obligaciones derivadas de la función policial, las cuales podrían ser infringida por el miembro de la Policía Nacional, producto del medio corruptor aludido, caso contrario, la figura delictual deviene en inexistente y no calzaría en el tipo penal analizado.

Finalmente, los supuestos delictivos aparecen redactados en tiempo futuro, es decir, el agente delictual, "ofrece", "da" o "promete", el medio corruptor al miembro de la Policía Nacional, "para" que este último, realice un acto e violación de sus obligaciones derivadas de la función policial, lo cual nos advierte, sin lugar a dudas que la técnica de redacción se decanta por un delito de peligro abstracto, conforme fue explicado líneas arriba".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 748.

- **Agente ofrece, da o promete al PNP medio corruptor para omitir acto violando sus obligaciones**

D 2291 "En términos similares que el supuesto anterior, los verbos rectores, "ofrecer", "dar" y "prometer", determinan la modalidad delictiva, es decir, dichos verbos deberán aparecer conectados a los medios corruptores –donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio–, de la misma manera, dicha conexión enlaza la conducta prohibida, esto es, omitir el acto funcional policial violando las obligaciones encomendadas al miembro de la Policía Nacional".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 749.

D 2292 "En ese sentido, resulta ser un delito de mera actividad, por cuanto los verbos rectores, son de comisión instantánea, resultando irrelevante la concreción del pacto venal producto del ofrecimiento, entrega o promesa del medio corruptor aludido. De la misma forma,

deviene en innecesario si el sujeto cualificado, personal policial, omito el acto funcional violando sus obligaciones. El delito resulta ser de peligro abstracto, por cuanto los supuestos delictivos aparecen redactados en tiempo futuro, es decir, el agente delictual, "ofrece", "da" o "prometer", el medio corruptor al miembro de la Policía Nacional, "para" que este último omita un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial, lo cual nos advierte, sin lugar a dudas, el adelantamiento de la barrera de punibilidad, puniendo la creación de un peligro o amenaza al bien jurídico a través de un riesgo jurídicamente relevante".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 749.

D 2293 "Por otro lado, el supuesto aludido exige una forma "omisiva", propia de un no hacer, es decir, fenomenológicamente el tipo penal exige que el miembro de la Policía Nacional, omita un acto funcional, todo ello, producto del pacto venal, por lo tanto, también se exige que dicho miembro policial se encuentre en el ejercicio del cargo funcionarial, por tal razón, el tipo penal demanda la existencia de obligaciones derivadas de la función policial, las cuales podrían ser infringidas por el miembro de la Policía Nacional, producto del medio corruptor aludido, caso contrario, la figura delictual es inexistente".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 749.

2.4.2. Segunda modalidad típica

- **Sujeto no cualificado ofrece, da o promete al PNP el medio corruptor para que realice actos propios de la función policial**

D 2294 "Los verbos rectores, "ofrecer", "dar" y "prometer", direccionan la modalidad delictiva, dichos verbos se encuentran conectados a los medios corruptores –donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio–, de la misma manera, el escenario conductual aludido alcanza a la conducta prohibida, esto es, la realización de un acto funcional policial propio de la función policial encomendada".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 749 y 750.

D 2295 "Por lo tanto, el tipo penal alcanza perfeccionamiento con la mera identificación de cualquiera de los verbos rectores, resultando irrelevante la concreción del pacto venal producto del ofrecimiento, entrega o promesa del medio corruptor aludido. De la misma forma, deviene en innecesario si el sujeto cualificado, personal policial, emitió el acto funcional cumpliendo sus obligaciones y sin faltar a sus procedimientos laborales, por cuanto, la redacción típica utiliza la preposición "para", lo cual advierte una posibilidad, la misma que para el derecho penal tiene que ser inminente y factible de realizar, por lo tanto, las bromas, por la misma ineficacia del accionar, no tendría contenido delictual".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 750.

- Sujeto no cualificado da, ofrece o promete al PNP el medio para que omita un acto propio de la función policial

D 2296 "En el supuesto analizado, en términos similares que el supuesto anterior, los verbos rectores, "ofrecer", "dar" y "prometer", determinan o condicionan la modalidad delictiva, es decir, dichos verbos deberán aparecer conectados a los medios corruptores –donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio–. De la misma manera, dicha conexión enlaza la conducta prohibida, esto es, omitir el acto funcional policial en cumplimiento de las obligaciones encomendadas al miembro de la Policía Nacional.

Por lo tanto, el delito analizado resulta ser un delito de mera actividad, por cuanto, los verbos rectores, son de comisión instantánea, resultando irrelevante, la concreción del pacto venal producto del ofrecimiento, entrega o promesa del medio corruptor aludido, asimismo, deviene en innecesario si el personal policial, omitió el acto funcional violando sus obligaciones. Asimismo, el delito resulta ser de peligro abstracto, conforme fue explicado líneas arriba, es decir, se exige el riesgo típico, cree un peligro inminente de lesión contra el bien jurídico tutelado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 750 y 751.

D 2297 "Finalmente, el supuesto aludido exige una forma "omisiva", propia de un no hacer, es decir, fenomenológicamente, el tipo penal exige que el miembro de la Policía Nacional, omita un acto funcional, todo ello, producto del pacto venal, por lo tanto, también se exige que dicho miembro policial se encuentre en el ejercicio del cargo funcionarial, por tal razón, el tipo penal demanda la existencia de obligaciones derivadas de la función policial, caso contrario, la figura delictual es atípica".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 751.

3. Tipicidad subjetiva

D 2298 "El delito analizado, únicamente puede aparecer en un escenario doloso, es decir, el dolo directo, no siendo posible la forma imprudente, por lo tanto, se exige en el agente delictual los componentes volitivos y cognitivos que conforman la figura dolosa".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 752.

4. Autoría y participación

D 2299 "En ese sentido, el delito analizado admite la autoría directa, en la medida que el agente delictual domine por sí mismo el curso causal del pacto venal, cuya conducta realizada aparecerá determinada por cualquiera de los verbos rectores según cada caso concreto.

Respecto a la autoría mediata, conforme se viene sosteniendo en apartados anteriores, no resulta ser posible, por cuanto, los verbos rectores "ofrecer", "dar" y "prometer", resulta ser de

comisión instantánea, advirtiendo un fuerte influjo personalísimo sobre el autor. Subsecuentemente la tesis del dominio de la voluntad de un tercero, propio de la autoría mediata, aparece con un alto porcentaje de dificultad para su concreción, por lo personalísimo del verbo rector.

Con relación a la coautoría, es posible en la medida que el escenario delictual, vinculado al pacto venal o venta de la función pública, exija el accionar conjunto de dos o más personales, aunque, también sería posible, en este extremo la existencia de autorías independientes, por lo personalísimo del accionar delictual determinado por el verbo rector según cada caso concreto".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 754.

D 2300 "El delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, admite la participación delictual, en todos sus extremos, es decir, admite las formas de complicidad (primaria y secundaria). Esto es, será partícipe el sujeto que coopera, necesaria e innecesariamente, con el plan del autor antes o durante la ejecución del hecho punible desplegado por el autor durante la fase consumativa, conforme señala el art. 25 del CP.

Respecto a la figura de la instigación, también es posible su admisión en la medida que el instigador determine al autor material del hecho, ejerciendo un influjo psicológico contundente a efecto de incursionar en el ofrecimiento, entrega o promesa de la entrega del medio corruptor a favor del efectivo policial".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 754.

5. Tentativa y consumación

D 2301 "El delito tentado solo es posible en los delitos de resultado, por lo tanto, las reglas de la dogmática penal nos indican que la tentativa no es admisible en los delitos de mera actividad y de peligro abstracto, por la inexistencia del baremo "espacio-tiempo", situación que no es afín al delito analizado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 753.

D 2302 "El delito analizado, conforme fue manifestado líneas arriba resulta ser un delito de mera actividad, cuya consumación aparece evidencia con la sola presencia del verbo rector respectivo, siendo así, deviene en irrelevante para los fines consumativos que el agente delictivo obtenga su plan delictual, es irrelevante la concreción del pacto venal y la oferta, entrega o promesa del medio corruptor. Asimismo, aparece como un acto pos-consumativo la evidencia del acto funcional policial en cumplimiento o violación de sus funciones, por acción u omisión.

Por lo tanto, el tipo penal alcanza perfeccionamiento consumativo, en la medida que la conducta del sujeto activo active cualquiera de los verbos rectores, los actos subsecuentes resultarían ser formas agotadas".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 753.

D 2303 "El delito de cohecho activo en el ejercicio de la función policial, aparece agotado en la medida que el agente delictual, con posterioridad a la emisión de la conducta delictiva expresada en los verbos rectores "ofrecer"; "dar" y "prometer", es decir, forman parte del delito agotado, la concreción del pacto venal y la manifestación de la conducta, en su forma activa u omisiva, desplegado, por el agente policial, en cumplimiento o en violación de sus funciones policiales en razón del cargo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 753 y 754.

XI

NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE CARGO

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

Artículo 399 **Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo**

El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa[76].

TEXTO ORIGINAL

Artículo 397.- Aprovechamiento indebido de cargo

El funcionario o servidor público que, directa o indirectamente o por acto simulado, se interesa en cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años[77].

PRIMERA MODIFICATORIA

Artículo 397.- Aprovechamiento indebido de cargo

El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años[78].

SEGUNDA MODIFICATORIA

Artículo 399.- Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal[79].

---

76 Texto vigente conforme a la modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 de noviembre de 2013 en el diario oficial *El Peruano*.

77 El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, en el texto primigenio del Código Penal de 1991, se encontraba regulado en su artículo 397, sin embargo, con la Ley N° 28355 del 6 de octubre de 2004, se le reubicó en el artículo 399 del citado cuerpo normativo.

78 Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N° 27074, publicada el 26 de marzo de 1999 en el diario oficial *El Peruano*.

79 Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada el 6 de octubre de 2004 en el diario oficial *El Peruano*.

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico

D 2304 "En el caso del delito de negociación incompatible del art. 399 del CP, la descripción típica propuesta por el legislador permite inferir en lo que aquí se va a tutelar es "el deber imparcialidad del funcionario o servidor público", concretamente cuando, por razón de su cargo, interviene en un contrato u operación estatal. En efecto, se busca evitar "que los funcionarios que han de orientar su conducta a la consecución de fines de interés general se desvíen hacia la consecución de intereses particulares.

Esta percepción del funcionario o del servidor público como agente que cumple con su deber de imparcialidad constituye uno de los valores que vertebran el Estado de Derecho de una sociedad democrática. La diferencia respecto a los intereses privados, especialmente cuando intervienen en ámbitos tan sensibles para la sociedad como la elaboración, conclusión y ejecución de los contratos y demás operaciones estatales. Es estos casos, la observancia de dicho deber es necesaria para asegurar, por un lado, que los bienes y servicios se obtengan en virtud de la mejor oferta para la comunidad –interés general–, y, por otro, para desarrollar un proceso de adquisición transparente, igualitario y legal para todas las partes, desterrando cualquier origen corrupto. De esta manera, cuando se procura que el funcionario o servidor público evite llevar adelante o mezclarse en actividades que pueden condicionar la orientación de la cuestión pública al servicio de intereses particulares, entonces se logra garantizar el correcto funcionamiento de la administración estatal".

ROSALES ARTICA, David. *El delito de negociación incompatible con el ejercicio de la función pública*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 86.

D 2305 "El delito se evidencia cuando el agente público en lugar de preocuparse por los intereses económicos de la Administración Pública a la que representa, se interesa por beneficiar a terceros o beneficiarse personalmente. En consecuencia, el normal y recto funcionamiento se ve seriamente lesionado o puesto en peligro. De modo que este es el bien jurídico general protegido que se pretende cautelar. Corresponde enseguida determinar cuál es el bien jurídico específico que lo diferencia de los demás delitos contra la Administración Pública.

Consideramos que el bien jurídico específico del delito de negociación incompatible es el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su función particular, encomendada en razón del cargo que desempeñan, como es el de celebrar contratos u operaciones –desde su preparación, inicio, celebración y ejecución– a favor de la Administración Pública. Se entiende que participa en estos actos jurídicos siempre cuidando o preocupándose por los mismos intereses del Estado al que representa. De modo que el bien jurídico específico solo se verá afectado cuando el agente lesione o ponga en peligro el patrimonio del Estado infringiendo sus deberes de lealtad y probidad en la celebración de contratos u otras operaciones que han sido encomendadas o confiados en razón del cargo que desempeña dentro de la Administración Pública. Y estos deberes sin duda se sustentan en los principios de transparencia e imparcialidad de los sujetos públicos en la toma de decisiones propias de su cargo".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 687 y 688.

D 2306 "El bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible es la transparencia en los procesos de contratación estatal, en las operaciones y la exclusiva promoción de los intereses públicos con la que debe actuar un funcionario público en la realización de los actos propios del cargo cada vez que intervienen en los contratos en nombre y/o representación del Estado. (...).

El bien jurídico en este delito viene dado por la preservación de la transparencia en los contratos estatales y las operaciones, a fin de cautelar que el proceso de contratación estatal se rija por los principios de la libre competencia administrativa, la equidad y la igualdad de oportunidades de los participantes en el proceso. Lo que se busca proteger es la transparencia, la libre competencia entre los postores (cuando los hay) y la elección no arbitraria de los terceros en los procesos de contratación, evitando que determinados funcionarios intervengan –distorsionando, con su poder, funciones y su cargo– el proceso de contratación establecido en el caso concreto. Lo que quiere evitar la norma penal es que lo funcionarios, utilizando su posición y cargo, interfieran, manipulen y dirijan arbitrariamente los contratos estatales, imponiendo su voluntad, deseo o capricho por encima de intereses públicos".

CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de negociación incompatible*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 15 y 16.

D 2307 "Como estamos en el ámbito de los delitos de corrupción, el bien jurídico específico afectado por el comportamiento del sujeto público vinculado es la imparcialidad y objetividad (profesionalismo) que exige el desempeño funcional".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 349.

D 2308 "[P]odemos afirmar que el bien tutelado es la imparcialidad del funcionario o servidor público cada vez que, por razón de su cargo, interviene en un contrato u operación al interior de la Administración Pública.

Se pretende, pues, que los funcionarios estatales se comporten en forma imparcial en la elaboración, conclusión y ejecución de los contratos y demás operaciones en que les corresponda tomar parte, evitando mezclarse en actividades que puedan condicionar la orientación de la función pública al servicio de intereses particulares (Corcoy Bidasolo y Mir Puig, 2011, p. 959), garantizado así, el correcto desarrollo de la Administración Pública. (...).

Ahora bien, a esta propuesta sobre el bien jurídico tutelado en el delito de negociación incompatible, se le puede oponer la idea de que en un contrato u operación estatal es impensable que el funcionario sea imparcial, pues se tiene que parcializar a favor de los intereses del Estado.

Sin embargo, esta tesis es refutada con el argumento de que la imparcialidad que se reclama por parte del funcionario, tutelada en el artículo 399 del CP, se encuentra más bien vinculada a la idea de transparencia y trato justo e igualitario con los administrados, que a una cuestión relacionada a su intervención "como parte interesada" en el contrato o negocio".

ROSALES ARTICA, David. "El delito de negociación incompatible en la ley penal peruana". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 122, Lima: Gaceta Jurídica, agosto de 2019, pp. 215 y 216.

D 2309 "El objeto genérico de la tutela penal en el delito de negociación incompatible es garantizar el normal funcionamiento de la Administración Pública; mientras que el objeto específico radica en la necesidad de preservar normativamente la Administración Pública del interés privado de sus agentes, que anteponen sus intereses personales a los de aquella, en otras palabras, el bien jurídico especial es el deber de lealtad y probidad del funcionario o servidor público durante el ejercicio de las funciones que desempeña en razón del cargo, ello con el fin de mantener incólume la imagen de la Administración ante la ciudadanía. Es pues inaceptable social y culturalmente que el conjunto de la actividad estatal o un sector de ella brinde una imagen de funcionarios y servidores con doble expectativa en el cumplimiento de sus funciones en razón del cargo, es decir, que sus intereses no solo estén enfocados al bienestar del Estado, sino que sobrepasen este límite y busquen además un beneficio para sí mismos o para un tercero".

ENRÍQUEZ SUMERINDE, Víctor. "El delito de negociación incompatible en el marco de la nueva Ley de Contrataciones del Estado". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 79. Lima: Gaceta Jurídica, enero de 2016, p. 85.

D 2310 "El bien jurídico genérico sería la imagen, credibilidad o transparencia de la Administración Pública en el desarrollo de las contrataciones y operaciones estatales, y el específico, la honestidad o veracidad en el actuar competencial del funcionario en las contrataciones u operaciones públicas".

GARCÍA LEÓN, Godofredo André. "El delito de negociación incompatible: seis problemas en la jurisprudencia". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 115. Lima: Gaceta Jurídica, enero de 2019, p. 61.

D 2311 "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 objetividad con la que deben actuar los funcionarios y servidores públicos. Otro sector sea la que el objeto de protección es la lealtad de los funcionarios públicos en la medida que estos deben preservar los intereses de la Administración. El problema de la primera posición doctrinal es que resulta cuestionable afirmar que el objeto de protección sea la imparcialidad del funcionario público, porque se haría referencia a que el funcionario sea un tercero neutral que debe equilibrar los intereses en un contrato u operación en el que participa un particular y el Estado. 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 el interés general. 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 otras. La segunda posición tiene dos problemas. El primero, por cuanto se vincula la lealtad del funcionario con la imparcialidad, en una relación de genero-especie, de manera que no ofrece ninguna 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. Tal como se desarrollará más adelante, la sola existencia de cualquiera de dichas situaciones no podrá determinar la configuración de este injusto penal. Lo que se castiga en el delito de negociación incompatible es la situación de prevalimiento del funcionario

público para interesarse indebidamente en un contrato u operación en la que se interviene por razón de su cargo.

Asimismo, no se protege directamente el patrimonio del Estado. Cierto sector de la jurisprudencia ha indicado que se trata de un delito de peligro concreto, lo que llevaría a tener que probar en cada caso concreto, lo que llevaría a tener que probar en cada caso concreto la idoneidad de la conducta del funcionario que, abusando de su cargo, habrá puesto en peligro el patrimonio estatal a través de su intervención en un contrato u operación. El sustento de la prohibición penal 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 público. Por tanto, debe descartarse que se trate de un delito de lesión patrimonial. (...).

En el caso del delito de negociación incompatible se parte del hecho de que a funcionario público se le asigna la labor de participar en un contrato u operación estatal con el fin de preservar los intereses patrimoniales del Estado, allí que la referencia u el objeto material de esta conducta esté vinculado con las operaciones de carácter económico en la que interviene un funcionario estatal. De esta manera, se busca excluir que el funcionario público 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 público 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 ejecución de decisiones. Esta expectativa normativa no se infringe por el solo hecho de la existencia de un conflicto de intereses, si no que es necesario que el funcionario público, abuse del cargo con el fin de obtener un provecho propio o para un tercero".

ÁLVAREZ DÁVILA, "El injuto típico en el delito de negociación incompatible: una visión a los aspectos problemáticos del tipo penal y su relación con otras formas de corrupción". En: GARCÍA CAVERO, Percy y VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (directores). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2020, pp. 103-106.

J 0350 "[S]i bien el referido tipo penal está comprendido entre los delitos contra la Administración Pública, no tutela el patrimonio administrado por el funcionario o servidor público, sino propiamente la legalidad del ejercicio de la función pública y busca asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, de suerte que se sanciona la transgresión de los roles especiales de negociación y representación pública de los funcionarios y servidores públicos que intervienen, directa o indirectamente, en cualquier contrato u operación por razón de su cargo –principio de taxatividad–; que el sustento de la prohibición no está en la generación de un perjuicio patrimonial al Estado sino en el irregular desempeño funcional y, por ende, cuando el tipo penal alude como pasible de su comisión a los funcionarios o servidores públicos que, indebidamente, en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesan, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que intervienen por razón de su cargo, se refiere a aquellos designados como miembros de un comité especial de contratación pública, mediante resolución expresa, los mismos que son los responsables de conducir todo el proceso contractual hasta la entrega de la buena pro".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 661-2009-Lima, del 10 de marzo de 2010, magistrado ponente: Santa María Morillo, considerando 3.

J 0351 "(...) el delito de aprovechamiento indebido del cargo no incide directamente en el desmedro patrimonial estatal, sino que se configura cuando se advierten actos que vulneran el ejercicio de la función pública y van en contra de la observancia de los deberes del cargo, la regularidad, el buen desenvolvimiento, el prestigio y dignidad de la función".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 117-2012-Junín, del 11 de enero del 2013, magistrado ponente: Neyra Flores, considerando 5.

J 0352 "El bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible está constituido por el interés del Estado en el correcto desarrollo de la actividad pública. En ese sentido, el funcionario o servidor público debe actuar imparcialmente –no debe asumir un interés de parte o anteponer sus intereses a los de la Administración Pública– y en sujeción a los intereses públicos tienen un deber especial y la infracción del mismo los hace merecedor del reproche penal. El tipo penal para su perfección no demanda la concurrencia de un perjuicio potencial o real para el Estado, pues como se anotó "*ut supra*", el interés indebido está referido esencialmente al específico deber de imparcialidad en la actuación del agente especial, quien no puede actuar en nombre del Estado y como representante de sus propios intereses. Esto significa que en algunos casos la propia Administración Pública puede ser beneficiada con la irregular intervención del funcionario servidor público [es un delito de simple actividad y peligro]".

Sala Penal Transitoria, R.N. N° 1318-2012-Lima, del 29 de agosto del 2012, magistrado ponente: Lecaros Cornejo, considerando 12.

J 0353 "El bien jurídico que se busca proteger mediante la tipificación de la conducta antes señalada es el correcto funcionamiento de la Administración Pública frente al interés privado de sus agentes; es decir, los funcionarios o servidores públicos que pueden anteponer sus intereses al de la administración".

Sala Penal Permanente. Casación N° 23-2016-Ica, del 16 de mayo del 2017, magistrado ponente: Santa María Morillo, considerando 4.35.

J 0354 "El bien jurídico que protege es el normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública, no exige que exista un perjuicio efectivo al patrimonio del Estado, tutela la transparencia e imparcialidad de los funcionarios y servidores públicos en la toma de decisiones, con la finalidad de preservar la administración estatal del interés privado de quienes la representan, preservando la integridad y rectitud del funcionario. La norma busca evitar cualquier tipo de intromisión ajena al interés de la Administración Pública que pueda significar un riesgo para ella".

Segunda Sala Penal Transitoria. Casación N° 231-2017-Puno, del 14 de setiembre de 2017, ponente: magistrado Cevallos Vegas, considerando 12.

J 0355 "Que el tipo delictivo de negociación incompatible protege la expectativa de normativa de que el funcionario público ha de actuar en resguardo de los intereses de la Administración Pública –en este caso de la Municipalidad Distrital de Iguaín–, evitando

cualquier situación de interferencia en la toma o ejecución de decisiones. El funcionario público, en este caso, abusa del cargo que ejerce con el fin de obtener un provecho propio o para un tercero".

Sala Penal Permanente. Casación N° 396-2019-Ayacucho, del 09 de noviembre de 2020, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 2.

2.2. Sujeto activo

- **Autor puede ser el funcionario o servidor público**

D 2312 "Siguiendo el patrón denominador de los injustos típicamente funcionariales, autor del delito solo puede serlo aquel que ostenta pleno ejercicio del cargo público, constituyendo un delito "especial propio"; es el revestimiento de dicha cualidad funcional que sostiene el acento del disvalor de esta figura delictiva".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 666 y 667.

D 2313 "El sujeto activo es el funcionario o servidor público que directa o indirectamente o por acto simulado se interesa en un contrato u operación en la que interviene por razón de su cargo. No se trata de cualquier funcionario o servidor público, sino de aquel que tiene formalmente a su cargo el "contrato" u "operación" para la Administración Pública por razón de su cargo. No es sujeto activo el agente que no teniendo formalmente esta capacidad por razón del cargo se interesa en un contrato u operación. Distinto es el caso del tercero que se interesa por encargo del funcionario o servidor público en la que interviene por razón de su cargo; en esta última hipótesis, el funcionario público responderá como autor del hecho punible en comentario y el segundo como cómplice".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018, pp. 439 y 440.

- **El funcionario o servidor público que no tiene competencia funcional para realizar contrataciones estatales no puede ser sujeto activo del delito de negociación incompatible**

D 2314 "El delito de negociación es incompatible es un delito especial propio que exige, como primer requisito típico para ser autor del delito, tener la calidad de funcionario público o servidor público. Solo será admisible la autoría en el delito de negociación incompatible por quien posee este estatus especial que ha delimitado el legislador. Sin embargo, a esta exigencia típica de tener el status formal de funcionario o servidor público se añade, por el propio tenor del tipo penal, expresamente que dicho funcionario o servidor público debe haber intervenido por razón de su cargo en un contrato u operación a cargo del Estado. Esta segunda delimitación típica hace necesario establecer que el funcionario o servidor público esté vinculado funcionalmente con el contrato u operación, en el que se interesa indebidamente. Ello se explica por cuanto el delito de negociación incompatible es un delito de infracción de deber, por lo

que resulta imprescindible que el funcionario público tenga el deber de proteger los intereses estatales en un contrato u operación estatal".

ÁLVAREZ DÁVILA, "El injuto típico en el delito de negociación incompatible: una visión a los aspectos problemáticos del tipo penal y su relación con otras formas de corrupción". En: GARCÍA CAVERO, Percy y VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (directores). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2020, p. 106.

D 2315 "No basta tener la condición de funcionario o servidor público, para ser considerado sujeto activo, sino que hemos de añadir, que aquel que deberá contar con un rol funcional en el decurso de un contrato u operación administrativa; es precisamente, dicha posición institucional que le permite ejercer actos que puede cobijarse en el tipo penal de negociación incompatible con el cargo. Por consiguiente, aquellos funcionarios públicos que carezcan de dicha posición funcional, y así pretender patrocinar intereses privados, habrá de responder por el tipo penal de patrocinio ilegal. (...).

Puede haber dos funcionarios o servidores públicos, que compartan tareas funcionales en una operación de la Administración con los particulares, los cuales se interesan directamente, a través de una serie de actos encaminados a favorecer a un privado; debiendo responder a título de coautoría.

Todos aquellos que participen, prestando una colaboración al autor, en el curso del *iter criminis*, sean particulares o funcionarios públicos (sin competencia legal), responden a título de participación delictiva (complicidad); máxime, cuando en la redacción normativa se dice que el interés debido puede darse de forma directa o indirecta".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición, Lima: Idemsa, 2016, p. 667.

D 2316 "El sujeto activo es el funcionario o servidor público que directa o indirectamente o por acto simulado se interesa en un contrato u operación en la que interviene por razón de su cargo. No se trata de cualquier funcionario o servidor público, sino de aquel que tiene formalmente a su cargo el "contrato" u "operación" para la Administración Pública por razón de su cargo. No es sujeto activo el agente que no teniendo formalmente esta capacidad por razón del cargo se interesa en un contrato u operación. Distinto es el caso del tercero que se interesa por encargo del funcionario o servidor público en la que interviene por razón de su cargo; en esta última hipótesis, el funcionario público responderá como autor del hecho punible en comentario y el segundo como cómplice".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018, pp. 439 y 440.

D 2317 "De la lectura del artículo 399 del Código Penal se concluye que estamos ante un delito especialísimo. El sujeto activo puede ser funcionario o servidor público y en tal condición, debe tener dentro de sus atribuciones o funciones la celebración de contratos o la realización de operaciones en representación de la Administración Pública. En consecuencia, además de exigirse que el agente cuente con la condición de funcionario o servidor público, se exige que cuente también con vinculación funcional ineludible con los contratos u operaciones que celebra

el Estado objeto del delito. si no se verifica que el funcionario o servidor público tenía dentro de sus funciones o atribuciones la celebración de contratos o la realización de operaciones en su representación a favor del Estado, el hecho punible en hermenéutica jurídica no se perfecciona".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 690 y 691.

D 2318 "Por estarse analizando un delito especial propio, se deduce que el agente debe cumplir con ciertos requisitos para mantener su calidad de sujeto activo. El agente autor del delito debe ser un funcionario o servidor público poseedor del deber especial de actuar con lealtad y probidad durante el ejercicio de las funciones que desempeña, de acuerdo a la teoría de infracción de deber. Según el artículo 425 de nuestro Código Penal, es funcionario o servidor público: a) todo aquel que está comprendido en la carrera administrativa, b) los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular, c) 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, ejerza funciones en las entidades u organismos (pueden ser los particulares que han sido contratados para ejercer la función específica de contratar o realizar cualquier otra operación en representación o en favor del Estado 23), d) los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, e) los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, y f) los demás indicados por la Constitución Política y la ley".

ENRÍQUEZ SUMERINDE, Víctor. "El delito de negociación incompatible en el marco de la nueva Ley de Contrataciones del Estado". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 79, Gaceta Jurídica, enero de 2016, p. 86).

D 2319 "A mi juicio la vinculación funcional debe entenderse como la competencia que tiene el funcionario para intervenir en razón de su cargo en un contrato u operación vinculado con la Administración Pública, lo que vendrá determinado por la ley, reglamento, directivas, etc. Lo decisivo es que haya intervenido en el contrato u operación con base a un título habilitante e naturaleza administrativa, civil o laboral. No se trata, como señala la doctrina, de una intervención de cualquier orden: el funcionario tiene que tener capacidad de decisión sobre algunos aspectos negociables de la operación estatal y que pueda vincular a la Administración Publica. No debe olvidarse que esta delimitación típica es necesaria porque el delito de negociación incompatible tiene una base común a varios delitos del Capítulo II del Título XVIII relacionados a delitos cometidos por funcionarios públicos, se trata de la situación de prevalimiento: el funcionario abusa de su posición de superioridad, que en el caso de la negociación incompatible se aprovecha del cargo para obtener un beneficio propio o ajeno. Esta situación, como lo señala la doctrina, es la base de varios delitos y presenta una particularidad propia en cada una de ellos. Lo importante es determinar y aclarar que en ese tipo penal solo se sanciona al funcionario que tiene competencia para intervenir en un asunto. La relevancia del comportamiento penal viene dada por la existencia de un vicio de desviación del poder: la Administración Pública tiene la expectativa que el funcionario actúe en resguardo de sus intereses patrimoniales".

ÁLVAREZ DÁVILA, "El injuto típico en el delito de negociación incompatible: una visión a los aspectos problemáticos del tipo penal y su relación con otras formas de corrupción". En: GARCÍA CAVERO, Percy y VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (directores). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2020, pp. 111 y 112.

J 0356 "El tipo penal, sanciona al funcionario público que interviene por razón de su cargo; esto significa que no puede ser autor, cualquier funcionario, sino solo aquel que posee facultades de decisión o manejo de las negociaciones u operaciones en las que interviene. En este sentido, el sujeto activo de este delito, será solo quien tenga legítimamente a su cargo el contrato y operación para la Administración Pública, ello permitirá que su conducta califique en el tipo penal.

El fundamento de ello, es que, al ser un delito especial propio, tutela la imparcialidad de los funcionarios y servidores públicos, en la toma de decisiones propias; por lo tanto, exige este estatus y que la actuación realizada debe estar en razón al ejercicio de su cargo. Por ello, ante la comisión del delito de negociación incompatible, la doctrina se ha referido a una especie de "desdoblamiento de la conducta", por cuanto, el sujeto activo actúa como funcionario representante de la Administración Pública, pero también representando a sus intereses personales. Es decir, "interesarse" debe implicar que el agente público, sea al mismo tiempo interesado personalmente en el contrato y funcionario, que interviene en él por razón de su cargo".

Segunda Sala Penal Transitoria, Casación N° 67-2017-Lima, del 11 de julio de 2017, magistrado ponente: Ventura Cueva, considerandos 46 y 47.

J 0357 "La regulación de la norma exige como requisito típico el estatus formal de funcionario o servidor público, y que la actuación realizada deba estar en razón al ejercicio de su cargo, ello implica una relación específica vinculada al ámbito de su competencia funcional, el agente actúa en función a las prerrogativas de su cargo. De ahí que su intervención en los contratos que realice el Estado siempre los realiza por imperio de la Ley.

En ese sentido, la Corte Suprema, en diversos pronunciamientos ha establecido que dicha relación funcional, debe ser entendida no solo cuando el funcionario tenga esta condición, sino que: "es necesario que cuente con las facultades y competencias para intervenir en los contratos u operaciones, es decir, posea el poder para participar en ellos", también se define como "aquel funcionario que tiene legítimamente a su cargo el contrato u operación".

En consecuencia, el agente activo debe ser un funcionario con competencia para intervenir en los contratos u operaciones estatales, ello, por cuanto, solo es posible que se interese indebidamente, en provecho propio o de tercero, si es que se encuentra dentro de su ámbito funcional, las decisiones que materializarán su interés indebido, que recaerá en su propio provecho o de otro".

Segunda Sala Penal Permanente. Casación N° 231-2017-Puno, del 14 de septiembre de 2017, ponente: magistrado Cevallos Vegas, considerandos 19-21.

J 0358 "El delito de negociación incompatible (...) es una modalidad de corrupción, por lo mismo la conducta del agente debe poseer esa orientación y no una simple irregularidad o anomalía administrativa; debiendo para ello cumplir con las exigencias del tipo penal, los cuales pasamos a detallar: a) intervenir por razón del cargo: la vinculación funcional, es decir, el funcionario o servidor público posee facultades o competencia para intervenir, en contratos u operaciones por razón de su cargo, puesto o empleo en la Administración Pública, ello supone que: ii) es inherente al ámbito de su competencia ser parte en el contrato u operación; ii) es el llamado a intervenir por ley, reglamento o mandato legítimo; (...)".

Sala Penal Permanente, R.N. N° 2770-2011-Piura, del 12 de septiembre del 2012, magistrado ponente: Villa Stein, considerando 3)

J 0359 "Bajo esa perspectiva la Corte Suprema ha manifestado, en otro caso, que: "No se encuentra acreditada en el proceso la comisión del delito instruido ni la responsabilidad penal del acusado, pues conforme estableció la sentencia objeto de recurso, las capacidades funcionales –legalmente conferidas– que el acusado nombrado ejerció en el cargo que desempeñó no le facultaban las labores de contratación –incompatibilidades–, es decir, no tenía competencia funcional ni estaba legitimado por la norma jurídica para el rubro de las contrataciones aludidas, y que tampoco tuvo injerencia en la celebración de los contratos que suscribieron los respectivos funcionarios que sí estaban premunidos de las facultades y competencia para ello, la misma que estaba vedada al acusado, quien inobservó las normas administrativas aludidas, por lo que está la sentencia [absolutoria] expedida arreglada a ley".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 4668-2006-Lima, del 24 de abril del 2008, magistrado ponente: Pariona Pastrana considerando 4.

2.3. Sujeto pasivo

D 2320 "El Estado es el único titular del bien jurídico tutelado, esto es "correcta Administración Pública (...), la doctrina jurisprudencial, fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del considerando N° 23 de la Cas. N° 103-2017-Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica, tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Instituto Pacífico, Lima, 2018, p. 772.

2.4. Conducta típica

- La conducta típica debe configurar un acto de corrupción y no una simple irregularidad o anomalía administrativa

D 2321 "Para la determinación típica del interés indebido, a través de la identificación de defectos administrativos en el delito de negociación incompatible, necesitamos establecer cuándo estamos ante un ilícito penal y ante un ilícito administrativo. Para ello, optamos por la teoría cualitativa o diferenciadora, que parte de la comprensión distinta de los bienes jurídicos protegidos, asumiendo como interés jurídico ideal en el delito de negociación incompatible a la transparencia en las contrataciones especiales, que se distingue de los deberes para con la Administración, que se tutelan en el Derecho Administrativo".

VÁSQUEZ SOTO, Milagros. "La determinación del interés indebido a través de la identificación de defectos administrativos en el delito de negociación incompatible". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 115. Lima: Gaceta Jurídica, enero de 2019, p. 118.

J 0360 "El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, está ubicado en la sección IV del Código Penal - Delito de corrupción de funcionarios, por lo que se constituye en una modalidad de corrupción, lo que significa que la conducta del agente

debe poseer dicha orientación, por ello, se descarta, *prima facie*, que el tipo contemple una simple irregularidad o anomalía administrativa".

Segunda Sala Penal Transitoria. Casación N° 231-2017-Puno, del 14 de setiembre de 2017, ponente: magistrado Cevallos Vegas, considerando 8.

- **La conducta típica se concretiza cuando el agente se interesa en cualquier contrato que interviene en función de su cargo, esto es, en el marco de la contratación pública**

J 0361 "Que, respecto al delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, debemos relievar que la descripción típica de este delito se configura cuando un funcionario o servidor público, aprovechando de su cargo, se interesa directa o indirectamente en forma simulada en cualquier contrato u operación similar en que es parte el Estado. El acto material del sujeto activo, se concretiza en que se interese en cualquier contrato que interviene en función de su cargo, esto es, en el marco de la contratación pública, en que el Estado contrata servicios, bienes, obras u adjudicaciones en la que intervienen terceros, y el funcionario se interesa en dichos contratos u operaciones. En el presente caso no se trata de ningún contrato u operación semejante que el Estado haya celebrado, pues el sujeto agente, está actuando en el ámbito de la administración de justicia, como servidor judicial, cuya imputación central es haber falsificado la firma del juez en la resolución de oficio en que se dispone la entrega de un vehículo que estaba incautado en proceso judicial, supuesto de hecho que es ajeno a la actividad contractual que realiza el Estado, por lo que, los hechos descritos no configuran los elementos típicos del delito anotado".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 832-2010-Piura, del 17 de mayo del 201, magistrado ponente: Villa Stein, considerando 3.

J 0362 "El delito materia de análisis, tiene como verbo rector del tipo penal el término "interesar", que significa atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar y por ello se destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo; es decir este importar o interesar en un contrato u operaciones que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o favor de otros; no es suficiente para la configuración de este tipo penal que el sujeto activo del delito tenga solo la condición especial de funcionario o servidor público; ya que es necesario que el agente cuente con las facultades y competencias para intervenir en los contratos o las operaciones; es decir; posea el poder y la competencia para participar en una contratación u operación. De tal manera que lo que determina la condición del autor no es tanto la calidad de funcionario o servidor; sino la intervención en los actos jurídicos regulados por la ley en razón del cargo".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 253-2012-Piura, del 13 de febrero del 2013, magistrado ponente: Salas Arenas, considerando 2.2..

J 0363 "2. Es tanto un delito especial propio (formal) cuanto un delito de infracción de deber (material): el agente oficial ha de haber actuado en el proceso de contratación pública, en cualquier etapa de ella, con base a un título habilitante y con capacidad de decisión (facultades y competencias para intervenir en ese proceso), por lo que se trata de una situación de

prevalimiento (...) el fundamento de la imputación responde en la infracción del deber positivo del agente oficial de resguardar los intereses de la Administración a través de una actuación imparcial en un contrato u operación estatal en la que interviene por razón de su cargo [Álvarez Dávila, Francisco: *Delitos contra la Administración Pública*, Editorial Ideas, Lima, 2020, p. 133]. 3. Solo se requiere que el agente oficial actúe interesadamente, por lo que se está ante un delito de peligro abstracto; es decir, el comportamiento descripto en el tipo penal describe una conducta cuya realización, se presume, crea un peligro para el bien jurídico, se sanciona un comportamiento por una valoración *ex ante*, en cuya virtud el legislador presume, sin prueba en contrario, que la consecuencia de la conducta típica es la afectación del bien jurídico. Luego, el logro de un beneficio económico, propio o de un tercero, no forma parte del tipo penal; no se exige un resultado de lesión o un resultado de peligro (peligro concreto), solo ha de probarse la tendencia final del mismo hacia ese logro –no solo se exige el dolo sino además un elemento subjetivo de tendencia: búsqueda de un provecho propio o de un tercero. 4. El aludido tipo delictivo puede calificarse, incluso, como un delito preparatorio en relación con el delito de colusión –ambos tienen su fundamento en deberes especiales atribuidos a los agentes oficiales y están vinculados a contratos u operaciones estatales–, pero protege el mismo bien jurídico bajo la infracción de normas de flanqueo –no de las normas principales– en relación al mismo bien jurídico. Es, por tanto, un injusto parcial en relación con el delito de colusión".

Sala Penal Permanente. Casación N° 180-2020-La Libertad, del 07 de diciembre de 2020, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 5.

- Alcances del verbo rector "interesarse indebidamente"

D 2322 "El funcionario orienta su interés a favor de particulares, algo que es incompatible con su función. En otras palabras, el agente estatal traslada a la administración requerimientos privados, pretendiendo que el contrato u operación en el que toma parte por razón de su cargo adopte una determinada configuración en aras de un interés particular o que en aquel prioricen intereses particulares.

De esta manera, entonces, el agente estatal acepta en su obra la injerencia de un interés particular, orientando sus actos hacia finalidades no funcionales y colocándose ante el negocio estatal no solamente como representante del Estado, sino también como un particular que se muestra interesado por una determinada decisión o actuación de la administración en provecho privado. Siendo ello así, "lo relevante del tipo no es que el sujeto no se abstenga cuando tiene el deber de abstenerse, sino que prevalga del cargo para facilitarse una participación en un asunto o negocio, y es este, justamente, el resultado que el tipo exige".

ROSALES ARTICA, David. *El delito de negociación incompatible con el ejercicio de la función pública*. Lima: Editores del Centro, 2021, pp. 132 y 133.

D 2323 "Primer punto a saber, es definir el término "interesar", como núcleo rector del tipo penal, que toma lugar cuando el funcionario o servidor público se aboca, se compromete o involucra en un aspecto esencial de la contratación administrativa, tendiente a mostrar preocupación por un interés privado, ajeno al de la Administración; el agente muestra una preocupación que va más allá de lo acostumbrado, haciendo por ejemplo, de que los

requerimientos de la contratación se ajusten a los términos comerciales de cierta empresa del rubro".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 668.

D 2324 "Este "interés indebido" puede ser definido como el acto por el cual el funcionario traslada a la Administración Pública requerimientos privados, pretendiendo que el contrato u operación en el que toma parte por razón de su cargo, adopte una determinada configuración en aras de un interés particular o que en él se prioricen intereses particulares".

ROSALES ARTICA, David. "El delito de negociación incompatible en la ley penal peruana". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal.* Tomo 122, Lima: Gaceta Jurídica, agosto de 2019, p. 217.

D 2325 "El verbo rector del tipo penal es el término "interesar" que significa atañer; concernir, incumbir; comprometer o importar algo y, por ello, el agente destina su voluntad a conseguirlo u obtenerlo. Ahora bien, el referido interés no debe ser un interés simple, sino más bien un interés indebido, ilegal, no permitido, lo cual deberá ser verificado y calificado por el juez penal en cada caso concreto, según criterios legalistas".

ENRÍQUEZ SUMERINDE, Víctor. "El delito de negociación incompatible en el marco de la nueva Ley de Contrataciones del Estado". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal.* Tomo 79. Lima: Gaceta Jurídica, enero de 2016, p. 79.

D 2326 "La duda que debe surgir una vez delimitado qué se entiende por "interés indebido" es si este debe tener un carácter patrimonial; es decir, si debe tener como finalidad perjudicar patrimonialmente a la Administración Pública. Al respecto, preliminarmente debe acotarse que en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción en el inciso dos, del artículo tres, se señala que no será necesario que los delitos produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado, por lo que, en principio, el interés indebido en un contrato u operación no debe tener, necesariamente, carácter patrimonial".

QUISPE MEZA, Daniel Simón. "El delito de negociación incompatible: un análisis crítico a través del delito de colusión en su modalidad simple". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal.* Tomo 119. Lima: Gaceta Jurídica, mayo de 2019, p. 124.

J 0364 "El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo tiene como verbo rector del tipo penal el término interesar, que significa "atañer", "concernir", "incumbir", "comprometer" o "importar algo" y, por ello, se destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo; es decir, este importar o interesar es en un contrato u operaciones que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o en favor de otros.

El interesarse indebidamente debe entenderse como un desdoblamiento en el actuar del agente del delito de negociación incompatible, pues, dentro del contexto del contrato u operación en el que interviene, el agente actúa como funcionario representante de la Administración Pública; pero, a la vez, representa intereses particulares, con los cuales pretende sacar un

provecho personal, o a favor de un tercero, y es precisamente este último lo que denota el carácter económico de su accionar y que implica una probable afectación del patrimonio de la Administración Pública.

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 351-2015-Santa, del 11 de enero de 2016, magistrado ponente: Salas Arenas, considerando 3.

J 0365 "En el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, el agente siempre es funcionario o servidor público, de manera especial y particular se compromete, le importa o se interesa en un contrato u operación que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o a favor de terceros; en este sentido, concurren como elementos de la tipicidad objetiva los siguientes: el verbo rector interesar, significa que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, ya sea en el momento de la propuesta, celebración, ratificación, modificación-revocatoria o ejecución del contrato u operación; en provecho propio o de terceros, es decir, que el provecho que pretende obtener el agente del contrato u operación puede ser a favor del propio agente público, o a favor de terceros con los cuales el agente tiene lazos de amistad, familiares o sentimentales, no siendo posible que sean extraños a él; cualquier contrato u operación como objeto del hecho punible, comprende aquellas situaciones en las que la Administración Pública, representada por sus funcionarios, participa y/o interviene como parte contractual, en similar condición, frente a un tercero –sea este una persona natural o jurídica–, mientras que la operación, se entiende como aquellos actos unilaterales que se producen entre la Administración Pública y sus administrados, condicionados a que tales actos, tengan un contenido económico; en consecuencia, es de recibo lo que señala Salinas Siccha, en el sentido que, si los actos que expresan especial interés de parte del agente tienen como destino otros actos administrativos diferentes a los contratos u operaciones no se engloban en la tipicidad del delito por hermenéutica jurídica".

Primera Sala Penal Transitoria. R.N. N° 1328-2011-Puno, del 09 de mayo del 2012, magistrado ponente: Rodríguez Tineo, considerando 6.

J 0366 "(...) podemos afirmar que en este tipo penal el verbo rector viene a ser "interesarse", el cual es entendido como la "injerencia excediendo los parámetros fijados por el cargo o función y orientando los actos hacia finalidades no funcionales (naturaleza indebida del interés); complementaremos este concepto con los señalado por el maestro argentino Carlos Creus, para quien "interesarse es, pues, volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa: querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares o de terceros". Ahora bien, las modalidades de comisión de este ilícito pueden ser: i) Directamente, cuando el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares indebidas al participar como funcionario en un contrato u otra operación estatal; ii) Indirectamente, cuando el agente se interesa en el contrato u operación a través de otras personas que pueden ser particulares u otros funcionarios o servidores públicos; y, iii) Por acto simulado, en este supuesto los contratos u operaciones se realizan con empresas que simulan tener una titularidad o representatividad distintas cuando realmente son de propiedad del agente o están vinculadas a este; es decir, se aparenta un accionar en concordancia con los intereses de

la Administración Pública cuando en realidad se están haciendo prevalecer de manera oculta intereses privados o particulares".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 2641-2011-Lambayeque, del 10 de agosto del 2012, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 6.

J 0367 "Por interés indebido se entiende a aquella situación en que el funcionario tiene un interés que no es el procurar un beneficio para la Administración Pública, por el contrario, este deber es dejado de lado expresamente por él. Al tratarse de un delito de corrupción y entenderse al delito de negociación incompatible en el marco de los delitos de corrupción de funcionarios, resulta claro que el deber quebrantado es la adecuada gestión del patrimonio estatal. El funcionario se encuentra en un conflicto de intereses al actuar, por un lado, tiene el deber de procurar el beneficio de la institución a la que pertenece y por otro el maximizar el interés (propio o de un tercero). La vía a través de la cual este interés indebido se manifiesta es de forma directa, indirecta o a través de un acto simulado. El objeto sobre el cual ha de recaer el interés indebido es el contrato u operación en la que interviene por razón de su cargo".

Sala Penal Permanente. Casación N° 841-2015-Ayacucho, del 24 de mayo del 2016, magistrado ponente: Pariona Pastrana, considerando 36.

J 0368 "La conducta típica de este ilícito penal está constituida por el "interés indebido"; el verbo rector "interesarse", ha sido considerado por el sector mayoritario de la doctrina, como "volcar sobre un negocio, una pretensión de parte no administrativa, querer que asuma una configuración basada en este"; y será indebido, por cuanto, en vez que el funcionario actúe en aras de beneficiar a la Administración Pública; cambia su accionar en pro de su provecho propio o de tercero. Este actuar, no debe ser entendido como "parcializarse" por una de las partes, sino que debe interpretarse como una actuación dirigida a beneficiarse, mediante la intervención en determinado contrato, realizando conductas concretas, interviniendo a su favor en la obra que esté a cargo".

Segunda Sala Penal Permanente. Casación N° 231-2017-Puno, del 14 de septiembre de 2017, magistrado ponente: Cevallos Vegas, considerando 16.

J 0369 "Desde la acción típica, el interés indebido –directo o indirecto–, entendido siempre económicamente a tono con el objeto del tipo penal –incluso de su fuente argentina, artículo 265 originario del Código Penal–, importa de parte del agente oficial un aprovechamiento del cargo –un acto de injerencia– para hacer prevalecer los intereses particulares (propios o ajenos) frente a los intereses de la Administración. Su contenido es volcar sobre el negocio de que se trate, en cualquiera de sus fases (actos preparatorios, ejecución o liquidación del contrato) y, claro, puede incluir un ámbito muy variado de expresiones prácticas [Salinas Siccha, Ramiro: *Delitos contra la Administración Pública*, 3ra. edición, Editorial Grijley, Lima, 2014, p. 567], una pretensión de parte no administrativa, sin perjuicio de la concurrencia, o no, del interés de la Administración Pública a la cual el funcionario público debe dar preminencia en función del cargo que ocupa. 6. El agente oficial hace intervenir en el contrato u operación un interés propio y particular, se sitúa ante ellos no solo como funcionario, sino, conjuntamente, como particular interesado en una determinada decisión o actuación de la administración.

El interés indebido, como afirma Creus, es situarse ante el contrato u operación administrativa no solo como funcionario, sino, conjuntamente, como particular interesado en una determinada decisión o actuación de la administración –por eso se habla de un desdoblamiento del agente–. Interesarse es volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa; querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto, o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares del tercero [Creus, Carlos: *Derecho Penal - Parte Especial*, Tomo dos, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 299]".

Sala Penal Permanente. Casación N° 180-2020-La Libertad, del 07 de diciembre de 2020, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 5.

- **Formas en que se puede manifestar el interés indebido**

D 2327 "La conducta típica del delito de negociación incompatible requiere que el funcionario público competente se interese indebidamente en un con trato u operación con el fin de obtener un provecho propio o para tercero. Es evidente que, a diferencia del delito de colusión, el tipo penal no exige un concierto, pacto o acuerdo entre el funcionario público con un tercero. No se trata, por tanto, de un delito de participación necesaria. Lo decisivo es que el funcionario público demuestre un interés indebido en un contrato u operación a su cargo.

El tenor del tipo penal de negociación incompatible ha determinado que esta intervención del funcionario público se puede dar en tres modalidades: directa, indirecta o mediante un acto simulado. Como lo señala la doctrina nacional, habrá interés directo cuando el funcionario directamente muestra un interés directo sobre un determinado contrato u operación, sin que medie la participación de otra persona, mientras que habrá interés indirecto cuando el funcionario público requiere la participación de terceros para lograr concretar el interés indebido en un contrato u operación: puede tratarse de particulares como de otros funcionarios públicos".

ÁLVAREZ DÁVILA, "El injuto típico en el delito de negociación incompatible: una visión a los aspectos problemáticos del tipo penal y su relación con otras formas de corrupción". En: GARCÍA CAVERO, Percy y VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (directores). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2020, pp. 115 y 116.

J 0370 "El Código Penal, establece tres formas en que se manifiesta el interés indebido: a) Directamente, que significa que el sujeto activo, exteriorice su interés mediante conductas activas, actos externos y objetivos. b) Indirectamente, se produce cuando el sujeto activo, realiza su conducta a través de otras personas o intermediarios. c) Por acto simulado, en este supuesto el agente, aparenta que su accionar es imparcial y en pro de la Administración Pública, cuando no es así realmente".

Segunda Sala Penal Permanente. Casación N° 231-2017-Puno, del 14 de septiembre de 2017, magistrado ponente: Cevallos Vegas, considerando 18.

- **El interés indebido puede ser en favor propio o de terceros conocidos o desconocidos para el autor**

D 2328 "El provecho que pretende el agente del contrato u operación puede ser a favor del propio agente público, o a favor de terceros, con los cuales el agente tiene lazos de amistad,

familiares o sentimentales. No es necesario exigir, sin embargo, que los terceros favorecidos sean cercanos al funcionario o que se sostenga que no es posible que los funcionarios sean extraños a él. La ley no requiere alguna particularidad en especial respecto a quien puede ser el tercero favorecido (v. gr., familiares, amigos, vecinos, etc.). El hecho de que comúnmente el funcionario tienda en la mayoría de casos a favorecer a conocidos o a personas de su círculo más cercano no quiere decir que este elemento fáctico, o que se obtiene de la realidad, forme parte de la tipicidad o que sea un criterio normativo estricto. De sostenerse la exigencia de que es necesario conocer o tener un trato cualquiera con el proveedor debería conducir a plantear como un caso de atipicidad de aquellos supuestos en los que el funcionario no se encuentre vinculado o siquiera conozca de alguna forma al tercero contratista, cuestión, por lo demás, completamente absurda.

Es posible que el tercero favorecido sea una persona, natural o jurídica, completamente ajena, desconocida y sin trato previo con el funcionario y en estas circunstancias darse por probado el injusto penal referido a la negociación incompatible. Por ejemplo, basta pensar en el funcionario que por venganza con el rato o remuneración que recibe de la administración favorece a un desconocido o el caso también del funcionario que promueve la contratación de una mujer bella con la esperanza de poder cortejarla e iniciar una relación luego de que ingrese a trabajar en la dependencia pública".

CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de negociación incompatible*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 23-24.

D 2329 "El agente activo del delito opera con el objetivo de obtener un beneficio o provecho como resultado de la operación o el contrato celebrado con la Administración Pública. Sin embargo, el beneficiado final puede ser el funcionario o servidor público que infringió su deber especial, como sería lógico que suceda, pero también puede ser un tercero, sin que sea necesario que este haya colaborado con los actos delictivos.

Cuando el tipo penal se refiere a terceros, no debe entenderse como que estos puedan ser cualquier persona distinta del sujeto activo, sino que necesariamente deben tener alguna vinculación con el sujeto público. Es imposible que el agente se interese de modo particular en obtener un provecho a favor de terceros extraños a él".

ENRÍQUEZ SUMERINDE, Víctor. "El delito de negociación incompatible en el marco de la nueva Ley de Contrataciones del Estado". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 79. Lima: Gaceta Jurídica, enero de 2016, pp. 81 y 82.

- **El interés indebido del funcionario o servidor público debe darse dentro de un proceso de contratación u operación estatal**

D 2330 "La noción de contrato debe entenderse en sentido técnico, de la mano de los criterios que se manejan en el derecho privado y el derecho público. No interesa la forma particular del contrato, como su modalidad, tiempo de duración, sujetos intervinientes. Tampoco es relevante la materia o el carácter del mismo. Solo debe tratarse de un contrato de derecho público o un contrato estatal.

Sin embargo, debe tratarse de contratos en donde, por lo menos, una de las partes es una entidad pública, situación que difiere –y no se comprende en el contexto de tutela del bien jurídico– de los casos en donde lo único que hay es un interés público, pero en el que no se verifica

que una de las partes sea el Estado, v. gr., contrato entre particulares. El interés público en un contrato no es condición suficiente para la configuración del delito de negociación incompatible. Resulta esencial que de algún modo intervenga la administración y sobre esta base el funcionario se interese.

Los contratos que la entidad pública promueve o suscribe pueden orientarse para beneficiar a una persona natural o a una persona jurídica, v. gr., sociedades mercantiles; ya sea de derecho privado o de derecho público, se encuentren o no inscritas regularmente. Es irrelevante si el contrato se firma con una entidad nacional o del extranjero".

CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de negociación incompatible*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 58.

D 2331 "Por otro lado, puede que el objeto del contrato verse sobre bienes muebles o bienes inmuebles, se refiera a locación de servicios, arrendamientos, préstamos, compraventa, abarque subastas, licitaciones, concursos públicos, adjudicaciones directas, etc. No basta que el funcionario con su intervención posea una expectativa de lucro. Es necesario que el contrato o la operación posean un carácter económico.

Como ejemplos de contratos sobre los que puede recaer el delito de negociación incompatible se citan: la contratación de consultores, un contrato de permuta de terreno, la adquisición de medicinas para un hospital un contrato de locación de servicios profesionales (v. gr., contratación de dos médicos gastroenterólogos en un hospital), un contrato de suministro, la contratación de servicios de fotocopiado, la adjudicación para la fabricación y colocación de un escudo y logo hecho en cobre dentro del proyecto de "mejoramiento y mantenimiento de fachada municipal", contrato de bienes y servicios para la adquisición de insumos para el programa de vaso de leche, contrato del servicio de refrigerio.

Junto a la referencia al contrato, la ley alude también a cualquier operación. Con ello se busca ampliar de manera adecuada las posibles áreas punibles en las que puede desplegar su actividad el funcionario público, habida cuenta de que su intervención e interés no se limita necesariamente a los contratos, sino a otra serie de actos jurídicos de innegable valor e importancia. En efecto, hay casos en los que resulta sumamente discutible que se haya contratado, v. gr., expropiación, secuestro, embargo, incautación de bienes, decomiso, etc.

La diferencia entre el contrato y la operación es que en esta última hay por lo general una voluntad unilateral del Estado y no un acuerdo de voluntades como en el contrato. (...).

No es necesario que el contrato u operación llegue a producirse, que se ejecute, que cause perjuicio al Estado o que, incluso, haya tratativas de los terceros con la administración. Basta que el funcionario se interese y promueva un interés particular.

Por la vigencia irrestricta del principio de legalidad solo es posible cometer el delito de negociación incompatible si es que el interés indebido se manifiesta en un contrato u operación. Cualquier otro acto administrativo o decisión en la que se interesa el funcionario público cae fuera del ámbito de dominio de la infracción penal. En pocas palabras: los actos administrativos o toda clase de actos estatales que no son ni contratos ni operaciones no pueden ser considerados como objeto de acción del delito de negociación incompatible, v. gr., resoluciones de alcaldía, proyectos de ley etc.".

CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de negociación incompatible*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 59-61.

J 0371 "(...) Este delito, en cuanto al objeto del interés, comprende toda modalidad de contratación pública para las adquisiciones, de bienes o servicios, que tiene a su cargo el Estado [véase, respecto de la concepción de este delito: Álvarez Dávila, Francisco: *El injusto típico en el delito de negociación incompatible*. En: V Convención de Derecho Público, Universidad de Piura, Facultad de Derecho, Editorial Palestra, Lima 2018, pp. 59 y ss. *Injusto típico en el delito de negociación incompatible Una visión a los aspectos problemáticos del tipo penal*, Editorial Ideas, Lima, 2020, en prensa]".

Sala Penal Permanente. Casación N° 396-2019-Ayacucho, del 09 de noviembre de 2020, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 2.

- El interés indebido puede configurarse en cualquier etapa del proceso de contratación estatal

D 2332 "El delito puede cometerse en cualquier etapa del contrato o la operación, por ejemplo, desde que se preparan las bases, el presupuesto, el cronograma de adjudicación hasta que se han cumplido totalmente las cláusulas del contrato u operación, pasando por la apertura de sobres o asignación de un determinado puntaje. Incluso, algunos autores extienden la posibilidad comisión al inicio de los estudios de factibilidad, la proyección de los resultados, etc. El delito de negociación incompatible no puede cometerse cuando el contrato estatal se ha extinguido o se ha cumplido completamente.

Por ello, el interés que se revela a través de actos objetivos puede darse, ya sea:

i) En la etapa de la negociación del contrato o la operación [v. gr., solicitando que se acepa la propuesta del postor, se le rinde información privilegiada, se rechace la propuesta de los demás participantes, recibir los requerimientos, elaborar la solicitud de requerimiento, eligiendo al proveedor de acuerdo a la cotización que presentaba y dar el visto bueno para que la propuesta sea elevada a sus superiores jerárquicos]. En estos casos el autor interviene en las tratativas y a través de otros actos, condicionando interesadamente la voluntad negocial de la administración.

ii) Duramente la suscripción del contrato o de la operación [agilizando poderosamente los trámites, dando indicaciones a los funcionarios, etc.].

iii) En la ejecución del contrato u operación [v. gr., ampliando los plazos de cumplimiento de las prestaciones, solicitando que se reciba productor de menor calidad a los acordados].

iv) En la liquidación de los mismos [v. gr., pago adicional por servicios, pedir que no se consignen omisiones o se formulen observaciones la obra]".

CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de negociación incompatible*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 41-43.

J 0372 "El delito puede cometerse en cualquier etapa del contrato o la operación, por ello el interés que se revela a través de actos objetivos puede darse en la etapa de negociación, durante la suscripción, en su ejecución o en la liquidación del contrato u operación".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 351-2015-Santa, del 11 de enero de 2016, magistrado ponente: Salas Arenas, considerando 3.

- Si las etapas del proceso de contratación estatal ya culminaron el agente no puede incurrir en el delito de negociación incompatible

D 2333 "El acto por el cual se refleja el interés del funcionario debe producirse necesariamente dentro de un ámbito estrictamente temporal, mientras se encuentra vigente el acto o la operación, ya sea preparándose o ejecutándose; de tal forma que cuando hay un interés en un acto inexistente o en un acto que ya culminó, cerró o se canceló, no puede haber ni tentativa, ni delito consumado de negociación incompatible".

CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de negociación incompatible*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 140.

- El contrato o la operación estatal deben ser legítimos

D 2334 "La opinión mayoritaria se inclina por exigir que el acto sea formalmente legítimo. Si el acto es ilegítimo no se estaría ente un acto de la Administración Pública, por lo que es irrelevante si está conexo con otro acto simultáneo y legítimo de la misma administración. Se anota que si el contrato u operación no es legítimo el funcionario responderá por otros delitos. Ello ocurre con la venta oculta de bienes públicos, el desvío de fondos públicos para cumplir con intereses distintos a los inicialmente programados. La incompatibilidad de las funciones presupone que la actividad administrativa sea lícita, v. gr., no comete delito quien se interesa por un contrato que viola, por ejemplo, la ley del presupuesto".

CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de negociación incompatible*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 63.

D 2335 "Adicionalmente a esto, respecto del contrato u operación se debe tener en cuenta que es necesario que sean negocios jurídicos legítimos. Si, por el contrario, nos encontramos ante actos ilegítimos, el funcionario público habrá cometido otros delitos, pero no el de negociación incompatible; en palabras de Creus (1999): "aquí no se sancionan negocios prohibidos, sino negocios incompatibles" (p. 301)".

ROSALES ARTICA, David. "El delito de negociación incompatible en la ley penal peruana". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 122, Lima: Gaceta Jurídica, agosto de 2019, p. 222.

- La conducta típica del delito de negociación incompatible no se puede configurar a través de la figura de la omisión

J 0373 "Para decidir si una conducta omisiva puede llegar a ser estructural y normativamente equivalente a la realización activa del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, es de establecer si cabe la transgresión de los roles especiales de negociación y representación pública de los funcionarios y servidores públicos a través de la omisión; que no existe una actuación omisiva que pueda corresponderse con el elemento de la transgresión de la legalidad del ejercicio funcional exigido en el tipo penal aludido, pues si un miembro del comité especial omite un acto de su función podrá ser responsable por omisión de deberes funcionales, pero no por delito de negociación incompatible".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 661-2009-Lima, del 10 de marzo de 2010, magistrado ponente: Santa María Morillo, considerando 5.

- Modalidades de la conducta típica del interesarse indebidamente

  - El interesarse de manera directa

D 2336 "Implica que el funcionario de manera personal manifiesta sus pretensiones o los intereses que promueve a través de actos externos y objetivos, ya sea en el momento de la propuesta, celebración, ejecución o liquidación del contrato. Solo puede cometerse mediante una conducta activa. La omisión no prospera en este ámbito".

CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de negociación incompatible*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 64.

  - El interesarse de manera indirecta

D 2337 "Se produce cuando se utiliza a otras personas para la promoción o favorecimiento de los intereses particulares. No interesa si son funcionarios públicos o particulares. No es necesario que los terceros reciban una determinada utilidad o ventaja".

La manera como el autor del hecho se interesa a través de un tercero no es relevante para la tipicidad del comportamiento. Asimismo, no es relevante el modo como convence, influye o logra que el tercero (funcionario o no) intervenga de algún modo en el contrato u operación, ya sea a nivel de la negociación, suscripción, ejecución o liquidación del contrato. Puede lograrse a través de una dádiva, un ofrecimiento (legal o ilegal, moral o inmoral), por amistad o por simple influjo psíquico.

Dichos intermediarios –en especial, los particulares– poseen la condición de cómplices y no de autores por más importancia y peso que tenga su aporte. A ello se agrega que interesarse indirectamente también comprende el hecho de que se posea un interés de obtener un beneficio indirecto. (...).

El disvalor del acto se mantiene tanto cuando el funcionario se interesa de manera directa como cuando actúa por intermedio de otra persona. Incluso, dada la modalidad comisiva y la valoración objetiva de la conducta es posible afirmar que esta última forma de acción reviste mayor gravedad del injusto, en la medida que intervienen una pluralidad de agentes, se demuestra una actuación coordinada y la actuación a través de una tercera persona obedece, en la generalidad de casos, al deseo de no comprometerse y obtener la impunidad.

El interés que se lleva a cabo a través de un tercero no necesariamente implica una hipótesis de testaferrato, o de obligatoria participación criminal, o que se obre con un mismo interés. Incluso, no es necesario que el tercero tenga una existencia física real. Puede tratarse de persona con nombre simulado o inexistente.

Sin embargo, debe distinguirse el hecho de que el funcionario "coloque" a un tercero en un proceso de contratación, por ejemplo, como proveedor o contratista y otra cosa muy distinta es que el tercero (o el funcionario) se interese de manera indebida en el proceso de contratación. El hecho de que el funcionario logre que una empresa o cualquier persona natural o jurídica se presente a un determinado proceso de contratación no quiere decir, sin más y automáticamente, que se ha cometido el delito de negociación incompatible.

El funcionario puede recomendar, convencer o influir que una persona, jurídica o privada (v. gr., postor cumple determinados requisitos y condiciones, etc.), se presente para intentar

contratar con el Estado, pero ello no significa que se ha cometido el delito de negociación incompatible si es que se logra (o no) sellar el pacto contractual entre el Estado y el tercero. El delito no se consuma ni se comete cuando el funcionario busca que determinada persona se presente o participe en el proceso de contratación estatal concreto, situación que no tiene mayor relevancia penal siempre que se someta a un proceso de contratación transparente, público y con todas las garantías. La ley penal lo que quiere evitar con el delito de negociación incompatible es que el funcionario intervenga, se interese indebidamente o pretenda "torcer" la voluntad estatal en un proceso de contratación para favorecer a un tercero".

CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de negociación incompatible*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 65-67.

- El interesarse mediante acto simulado

D 2338 "El acto simulado es aquel que se caracteriza por una voluntad discrepante de la voluntad real, expresada objetivamente y que tiene como fin producir la sola apariencia de un negocio jurídico u ocultar mediante un acto el hecho que verdaderamente existe o se quiere.

La simulación puede ser absoluta o relativa. La primera se da cuando hay apariencia total del negocio, y la segunda cuando el negocio simulado sirve para ocultar el verdadero. No interesa que la simulación verse sobre un negocio público o un negocio privado, siempre que sea el medio idóneo para la ejecución o consumación del delito.

Se comprende en esta variante típica los actos realizados directa o indirectamente por el funcionario pero que aparentan una determinada realidad o cierta situación. Se busca que el ¿acto tenga una apariencia o una virtualidad distinta a 1o que a primera vista parece, v. gr., se hace participar de un concurso público a una persona jurídica inexistente, además, se interesa en el contrato que puede favorecerla.

No es necesario que el acto simulado sea de carácter administrativo o vinculado a cualquiera rama del Derecho, v. gr., cursar un oficio donde se informa al presidente del comité de adjudicaciones de un ascenso luego del resultado de la licitación. Puede tratarse también de actos que se revelan con una finalidad particular, pero que esconden una intención firme, v. gr., invitación inédita a un viaje al extranjero, etc. (...).

Hay simulación cuando el funcionario para favorecer a una empresa en una licitación crea una tercera empresa de fachada para dar la imagen de una supuesta, pero inexistente competencia y así cumplir con las bases establecidas".

CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de negociación incompatible*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 68-69.

3. Tipicidad subjetiva

- **El delito de negociación incompatible es un tipo penal doloso**

D 2339 "El delito de negociación incompatible se castiga a titulo de dolo. Para afirmar que hay dolo es necesario imputar al funcionario estatal el conocimiento que ha abusado de su posición para interesarse indebidamente en un contrato u operación en el que interviene.

Como ya se ha indicado en los párrafos precedentes, la imputación de la sola infracción de un deber de abstención o una intervención en una situación de conflicto de intereses no será suficiente para afirmar la tipicidad de la conducta. Dado que el delito de negociación incompatible presupone la existencia de un interés y de un prevalimiento del cargo, se admitiría el dolo directo y el dolo eventual".

ÁLVAREZ DÁVILA, "El injuto típico en el delito de negociación incompatible: una visión a los aspectos problemáticos del tipo penal y su relación con otras formas de corrupción". En: GARCÍA CAVERO, Percy y VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (directores). *Delitos contra la Administración Pública.* Lima: Ideas, 2020, p. 131.

D 2340 "La punición del delito contemplado en el artículo 399 del CP, se encuentra subordinado al dolo del agente, conciencia y voluntad de realización típica; el autor se interesa de un contrato u operación, que está interviniendo en razón del cargo, en provecho propio o de tercero sabiendo que se trata de una conducta indebida (ilegal)".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 674.

D 2341 "El hecho punible de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo es netamente doloso, no cabe la comisión por culpa. La configuración subjetiva de la conducta ilícita requiere o exige que el funcionario o servidor público actúe con conocimiento que tiene el deber de lealtad y probidad de celebrar contratos o realizar operaciones en representación y favor del Estado; no obstante, voluntariamente actúa evidenciando interés particular con el firme objetivo de obtener un provecho indebido para sí o para un tercero con el cual lógicamente tiene alguna vinculación".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* 5ª. Lima: Iustitia, 2019, p. 577.

D 2342 "La configuración subjetiva de la conducta ilícita exige que el funcionario o servidor público actúe con conocimiento de que tiene el deber de lealtad y probidad de celebrar contratos o realizar operaciones en representación y favor del Estado. Se deduce, entonces, que el delito de negociación incompatible es una infracción dolosa, admitiéndose el dolo directo y el dolo eventual, pero no la comisión imprudente o culposa, de acuerdo al artículo 12 del Código Penal".

ENRÍQUEZ SUMERINDE, Víctor. "El delito de negociación incompatible en el marco de la nueva Ley de Contrataciones del Estado". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal.* Tomo 79. Lima: Gaceta Jurídica, enero de 2016, p. 87.

- Configuración del error de tipo

D 2343 "El error de tipo en la negociación incompatible se presenta cuando el funcionario ignora o desconoce uno o todos los elementos del tipo objetivo. Por ejemplo, puede desconocer que ha sido designado funcionario público y antes de dicho acto muestra su interés en un contrato o en una operación.

Si el funcionario cree o considera que su intervención no es indebida, como establece la ley, sino que su interés es debido estaremos frente a casos de error de tipo y no frente a un error de prohibición".

CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de negociación incompatible*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 110.

4. Autoría y participación

- **En tanto es un delito de infracción del deber el autor solo puede serlo el sujeto cualificado**

D 2344 "Con relación al sujeto activo, el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido, según la tesis de los delitos de dominio, resulta ser un delito especial propio, toda vez que, el tipo penal exige un agente delictual cualificado, esto es, funcionario o servidor público, por lo tanto, dicha condición especial, restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente o paralelo.

Por otro lado, desde una perspectiva normativa, el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido, respecto a la conducta, resultaría ser un delito de infracción de deber, por cuanto, el supuesto de hecho contiene una institución, esto es, Administración Pública, la misma que alberga un deber especial impuesto en el agente delictivo, el mismo que fundamentaría el injusto penal, por lo tanto, sobre el sujeto activo existe un rol especial, obligándolo a tener un deber de salvamento frente al bien jurídico tutelado".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacifico, 2018, p. 772.

D 2345 "El primer peldaño a tener en cuenta es determinar en qué clase de delito especial se sitúa el delito de negociación incompatible. Esto es, ¿es un delito especial propio o impropio? Al respecto, la doctrina hace muchos años enseñó que, si existe un delito común paralelo al especial, entonces, es un delito especial impropio. Por el contrario, ante la ausencia de un delito común, en consecuencia, nos encontraremos ante un delito especial propio. Justamente, en virtud de tales consideraciones, el delito de negociación incompatible se ubica en este último supuesto, es decir, es un delito especial propio.

Pero, ¿en qué reside la importancia de tal o cual diferencia? En que en los delitos especiales propios no se admite la intervención de un tercero (al menos esa es la regla que se considera en este espacio), por su parte en los impropios sí. No solamente eso, en los delitos propios su injusto tiene como base la cualidad especial, mientras que en los delitos impropios la cualidad especial solo agrava el injusto que ya existe (delito común)".

GONZALES ORBEGOSO, Alexander. "Delito de negociación incompatible en las contrataciones del Estado. Lo que no se dijo en la Casación N° 841-2015-Ayacucho)". En: *Actualidad Penal*. Tomo 35. Lima: Instituto Pacífico, mayo de 2017, p. 170.

D 2346 "Se trata de un delito especial, ya que solo puede ser cometido por un sujeto especialmente calificado, como es un funcionario o servidor público que intervenga en los

actos preparatorios o ejecutivos de un contrato administrativo u otra operación. Pero, además, se exige una vinculación funcional específica, puesto que el contrato u operación tiene que pertenecer a la competencia funcional del autor; o sea. tiene que ser un negocio en el que el funcionario deba –o por lo menos pueda– formalmente, desplegar una actividad funcional que integre los niveles decisorios o sirva para completar legalmente el acto".

RÉATEGUI SÁNCHEZ, James. *El delito de negociación incompatible y de patrocinio ilegal de intereses privados*. Lima: Lex & Iuris, 2016, p. 35.

D 2347 "Finalmente, para la realización de la conducta típica se requiere que el funcionario actúe "por razón de su cargo". Así, según el Recurso de Nulidad N° 253-2012, del 13 de febrero del 2013:

> (...) no es suficiente para la configuración de este tipo penal [negociación incompatible] que el sujeto activo del delito tenga solo la condición especial de funcionario o servidor público, ya que es necesario que el agente cuente con las facultades y competencias para intervenir en los contratos o las operaciones; es decir, posea el poder y la competencia para participar en una contratación u operación. De tal manera que lo que determina la condición del autor no es tanto la calidad de funcionario o servidor, sino la intervención en los actos jurídicos regulados por la ley en razón del cargo".

QUISPE MEZA, Daniel Simón. "El delito de negociación incompatible: un análisis crítico a través del delito de colusión en su modalidad simple". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 119. Lima: Gaceta Jurídica, mayo de 2019, p. 125.

J 0374 "El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, previsto y sancionado en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, exige como conducta típica que el sujeto activo se interese por un contrato u operación en que interviene, en razón de su cargo, el cual puede ser de manera directa o indirecta; sin embargo no podrá ser autor cualquier funcionario o servidor público, si es que no posee facultades de decisión o manejo de las negociaciones u operaciones como cometido de sus funciones por razón del cargo. Cabe precisar, que nos encontramos ante un delito de infracción de deber, pues junto al ámbito de los deberes negativos, *neminen laede*, de los deberes de no lesionar a otras personas mediante la configuración de la organización propia, existen deberes positivos para la mejora de la situación de otros o para la realización de instituciones estatales; se trata de deberes de establecer un mundo en común –al menos parcialmente– con un beneficiario. Es necesaria una expectativa de que las instituciones elementales funcionen ordenadamente; esta expectativa tiene un contenido positivo, es decir, que las instituciones estén en armonía con las esferas de organización de los individuos singulares. Estos deberes y expectativas tienen un contenido positivo y específico, y como presupuesto, necesariamente, un autor que desempeñe un rol especial; es decir, son titulares de un status especial".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 1024-2013-Ica, del 23 de octubre de 2013, magistrado ponente: Rodríguez Tineo, considerando 3.

J 0375 "Que el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, previsto y sancionado en el artículo 399 del Código Penal, exige como conducta típica

que el sujeto activo debe interesarse por un contrato u operación en que interviene en razón o por su cargo, siendo este interés de manera directa o indirecta; sin embargo, (...) no podrá ser autor cualquier funcionario o servidor público, si es que no posee facultades de decisión o de manejo de las negociaciones u operaciones como cometido de sus funciones por razón del cargo. Cabe precisas, además, que nos encontramos ante un delito de infracción de deber, pues junto al ámbito de los deberes negativos, *neminen laede*, de los deberes de no lesionar a otras personas mediante la configuración de la organización propia, existen deberes positivos para la mejora de la situación de otras personas o para la realización de instituciones estatales, se trata de deberes de establecer un mundo en común – al menos parcialmente– con un beneficiario; es necesaria una expectativa de que las instituciones elementales funcionen ordenadamente. Esta expectativa tiene un contenido positivo, es decir, que las instituciones están en armonía con las esferas de organización de los individuos singulares. Estos deberes y expectativas tienen un contenido positivo y específico, tienen como presupuesto, necesariamente, un autor que desempeñe un rol especial, es decir, son titulares de un *estatus* especial".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 722-2013-Tacna, del 01 de agosto del 2013, magistrado ponente: Rodríguez Tineo, considerando 3)

- **Los sujetos que, sin tener competencia legal, intervengan en la realización del delito de negociación incompatible tendrán la condición de partícipes**

D 2348 "Resulta evidente que, en los delitos de negociación incompatible como cualquier otro delito contra la Administración Pública, pueden intervenir múltiples personas, ubicados en distintos puestos o momentos, en el evento delictivo, incluso personas que no tienen la calidad de funcionarios o servidores públicos, pero que coadyuvan a la realización del acto incompatible. En tal sentido, estas personas que colaboran –dolosamente– en la realización del delito de negociación incompatible; y si bien no tienen la calidad especial de funcionarios o servidores públicos, son igualmente responsables porque tienen la calidad de cómplices *extraneus* (artículo 25 del Código Penal), y prestaron colaboración en la realización del delito de negociación incompatible".

RÉATEGUI SÁNCHEZ, James. *El delito de negociación incompatible y de patrocinio ilegal de intereses privados*. Lima: Lex & Iuris, 2016, pp. 35 y 36.

D 2349 "Los particulares que intervienen en los contratos o en las operaciones por más que tengan un aporte esencial en la configuración del hecho llegan a ser únicamente partícipes [instigadores o cómplices], pero nunca autores. Ello a pesar de que, por ejemplo, sean los únicos beneficiados con el contrato o la operación o sean los principales interesados en la ejecución y perfeccionamiento de estos.

Sin embargo, la ley expresamente señala que no basta con ostentar objetivamente el cargo de funcionario público para poder hablar de autor en el delito de negociación incompatible. Es necesario que dicho funcionario cuente, en muchos casos, con las facultades y competencias para intervenir en los contratos o las operaciones, es decir, posea el poder y las competencias para participar en una contratación u operación. De tal manera, que lo que determina la condición de autor no es tanto la calidad de funcionario como la intervención en los actos jurídicos

regulados por la ley en razón al cargo. Se trata, por tanto, de un abuso funcional, ya que no es suficiente para cometer la infracción el contar con la calidad del funcionario público".

CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de negociación incompatible*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 36 y 37.

- Complicidad primaria

D 2350 "En la negociación incompatible es cómplice primario la persona que actúa como intermediario interesándose, o conociendo el interés de otro, en el contrato u operación, salvo que se trate de funcionario público que obra en ejercicio de funciones y tiene una injerencia directa en la negociación o la celebración de los actos jurídicos. También es posible la complicidad por coacción, siempre que esta no revista gravedad. La parte beneficiada por el contrato en la medida que haya coordinado, se haya puesto de acuerdo o simplemente si está al tanto de las gestiones del funcionario puede ser considerada como cómplice".

CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de negociación incompatible*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 121.

D 2351 "No es necesario que el cómplice sea funcionario público. Puede tratarse de un particular (v. gr., proveedor). Por tanto, no es necesario que el cómplice haya tenido una relación contractual con la Administración Pública o que haya sido funcionario público. Sin embargo, distinto es el caso en el que se imputa a un funcionario público el haber favorecido (cómplice) a una empresa en un concreto proceso de contratación, durante el tiempo que ejerció el cargo (secretario técnico) y en el que luego se demuestra que el funcionario en dicha época no laboraba en la entidad pública.

Los actos de colaboración pueden ser de naturaleza material o psíquica. En caso el acto de participación provenga de un funcionario público no es necesario que pertenezca al mismo sector de la administración en el que se desarrolla el acto o la operación.

No puede permitirse la calificación de partícipe automático al tercero cuyo nombre se invoca falsamente, ni al particular que contrata con la entidad estatal, dado que pueden mantenerse al margen de la negociación incompatible. Asimismo, carece de esta calificación el acto por el cual el funcionario interviene como autenticador, homologador o protocolizando un determinado actor.

No es necesario que haya un acuerdo de voluntades entre el contratista (o el operador) y el funcionario que interviene en razón a su cargo. La ley no exige en absoluto para el perfeccionamiento de la infracción que medie un convenio previo entre el funcionario y los beneficiarios directos con los contratos y/o operaciones.

Será cómplice aquel que presta su apoyo o colaboración al funcionario que se interesa indebidamente en la contratación conociendo que existe un interés económico del funcionario público, aun cuando no se posea un elemento subjetivo especial como es el interesarse. El interesarse es una exigencia típica propia del autor, dicho elemento no requiere que concurra en el cómplice, quien puede o no tener interés en el proceso de contratación.

El cómplice tiene que conocer que el funcionario público se interesa, de manera directa o indirecta, en un proceso de contratación específico y que ese interés es, además, indebido. No basta con verificar de manera objetiva un aporte causal del supuesto cómplice y que con su

conducta ha facilitado o ayudado a la comisión del delito de negociación incompatible o de cualquier otro delito. Resulta indispensable probar y justificar el comportamiento doloso del cómplice de manera adecuada y suficiente. Se habla aquí la necesidad de verificar un doble dolo en el cómplice".

CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de negociación incompatible*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 123 y 124.

- **La instigación en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo**

D 2352 "Por otro lado, de la figura de la inducción, recogida en el artículo 24 del CP, se desprende que el sujeto instigador no posee ni detenta el dominio del hecho, el cual es ejercido por el autor (o autor mediato, de darse el caso). Instigar implica impulsar, determinar o motivar la comisión de un delito. De manera unánime se reconoce por la doctrina, la existencia de una influencia psicológica sobre el autor, como mecanismo generador de la decisión criminal, siempre que no haya nacido previamente en este, tal determinación.

De lo expuesto, se califica como instigador del delito de aprovechamiento indebido de cargo a aquel individuo *extraneus* (tercero particular o funcionario), que determina o hace surgir en el funcionario la idea criminal de interesarse indebidamente en un contrato u operación en que interviene, ya sea mediante presión o persuasión".

LÓPEZ ARENAS, Magaly. "Algunas consideraciones en torno al delito de aprovechamiento indebido del cargo". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 115. Lima: Gaceta Jurídica, enero de 2019, p. 104.

5. Tentativa y consumación

- **El delito de negociación incompatible es un delito de peligro**

D 2353 "[E]l delito de negociación incompatible es un delito de peligro porque se anticipa a otros delitos de corrupción de funcionarios como sería el delito de cohecho, y en su redacción típica no indica un resultado lesivo específico a la credibilidad, imagen, veracidad o transparencia de las operaciones o contratos estatales".

GARCÍA LEÓN, Godofredo André. "El delito de negociación incompatible: seis problemas en la jurisprudencia". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 115, Lima: Gaceta Jurídica, enero de 2019, p. 85.

D 2354 "El interés que muestra el agente, puede ser para provecho propio o para un tercero, en el último caso debe verificarse la relación que ha de subyacer entre ambos, para dar por configurado el tipo penal. Elemento en cuestión que no condiciona la realización típica, a un efectivo aprovechamiento del sujeto activo, en cuanto a la obtención de una ventaja económica o de otra índole, debemos recordar que el tipo penal de negociación incompatible con el cargo es de peligro y no de resultado, por lo que no se trata de un delito de enriquecimiento".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 670.

D 2355 "La figura delictiva, entonces, no requiere para su perfección material de un resultado, sino que basta que el autor encause su conducta más allá del riesgo permitido, poniendo en peligro la imparcialidad y objetividad de la Administración, en la contratación pública que entabla con los particulares configurando un delito de peligro".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 672.

D 2356 "[E]l delito aludido resulta ser un delito de mera actividad, por cuanto, exige para efectos consumativos, el solo interés por parte del sujeto cualificado en una contratación u operación en la cual participa en razón del cargo, interés indebido que opera a favor del agente delictual o de un tercero. Por otro lado, el delito analizado resulta ser un delito de peligro abstracto, es decir, la técnica de redacción, busca la posibilidad de adelantar la barrera de punibilidad por criterios de política criminal preventiva, utilizándose una técnica *ex ante*, propia de los delitos aludidos".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacifico, 2018, p. 776.

D 2357 "Para la consumación del delito no se requiere que el contrato o la operación en los cuales se interesa el agente se lleguen a concretar, es decir, se celebren o realicen, pues basta el mero hecho de haberse evidenciado un interés indebido de por medio. Tampoco será necesario para la consumación que se haya causado algún tipo de perjuicio al Estado (sea patrimonial o no) con la celebración o el cumplimiento del contrato u operación, incluso puede existir ventaja para el Estado; es decir, se trata de un delito de simple actividad y de peligro, donde se castiga el interés tendencioso e ilícito del funcionario o servidor".

ENRÍQUEZ SUMERINDE, Víctor. "El delito de negociación incompatible en el marco de la nueva Ley de Contrataciones del Estado". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 79. Lima: Gaceta Jurídica, enero de 2016, p. 88.

D 2358 "En cuanto a la tentativa en este tipo penal, se entiende que, como no se exige para verificarse el delito que el sujeto activo o un tercero efectivamente se hayan beneficiado con la operación contractual, ya que basta con probar el interés del funcionario o servidor público, las formas imperfectas de ejecución delictiva, como la tentativa, serán casi imposibles. Así, aunque el sujeto activo no haya podido obtener ningún beneficio final, el delito ya se habría consumado y su conducta será reprimida por la norma".

ENRÍQUEZ SUMERINDE, Víctor. "El delito de negociación incompatible en el marco de la nueva Ley de Contrataciones del Estado". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 79. Lima: Gaceta Jurídica, enero de 2016, p. 88.

D 2359 "El delito de negociación incompatible b público, en razón de su cargo, ha exteriorizado cualquier acto en el que demuestra que está interesado en cualquier contrato u operación, con independencia de que se logre suscribir el contrato o se concrete la operación. Dado que no se trata de un delito de lesión o de peligro concreto, no es necesaria la afectiva lesión al patrimonio público ni su puesta en peligro. En cuanto a la posibilidad de tentativa, dado que

nos encontramos frente a un delito de peligro abstracto en la que se ha producido un adelantamiento de la tutela penal, sería razonable no admitirla, dejando esa actuación al ámbito de Derecho administrativo disciplinario".

ÁLVAREZ DÁVILA, "El injuto típico en el delito de negociación incompatible: una visión a los aspectos problemáticos del tipo penal y su relación con otras formas de corrupción". En: GARCÍA CAVERO, Percy y VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (directores). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2020, p. 132.

J 0376 "Es un delito de peligro que se consuma al verificarse el interés particular puesto por el funcionario o servidor público en los contratos u operaciones. El tipo no requiere que se produzca un provecho económico para el sujeto activo del delito ni un perjuicio de la misma naturaleza para el Estado con la celebración o el cumplimiento del contrato u operación, incluso puede existir ventaja para el Estado; es decir, se trata de un delito de simple actividad y peligro. No se requiere que en la intervención del sujeto activo del delito el interés de este sea totalmente ilícito, es decir, contrario al de la Administración Pública".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 3281-2011-Junín, del 24 de enero del 2013, magistrado ponente: Salas Arenas, considerando 6.

J 0377 "El delito de negociación incompatible es uno de peligro, que no exige la irrogación de un perjuicio patrimonial concreto a la Administración Pública, por lo que basta la inobservancia de la imparcialidad requerida por la norma penal –importa un adelantamiento de las barreras del Derecho Penal con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal aprovechándose de la función pública–".

Sala Penal Transitoria. R. N. N° 2068-2012-Lima, del 19 de abril de 2013, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando sexto.

J 0378 "El delito de negociación incompatible es uno de peligro, que no exige la irrogación de un perjuicio patrimonial concreto a la Administración Pública, por lo que basta la inobservancia de la imparcialidad requerida por la norma penal –importa un adelantamiento de las barreras del Derecho Penal con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal aprovechándose de la función pública–. Lo que se tutela en este delito es, por consiguiente, la imparcialidad de los funcionarios en la toma de decisiones propias en estricta relación con la función pública que desarrollan, evitando así cualquier tipo de interferencia indebida o parcialidad ajena al interés de la Administración Pública. Siendo así, por su propia configuración e, incluso, por su ubicación en la Sección IV referida a los delitos de corrupción de funcionarios, es un tipo legal que no protege directamente el patrimonio del Estado, por lo que no es aplicable la duplicidad del plazo de prescripción prevista en el artículo 80, parte *in fine* del Código Penal".

Sala Penal Transitoria. R.N N° 1318-2012-Lima, del 29 de agosto del 2012, magistrado ponente: Lecaros Cornejo, considerando 12.

J 0379 "Debido a que el tipo no exige un perjuicio efectivo para la Administración, se constituye en un delito de peligro, que importa un adelantamiento de las barreras de protección

del Derecho Penal, con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal, aprovechándose de la función pública. Debe precisarse que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro concreto, ello significa que la acción definida en el tipo penal debe producir una situación real y efectiva de riesgo para el bien jurídico –el correcto funcionamiento de la Administración Pública–".

Segunda Sala Penal Transitoria. Casación N° 231-2017-Puno, del 14 de setiembre de 2017, ponente: magistrado Cevallos Vegas, considerando 13.

- **La represión de la acción debe estar condicionada a la creación de un riesgo (resultado) cuya existencia debe ser probada para considerar consumada la infracción**

J 0380 "[A]l constituirse el delito en uno de peligro concreto, debe respetarse el principio de lesividad, en ese sentido, la represión de la acción debe estar condicionada a la creación de un riesgo (resultado) cuya existencia debe ser probada para considerar consumada la infracción. Debido a ello, el delito de negociación incompatible no debe sancionar cualquier tipo de acciones, que puedan significar el incumplimiento de alguna normativa de carácter administrativo, del cual se deduzca la orientación de un "interés indebido", sino solo aquellas conductas que por su magnitud supongan un daño inminente para la Administración Pública.

En consecuencia, este ilícito penal, debe ser interpretado restrictivamente, en tanto que, el solo incumplimiento o desobediencia a una normativa que regula las contrataciones con el Estado –como se alega en la mayoría de casos en que se presume la comisión de este delito–, que no produzca siquiera un riesgo, o que este no sea inminente para el correcto funcionamiento de la Administración Pública, no puede ser reprimido, una interpretación contraria a ello, significaría castigar una conducta por la sola apariencia de interés; ello, conllevaría a que el juzgador incurra en una valoración subjetiva de los hechos, lo que, resulta a todas luces contrario con el sistema de sana crítica, al cual se adscribe nuestro modelo acusatorio, de ahí que el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, debe ser interpretado de conformidad con los principios de lesividad, *ultima ratio* (subsidiariedad y fragmentariedad) y la proporcionalidad de la represión penal".

Segunda Sala Penal Transitoria. Casación N° 231-2017-Puno, del 14 de setiembre de 2017, ponente: magistrado Cevallos Vegas, considerandos 14 y 15.

- **El tipo no exige un perjuicio –económico– efectivo, pero sí requiere un riesgo para el patrimonio estatal, por lo que solo será sancionada la conducta idónea para tal fin**

D 2360 "[N]o nos encontramos frente a un delito de lesión patrimonial de la Administracion Pública, si no frente a un delito de peligro abstracto. Por tanto, no forma parte de la tipicidad del delito que el agente logre un beneficio económico como consecuencia de la extralimitación o abuso de sus funciones para participar en un determinado contrato u operación. Desde el punto de la imputación, este parecer trae una importante consecuencia práctica. Si se hubiera afirmado la primera posición, entonces, la imputación objetiva debería probar la existencia de un beneficio final y la correspondencia entre el interés representado y el obtenido,

empero, solo deberá probarse que el funcionario actuó con una tendencia final de obtener un beneficio económico".

ÁLVAREZ DÁVILA, "El injuto típico en el delito de negociación incompatible: una visión a los aspectos problemáticos del tipo penal y su relación con otras formas de corrupción". En: GARCÍA CAVERO, Percy y VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (directores). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2020, p. 119.

D 2361 "Para nosotros, y en aras de una interpretación restrictiva y sin analogías perjudiciales que funcionen como manifestaciones del principio de legalidad, la pretensión que subyace al interés privado ilícito es de índole económica (Abanto Vásquez, 2003, p. 512), esto sencillamente porque el comportamiento delictivo es desarrollado en el contexto de un contrato u operación que *per se* tiene contenido patrimonial".

ROSALES ARTICA, David. "El delito de negociación incompatible en la ley penal peruana". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 122, Lima: Gaceta Jurídica, agosto de 2019, pp. 220.

D 2362 "De esta manera, el delito de negociación incompatible en su versión del art. 399 del CP. peruano se consuma cuando el funcionario muestra un interés indebido, ya sea en su provecho o de tercero, en el contrato u operación en el que toma parte por razón de su cargo. Es decir, cuando se produce el "desdoblamiento", esto es, "la intervención como parte privada del funcionario en el contrato u operación que se viene a sumar a su intervención funcional; o sea, cuando se produce la yuxtaposición de ambas calidades respecto de la misma negociación". Evidentemente, se requiere la exteriorización de la conducta como parte privada.

Por otro lado, como ya señalamos al tratar el tema del elemento típico "en provecho propio o de tercero", para la consumación no se requiere que el funcionario haya alcanzado la finalidad provechosa perseguida pues es suficiente con la manifestación de esta inclinación, no importando, además, si la misma es plena o parcialmente contraria a los intereses de la administración.

Para la consumación tampoco se requiere que se produzca un perjuicio a la Administración Pública. Incluso puede darse el caso que, en medio de la comisión del ilícito, esta obtuvo ventajas incluso aun mayores que las que recibió el funcionario o servidor público".

ROSALES ARTICA, David. *El delito de negociación incompatible con el ejercicio de la función pública*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 157.

J 0381 "[C]on la modificación del artículo 399 del Código Penal, mediante la Ley N° 28355, de 6 de octubre de 2004, se incluyó adicional al "interés", el elemento típico "provecho propio o de tercero", es decir, el interés es sancionable siempre que implique un "provecho" para el funcionario público o tercero. A pesar que ha sido discutida la naturaleza de este provecho, debe aclararse que, en definitiva, posee una connotación económica, ello, en tanto que el contrato u operación en el que interviene el agente también lo tiene; por ello, se señaló que a pesar que el tipo no exige un perjuicio –económico– efectivo, sí requiere un riesgo para el patrimonio estatal, por lo que solo será sancionada la conducta idónea para tal fin".

Segunda Sala Penal Transitoria. Casación N° 231-2017-Puno, del 14 de setiembre de 2017, ponente: magistrado Cevallos Vegas, considerando 17.

- La consumación del delito de negociación incompatible no se ve afectada por la posterior anulación del contrato y operación estatal en donde intervino

D 2363 "[L]a ulterior anulación del contrato u operación en donde intervino el funcionario que mostró un indebido interés, no tiene ninguna incidencia en su consumación. Ello, en tanto, en esta clase de supuestos se debe seguir afirmando una contradicción con la imparcialidad que debe guiar el actuar del funcionario. Más allá de lo que pueda ocurrir con los actos en donde se desenvolvió (por ejemplo, su anulación), lo cierto es que, ya mostró su interés tendencialmente parcializado en contra de la Administración Pública, razón por la cual, tendría que aplicarse el artículo 399 del CP".

ROSALES ARTICA, David. "El delito de negociación incompatible en la ley penal peruana". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 122, Lima: Gaceta Jurídica, agosto de 2019, pp. 225.

D 2364 "Sí es posible considerar que el agente se interesa por omisión cuando la omisión de actos administrativos de función signifique una decisión administrativa en el contrato u operación estatal y esta decisión administrativa favorezca indebidamente a un tercero o al propio funcionario".

GARCÍA LEÓN, Godofredo André. "El delito de negociación incompatible: seis problemas en la jurisprudencia". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 115. Lima: Gaceta Jurídica, enero de 2019, p. 64.

6. Concursos delictivos

- Concurso con el delito de omisión de actos funcionales

D 2365 "El delito de omisión de actos funcionales, tipificado en el articulo 377 del Código penal, castiga al funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarde algún acto de su cargo por lo que podría presentarse una relación concursal entre este delito y el delito de negociación incompatible. Por ejemplo: el funcionario público que debió convocar a un proceso de licitación para la contratación de un servicio, sin embargo, omite ello y permite la contratación fraccionada de un servicio, permitiendo el pago de varias órdenes por un mismo servicio, superando el tope establecido por la Ley de Contrataciones. En este caso y otros similares, se podría argumentar que existe una relación de concurso, sin embargo, si se determina que esta omisión ha servido para concretar el interés indebido del funcionario público para obtener un provecho propio o para tercero, se deberá solucionar bajo el principio de consunción que permite considerar el injusto del delito de omisión de actos funcionales como abarcado dentro del delito de negociación incompatible.

Asimismo, cabe indicar que no toda omisión de un acto funcional da lugar a una autoría o participación en un delito de negociación incompatible. Sobre lo primero, puede ser que un funcionario omitió un acto funcional a pedido de un particular interesado. En este supuesto, mas que estar frente a una negociación incompatible se puede presentar un delito de omisión de actos funcionales, por ejemplo: el funcionario, que, no teniendo competencia funcional en el

contrato u operación, solo omite dolosamente pedir las declaraciones juradas de impedimento para contratar, a pesar que la ley lo exige".

ÁLVAREZ DÁVILA, "El injuto típico en el delito de negociación incompatible: una visión a los aspectos problemáticos del tipo penal y su relación con otras formas de corrupción". En: GARCÍA CAVERO, Percy y VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (directores). *Delitos contra la Administración Pública.* Lima: Ideas, 2020, pp. 135 y 136.

XII

TRÁFICO DE INFLUENCIAS

1. Descripción legal

Artículo 400 **Tráfico de influencias**

El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36; y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa[80].

TEXTO ORIGINAL:

Artículo 400.- Tráfico de influencias

El que, invocando influencias, reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

PRIMERA MODIFICATORIA

Artículo 400.- Tráfico de influencias

El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal[81].

SEGUNDA MODIFICATORIA

Artículo 400.- Tráfico de influencias

El que solicita, recibe, hace dar o prometer, para sí o para otro, donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio, por el ofrecimiento real de interceder ante un funcionario o servidor público que haya conocido, esté conociendo o vaya a conocer un caso judicial o administrativo será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. Si el agente es funcionario

80 Texto vigente conforme a la modificatoria efectuada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22 de octubre de 2016 en el diario oficial *El Peruano*.

81 Texto conforme a la modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada el 6 de octubre de 2004 en el diario oficial *El Peruano*.

o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal[82].

TERCERA MODIFICATORIA

Artículo 400.- Tráfico de influencias

El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal[83].

CUARTA MODIFICATORIA

Artículo 400.- Tráfico de influencias

El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa[84].

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico

D 2366 "El bien jurídico genérico lo constituye el recto y normal funcionamiento de la Administración Pública en el ámbito de la justicia jurisdiccional y justicia administrativa. De ese modo, la materialización de cualquiera de las conductas prohibidas no pone el peligro o riesgo, ni lesiona toda la Administración Pública sino solo el espacio que corresponde a los funcionarios o servidores públicos que han de conocer, estén conociendo o haya conocido un proceso judicial o administrativo.

En cambio, el bien jurídico específico que se pretende proteger y preservar es el prestigio y el regular desenvolvimiento o funcionamiento de la justicia jurisdiccional y administrativa, toda vez que la materialización de alguna de las hipótesis delictivas recogidas en el artículo 400 del Código Penal, le desacreditan ante el conglomerado social hasta el punto que se puede hacer creer que aquellos ámbitos de la Administración Pública solo funcionan por medios de dádivas, promesas o influencias. El prestigio y buen nombre de la Administración Pública se convierte de esa forma en bien jurídico específico relevante de este delito. Ese prestigio y buen

82 Texto conforme a la modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 29703, publicada el 10 de junio de 2011, en el diario oficial *El Peruano*.

83 Texto conforme a la modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 29758, publicada el 21 de julio de 2011, en el diario oficial *El Peruano*.

84 Texto conforme a la modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 de noviembre de 2013 en el diario oficial *El Peruano*.

nombre debe cautelarse y resguardarse en todo sentido, caso contrario, se deslegitima y pierde la confianza de los ciudadanos".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 726 y 727.

D 2367 "En término genérico, el bien jurídico tutelado es el normal desarrollo de la Administración Pública y la confianza del ciudadano en el ejercicio correcto de la función pública en termino generales, en términos específicos, este hecho punible afecta la imparcialidad de la Administración Pública condicionando sus decisiones en beneficio de quien posee la influencia".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 455.

D 2368 "Debatible es llegar a un consenso sobre cuál es el bien jurídico protegido, dado que el tipo penal contempla dos figuras muy diferentes de tráfico de influencias. En efecto, no tienen el mismo valor de afectación la influencia real y la simulada al momento de tener que delimitar el objeto de tutela penal. En el primer caso se produce un evidente menoscabo a la Administración Pública, mientras que en el segundo caso resulta bastante discutible que así lo sea. (...).

No obstante, las dificultades señaladas, es de considerar como bien jurídico protegido la preservación del prestigio y el regular funcionamiento de la Administración Pública y específicamente de la administración de justicia jurisdiccional-administrativa".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, pp. 368 y 370.

J 0382 "Dados estos presupuestos, se tiene que el bien jurídico protegido en las influencias reales es el correcto funcionamiento de la Administración Pública en tanto el sujeto activo logra determinar la voluntad del funcionario o servidor público. El funcionario se corrompe por la influencia que sobre él ejerce el sujeto activo. Pero en el caso de las influencias simuladas el bien jurídico protegido es el prestigio y buen nombre de la Administración Pública (...), que se ve dañada por el sujeto activo que lucra a costa de ella. Desde esta perspectiva, nos encontramos ante un delito que lesiona efectivamente el bien jurídico protegido por cuanto el sujeto activo logra hacer dar o prometer una ventaja económica al afirmar que tiene influencia en la Administración Pública. Con ello se cumple con el principio de lesividad en tanto la intervención punitiva solo se legitima ante la lesión de un bien jurídico fundamental, como es el prestigio y buen nombre de la Administración Pública, la misma que bien puede ser, a modo de ejemplo, el Poder Judicial y sus jueces".

IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria - Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116, del 2 de octubre del 2015, magistrado ponente: Villa Stein y Pariona Pastrana, considerando 14.

J 0383 "Respecto al bien jurídico del delito de tráfico de influencias, se señala que "no toda la Administración Pública es protegida en este tipo penal, porque no toda institución puesta en peligro, ya que nuestro modelo no ha extendido –como si lo hacen otras legislaciones– el destino de la acción ilícita a todo el contexto de los funcionarios, sino solamente a los taxativamente contemplados en la norma penal. El objeto de tutela penal es así preservar el prestigio y regular funcionamiento de la Administración Pública, específicamente en sus ámbitos jurisdiccional y de justicia administrativa, en tanto pueda su correcto desenvolvimiento ser colocado en una situación de descredito con el comportamiento típico del agente (...). Al tratarse de un delito de peligro, es coherente señalar que el objeto de tutela penal se haya puesto en una posición de riesgo con el accionar del sujeto activo.

El bien jurídico específico u objeto del bien jurídico que se ataca con este delito no puede ser ningún prestigio o el buen nombre de la Administración Pública, pues este concepto no armoniza con un Estado social y democrático de Derecho, (...). Aquí más bien, también existe un atentado, aunque lejano, contra la imparcialidad del funcionario, el carácter público de la función; y, en el supuesto de la influencia simulada, el patrimonio individual. Por cierto, que, en relación con los dos primeros objetos el tipo penal peruano presupone en realidad un peligro que según el caso puede ser abstracto o concreto; mientras que en el caso el patrimonio individual (en la modalidad de influencia simulada) podría existir una lesión en la modalidad de recibir o hacer dar, y un peligro en la modalidad de hacer prometer".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 1692-2013-Lima, del 24 de febrero del 2012, magistrado ponente: Cevallos Vegas, considerandos 3.2 y 3.3)

J 0384 "De ahí que el bien jurídico de este tipo penal no podrá ser el normal desarrollo o correcto funcionamiento de la Administración Pública, ni la imparcialidad de esta. Lo más correcto es que protege la imagen y prestigio de la Administración Pública y de forma mediata su regular funcionamiento. Esta mínima lesividad de los actos que se tipifican en el delito de tráfico de influencias simuladas, por la ineficacia a la afectación del bien jurídico citado, se deben de tomar en cuenta al momento de efectuar alguna interpretación de conformidad con el carácter subsidiario y fragmentario del Derecho Penal (principio de *ultima ratio*)".

Sala Penal Permanente. Casación N° 374-2015-Lima, del 13 de noviembre del 2015, magistrado ponente: Neyra Flores, considerando 15.

J 0385 "(...) Lo expuesto resulta congruente de cara a la función de la protección del bien jurídico en un Estado como el nuestro, cuando Romero Tequextle, expone que "para la construcción de los tipos penales, se debe estar seguro que un bien individual o social está siendo dañado o está en peligro de ser dañado, que este bien tenga un verdadero reconocimiento social, que la protección que pudieran otorgarle en otras ramas del derecho no es suficiente, que el daño o puesta en peligro genere un impacto social que rompa la armonía y la paz, pues de no cumplirse con estos requisitos, ningún tipo penal puede considerarse auténtico y por ello legítimo".

En este contexto es que concluye que, la corrupción afecta el bien jurídico del debido funcionamiento del Estado, que desde el punto de vista económico (reducción de la eficiencia de inversiones), desde el punto de vista social (reducción de la eficiencia de la inversión social en la cobertura y calidad de servicios públicos, salud, educación, régimen de pensiones, entre

otros) o desde el punto de vista jurídico político (reducción de la eficiencia en el funcionamiento de la democracia, vacíos en la administración de justicia, mora judicial, frustración y prevención ante la administración de justicia y de sus actores).

Para estar contextualizado en la realidad, debe mencionarse que la tutela a la función pública evolucionó, pues si bien históricamente en sus orígenes consideró que el bien jurídico a proteger era "al ejercicio o deber de cargo", no obstante Octavio de Toledo y Ubieto, criticó a la postura por asociarse a estados totalitarios, que en palabras de Muñoz Conde encontró vacíos al indicar que la afectación no solo alcanza a los delitos contra la Administración Pública en general, sino algunos delitos en particular, como el ahora tratado de tráfico de influencias o por ejemplo, el cohecho; para la actual corriente sostenida por Mir Puig/Corcoy Bidasolo, indicar que es "el correcto funcionamiento de la Administración Pública orientados a los principios constitucionales".

Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios. Expediente N° 00033-2018-50-5002-JR-PE-03, Resolución N° 8, del 10 de septiembre de 2020, magistrado ponente: Chavez Tamariz, considerando 1.1.1.

J 0386 "En el tipo penal de tráfico de influencias, el bien jurídico tutelado –aceptado mayoritariamente por la doctrina y jurisprudencia nacional–, es de manera genérica, el correcto funcionamiento de la Administración Pública, mientras que, de modo específico, seria el prestigio y buen nombre de la Administración Pública. Sin embargo, corresponde precisar que, en algunos casos, se debe admitir que el bien jurídico tutelado es el principio de imparcialidad del ejercicio funcionarial cuando se trate de un tráfico real de influencias; o el prestigio de la Administración Pública cuando se trate de influencias simuladas".

Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios. Expediente N° 00033-2018-50-5002-JR-PE-03, Resolución N° 5, del 05 de enero de 2021, magistrado ponente: Guillermo Piscoya, considerando 7.

J 0387 "Sobre el particular, este Colegiado considera que, independientemente de la doctrina utilizada por el a quo en la resolución impugnada, lo cierto es que, en el tipo penal de tráfico de influencias, el bien jurídico tutelado, de manera genérica, es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, mientras que, de modo específico, sería el prestigio y buen nombre de la Administración Pública. Sin embargo, cuando se trata de un tráfico real de influencias, se debe admitir que el bien jurídico tutelado es el principio de imparcialidad del ejercicio funcionarial; mientras que, respecto a influencias simuladas, lo será el prestigio de la Administración Pública. En ese sentido, la conclusión del *a quo* respecto a que el bien jurídico que protege el tipo penal de tráfico de influencias es el correcto funcionamiento de la Administración Pública orientados a los principios constitucionales, más allá de haberse basado en doctrina española, no contraviene o contradice lo que nuestro tipo penal regulado en el artículo 400 del CP protege; y, que si bien existe una imprecisión debido a que se hace referencia a la corrupción de manera genérica, ello no resulta contradictorio o atentatorio a lo protegido por nuestro ordenamiento jurídico penal. En consecuencia, este agravio no merece ser estimado".

Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios. Expediente N° 00033-2018-50-5002-JR-PE-03, Resolución N° 5, del 05 de enero de 2021, magistrado ponente: Guillermo Piscoya, considerando 15.

J 0388 "El bien jurídico protegido en el delito de trafico de influencias es la imagen y prestigio de la Administración Pública; por ende, su regular funcionamiento".

Sala Penal Especial. Expediente N° 02-2018-15, Resolución N° 5, del 07 de enero de 2021, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 7.22.

2.2. Sujeto activo

D 2369 "El patrón que guía el disvalor de la conducta en los delitos contra la Administración Pública, es el aprovechamiento, el abuso, el prevalimiento del funcionario o servidor público, en el decurso de su actuación funcionarial, sin embargo, la necesidad de reforzar la función preventiva de los tipos penales de "cohecho", supuso quebrar dicha sistemática, al erigir como autores del delito de "tráfico de influencias" a cualquier persona, es decir, el tipo penal contemplado en los términos normativos del artículo 400 del CP, definiendo un delito "común"; pues puede ser cometido por cualquiera.

Luego, de la modificación producida al articulado, vía la Ley N° 28355, cuando el autor es un funcionario o servidor público, se configura la circunstancia agravante contenida en el segundo párrafo; quien tiene que invocar la influencia hacia otro funcionario público, si es para realizar un acto inherente a su esfera de competencia funcionarial, la tipificación correcta es por el delito de cohecho pasivo.

El hecho de que el delito pueda ser cometida por un particular, no debe confundir este injusto con aquellos en la Sección I del Título XVIII del CP, en tanto la particularidad del tipo penal de Tráfico de Influencias, es que se ataca un objeto jurídico similar al que se lesiona con aquellos delitos (emparentados) cometidos por un funcionarios o servidor público (cohecho)".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 682.

D 2370 "Desde la óptica de los delitos de dominio, el delito de tráfico de influencias, resultar ser común, por cuanto, el tipo penal no exige un agente delictual cualificado, esto es, funcionario o servidor público, en ese sentido, al no existir dicha condición especial, la misma que restringe el radio de autores, entonces nos encontramos ante un delito común, por lo tanto, cualquier persona con capacidad de reprochabilidad puede cometer el ilícito penal aludido.

Respecto a la segunda parte, el legislador impone una situación especial respecto al agente delictivo, esto es, indica la presencia de un sujeto cualificado, funcionario o servidor público, sin embargo, es necesario precisar que en este caso el tipo penal a pesar de fijar dicha cualificación especial, no convierte al ilícito penal en delio especial o delito de infracción de deber, por cuanto la técnica de tipificación indica que para catalogar al delito, respecto a los sujetos, ya sea como tipos penales comunes o especiales, la redacción típica implica que supuesto de hecho tiene que ser subsecuente a la individualización del sujeto activo, conforme se advierte en la parte inicial del artículo materia de comentario, situación que no opera en la parte final del art. 400 del CP. Por tal razón, no existirían, delitos agravados, sino, formas agravadas de delitos, es decir, no existe el delito de robo o hurto agrado, sino por el contrario, existe robo o hurto con agravantes".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 796.

D 2371 "El sujeto activo o agente del delito de tráfico de influencias puede ser cualquier persona. El artículo 400 no exige alguna cualidad especial en el sujeto activo. Estamos ante un delito común y no especial como la mayoría de delitos que lesionan o ponen en peligro la Administración Pública. Con base en tal consideración, en la doctrina se sostiene que la ubicación del citado delito en el Código Penal debe estar fuera de los delitos contra la Administración Pública, sin embargo, su ubicación en este título del Código Penal, se impone por el bien jurídico general y específico que se pretende proteger, esto es, el recto y normal funcionamiento de la Administración Pública en el ámbito de la justicia jurisdiccional y justicia administrativa, en tanto que el bien jurídico específico constituye el prestigio y el regular desenvolvimiento de la justicia jurisdiccional y administrativa. Aquí, al tratarse de un delito común, para identificar quien es autor o coautor y quienes pueden ser partícipes del grave delito, sirve la teoría del dominio del hecho. De modo que la teoría de la infracción del deber desde la óptica de Roxin no resulta aplicable, toda vez que su aplicación tendría como resultados prácticos decisiones tanto arbitrarias como absurdas".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 731 y 732.

D 2372 "Para el tipo básico, el sujeto activo es el particular que invocando influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que este conociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo; y en caso del tipo agravado, es el funcionario o servidor público".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 455.

D 2373 "Cualquier persona puede ser sujeto activo, sea un particular, representante de persona jurídica o un funcionario o servidor público. En el caso de que el autor sea un funcionario o servidor público, la norma penal agrava la pena".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 370.

D 2374 "El tipo básico (art. 400, primer párrafo), el cual durante mucho tiempo fue el único de tráfico de influencias en la ley penal peruana hasta la reforma mediante la Ley N° 28355, del 6 de octubre de 2004, presupone que pueda ser sujeto activo cualquier persona menos, claro está, un funcionario público –ello se aclara en el segundo párrafo– o el propio funcionario público que va a decidir sobre el asunto que interesa al comprador de la influencia –en este último caso, se estaría ante un cohecho pasivo, o, si mediara violencia o engaño, de una concusión–.

En el tipo agravado, el sujeto activo es un funcionario, pero no se trata de cualquier funcionario público, sino de uno distinto de quien este encargado del asunto que interesa al comprador de la influencia, pues, en caso contrario, se habría cometido un cohecho pasivo".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel y VÁZQUEZ -PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. *El delito de tráfico de influencias*. Lima: Instituto Pacífico, 2019, p. 104.

J 0389 "Entre los elementos típicos que exige el delito de tráfico de influencias para su configuración tenemos en el tipo base como sujeto activo a cualquier persona, menos, un funcionario público, debido a que la calidad de funcionario público como sujeto activo se sanciona como circunstancia agravante en el segundo párrafo del artículo 400 del CP. Al respecto, en el tipo agravado, el sujeto activo es un funcionario público, pero no se trata de cualquier funcionario público, sino de uno distinto de quien esté encargado del asunto que interesa al comprado de la influencia, pues en caso contrario, se habría cometido un cohecho pasivo. (...)".

Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios. Expediente N° 00033-2018-50-5002-JR-PE-03, Resolución N° 5, del 05 de enero de 2021, magistrado ponente: Guillermo Piscoya, considerando 8.

J 0390 "El sujeto activo es cualquier persona, ya sea un particular, un funcionario o servidor público; y el sujeto pasivo es el Estado".

Sala Penal Especial. Expediente N° 02-2018-15, Resolución N° 5, del 07 de enero de 2021, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 7.22.

2.3. Sujeto pasivo

D 2375 "Sujeto ofendido es el Estado, como titular interesado, de que toda la actuación funcional en el seno de la Administración Pública, tome lugar de forma objetiva e imparcial".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 684.

D 2376 "El Estado, sin lugar a dudas, resulta ser el sujeto pasivo, por cuanto es el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta "Administración Pública", de la misma manera conforme se viene indicando reiteradamente, la doctrina jurisprudencial, fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del cons. n.° 23 de la Casación N° 103-2017-Junín, del 15 de agosto de 2017, señalo lo siguiente: "En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 797.

D 2377 "El sujeto pasivo es solo el Estado como único titular del bien jurídico protegido. El tercero a quien es ofertada la influencia por el traficante, el funcionario o servidor público a quien va dirigida las influencias que invoca el vendedor de humo de modo alguno se constituyen en sujetos pasivos del delito como erróneamente sostiene Abanto Vásquez. Estos sujetos automáticamente se convierten en testigos de excepción del hecho punible que desarrolla el agente en perjuicio del Estado".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 739 y 740.

D 2378 "Sujeto pasivo es el Estado. Resulta sumamente discutible que quien da el donativo, promesa o ventaja sea una persona agraviada en cualquiera de los supuestos de tipicidad admisibles, salvo que se trate de una estafa, supuesto en el cual nos salimos de la esfera de acción del tráfico de influencias".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 370.

D 2379 "Es el Estado como titular del bien jurídico tutelado afectado en su imparcialidad y objetividad que le deberían ser debidas. Naturalmente son expresiones muy genéricas. Subsidiariamente, también, podría ser el particular afectado en su patrimonio, por la acción del agente (vendedor de humo)".

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 456.

D 2380 "En el caso de la "influencia supuesta"; es sujeto pasivo el particular que entrega el beneficio a traficante; en el caso de la "influencia real", el funcionario en quien se vaya ejercer la influencia y la Administración Pública. En este último caso, el funcionario afectado por la influencia no solamente puede ser sujeto pasivo, sino también, según su actitud, denunciante de los delitos o incluso sujeto activo de un delito de "prevaricato" o cualquier otro".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 527 y 528.

D 2381 "(...) la Administración Pública siempre será sujeto pasivo del delito, pues el delito afecta directamente el carácter público de las actividades funcionariales y, de manera mediatizada, se pone en peligro la imparcialidad de un funcionario público concreto. El funcionario público no puede ser sujeto pasivo del delito sino, a lo sumo, de la acción, pues es su actividad jurisdiccional hacia la cual va a dirigido el tráfico".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel y VÁZQUEZ -PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. *El delito de tráfico de influencias*. Lima: Instituto Pacífico, 2019, pp. 104 y 105.

J 0391 "[E]l delito de tráfico de influencias es un delito que afecta la imparcialidad funcionarial y el carácter público de la función, de suerte que cuando se trata de "influencia real" el sujeto pasivo es tanto el funcionario en quien se va a ejercer influencia cuanto la Administración Pública".

Sala Penal Permanente. Casación N° 683-2018-Nacional, del 17 de julio de 2019, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 1.

J 0392 "(...) El sujeto pasivo será siempre la Administración Pública, pues el delito afecta directamente el carácter público de las actividades funcionariales y, de manera mediatizada, se pone en peligro la imparcialidad de un funcionario público concreto. Asimismo, es

oportuno indicar que el funcionario público no puede ser sujeto pasivo del delito pero sí de la acción, pues es su actividad jurisdiccional hacia la cual va dirigido el tráfico".

Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios. Expediente N° 00033-2018-50-5002-JR-PE-03, Resolución N° 5, del 05 de enero de 2021, magistrado ponente: Guillermo Piscoya, considerando 8.

J 0393 "El sujeto activo es cualquier persona, ya sea un particular, un funcionario o servidor público; y el sujeto pasivo es el Estado".

Sala Penal Especial. Expediente N° 02-2018-15, Resolución N° 5, del 07 de enero de 2021, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 7.22.

2.4. Conducta típica

• Invocando o teniendo influencias reales o simuladas

D 2382 "Invocación de influencias. Este elemento alude a lo que tradicionalmente se conoce como "venta de humo": el hecho de vender algo inmaterial. Consiste en la "afirmación" o la "atribución" de que el sujeto tendría capacidad de influir en un funcionario público, cualquiera que sea el origen de esta influencia (amistad, parentesco, favores debidos, etc.)".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 528.

D 2383 "El primer elemento objetivo que el operador jurídico debe verificar es si el sujeto activo ante un tercero interesado, ha invocado, citado, alegado o aducido tener influencias al interior de la administración de justicia para lograr que sus funciones o servidores públicos se pronuncien en un sentido determinado en los procesos judiciales o administrativos. O en su caso, el sujeto activo de modo objetivo y ante cualquier persona, evidencia en forma automática tener influencia. En este supuesto no aduce o alega tener influencia, el tercer interesado lo deduce por el cargo que desempeña".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 704.

D 2384 "El contenido de la influencia nos remite a la presencia de un influjo por sugestión ejercida en tercera persona, sobre cuya voluntad formadora de decisiones el sujeto activo incidirá alterándola o conduciéndola a cursos decisorios predeterminados".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 704.

D 2385 "El agente cita o aduce tener influencias con la finalidad de que el tercero interesado le entregue o le realice la promesa de entregare un donativo o cualquier otra ventaja o beneficio a cambio. Es irrelevante penalmente si la influencia que invoca el sujeto activo es

real o simulada. En ambos casos se evidencia la conducta típica. Basta que haya invocado o aducido tener influencias para lograr que el tercero interesado le entregue donativo u otra ventaja o le prometa hacerlo en un futuro cercano. De igual modo, basta que el agente haya hecho uso de la influencia que tiene o evidencia tener para lograr que el tercero interesado le entregue donativo u otra ventaja o le prometa hacerlo en un futuro cercano.

De esa forma, la influencia real o simulada invocada por el agente, o la influencia que evidencia tener, se constituyen en el objeto central del delito que vincula en su estructura ideal a un sujeto que la posee con otro que la requiere para dirigirla o destinarla sobre un tercero –*intraneus*– que trabaja dentro de la administración de justicia, sobre el cual se pretende inducir o ganar su voluntad hacia el ámbito de decisiones deseables para el interesado".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 705.

D 2386 "Presupuesto fundamental de tipicidad objetiva, es que el agente "invoque o tenga influencias reales o simuladas"; el contenido del disvalor reposa precisamente en dicho elemento, cuya efectiva concreción permite situar a este delito, como uno que atenta contra la imparcialidad y objetividad de la Administración Pública.

La entrega de la dádiva, promesa o ventaja, por parte del tercero al vendedor de humos, sin haber de por medio la invocación de influencias, hace en atípica la conducta".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 695.

D 2387 "Invocar es anunciar, propalar que se tiene una determinada condición o calidad (que, en el caso que nos ocupa, ha de ser en relación con el funcionario que debe conocer el supuesto favor).

Lo que "invoca" el agente del delito, son influencias (reales o simuladas), que se tiene con un funcionario o servidor público, que está conociendo o haya conocido un caso; comporta un nexo, una relación amical, de parentesco, un grado de cercanía con el *intraneus*, que le permite al autor incidir en la esfera decisoria del funcionario o servidor público".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 696.

D 2388 "Existen influencias simuladas o venta de humo cuando se verifica que el agente no tiene contacto con los funcionarios o servidores públicos de la administración de justicia y, por lo tanto, no hay forma ni capacidad de orientar su voluntad a una dirección determinada".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 706.

D 2389 "El traficante de humo es quizá el que más daño causa al bien jurídico específico que se pretende proteger al exteriorizar su conducta de tráfico. Pues aparte de engañar y perjudicar económicamente al interesado, pone en tela de juicio el prestigio de la justicia jurisdiccional y administrativa".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 707.

D 2390 "Se dice en el enunciado normativo, que la influencia puede ser "real", es decir, el vínculo, la cercanía, la relación del traficante de humos con el funcionario o servidor público existe en el mundo fenoménico, importa algo verificable. (...).

El hecho de que las influencias que invoca el agente sea verdadera, existente, no supone necesariamente que aquel las vaya a utilizar en la práctica, en el sentido de que su conducta ulterior concretice la intercesión con el funcionario público, que está conociendo el caso, puede o no hacerlo y, si es que no lo hace, no desencadena tipificación alguna por el delito de estafa en perjuicio de tercero, tanto el traficante de influencias como el comprador, mantienen incólume su responsabilidad penal".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 697.

D 2391 "Las influencias que invoca el agente pueden ser también "simuladas"; son aquellas inexistentes, irreales, fingidas, las que no tienen un correlato en el mundo fenoménico; dando lugar a una serie de maniobras, ardid u otras conductas afines, que permiten al agente enrostrar al comprador de humos, una supuesta relación amical, de parentesco, laboral, etc., con el funcionario o servidor público (...) basta con que el agente delictual haga aparecer como existente, lo que en realidad no existe, para que se configure la conducta como delictual, vale decir, basta con que ante el interesado en la obtención del favor, haga aparecer como que él tiene la capacidad de manipular la voluntad del servidor público que tiene a su cargo resolver el asunto que le interesa al comprador, en la forma y términos en que a este último le interesa y le conviene, así ello no sea cierto".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 697 y 698.

D 2392 "En ese sentido, podemos advertir, irremisiblemente, a la existencia de una determinación o influjo desplegada por una persona a favor de otra u otras, imponiéndoles o gestando una voluntad ajena, todo ello, con la finalidad de concretar el plan o idea delictual del gestor de dicha determinación. Por lo tanto, respecto a las influencias reales, la terminología "real", implica que el influjo tiene que ser objetivamente demostrable, es decir, que exista la evidencia palmaria o verificable que el agente delictual efectivamente tiene influencias sobre el funcionario o servidor público que ha de conocer, este conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 799.

D 2393 "Con relación a las influencias simuladas, teniendo en consideración el mismo influjo psíquico desplegado por el traficante de influencia, quien impronta la determinación o influjo a favor de otra u otras personas, imponiéndoles o gestando una voluntad ajena, todo ello, con la finalidad de concretar el plan o idea delictual del gestor de dicha determinación.

Por lo tanto, respecto a las influencias simuladas, se advierte que el agente delictual, no cuenta con el poder o capacidad para obtener la pretensión espuria presentada al comprador de la influencia, por lo tanto, el agente delictual crea un escenario fantasioso, propio de un ardid o engaño, pretendiendo generar convicción en el comprador de la influencia de tener influencia sobre el funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 800.

D 2394 "Respecto al verbo "invocar", la autoridad en la temática, esto es, la RAE, indica que el citado verbo, proviene del latín *invocare*, lo cual significa, "llamar en solicitud de ayuda de manera formal o ritual. Acogerse a una ley, costumbre o razón"; en ese sentido, respecto a la temática expuesta, se puede advertir, que el sujeto delictual, aduce tener un poder o nivel de autoridad, influencia o injerencia sobre el funcionario o servidor público vinculado al caso judicial o administrativo, por lo tanto, ofrece interceder ante él, obteniendo a cambio el medio corruptor".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 800 y 801.

D 2395 "Respecto al verbo "tener", la citada entidad académica autorizada en el tema, indica, que el citado verbo proviene del latín tener, significando, "asir o mantener asido algo, poseer, tener en su poder", por lo tanto, respecto a la temática materia de análisis, el sujeto cualificado, el vendedor de influencias, aduce, afirma poseer o portar la suficiente influencia, real o simulada, frente al funcionario o servidor público vinculado al caso judicial o administrativo, todo, con la única finalidad, conforme aparece registrado en el tipo penal, de obtener el medio corruptor a cambio de ofrecer interceder ante el sujeto cualificado que conoce la pretensión del comprador de influencia".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 801.

D 2396 ""Invocar influencias" es el acto de atribuirse o arrogarse el sujeto activo –frente a terceros– facultades de poder determinar o motivar comportamientos del funcionario (o los funcionarios) consignado en la norma, con la finalidad de obtener donativo, promesa o cualquier ventaja o beneficio de parte de dichos terceros. Se trata de una conducta activa directa o indirecta dirigida a las personas interesadas en algún caso judicial o administrativo con el ofrecimiento de interceder por ellos ante la justicia jurisdiccional o administrativa, a cambio y, previamente, a la entrega de beneficios o ventajas".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 371.

D 2397 "Las influencias pueden ser reales, esto es, el traficante efectivamente tiene o posee cierto nivel de influjo sobre los actos decisionales del funcionario o servidor, aprovechando de sus nexos amicales, parentales, profesionales, jerárquicos, debilidades o

vulnerabilidades del funcionario, etc. Como también pueden ser simuladas, es decir, el sujeto activo engaña al interesado, lo que configura más propiamente una estafa que un tráfico de influencias".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 371.

J 0394 "Este tipo penal, previsto en el artículo cuatrocientos del Código Penal se configura cuando el agente, particular o funcionario público, invocando tener influencias reales o simuladas, recibe o hace prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa de cualquier otra ventaja, con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público, que ha de conocer, que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.

La invocación de la influencia se da cuando el agente convence al interesado, expresamente o mediante actos sutiles, que ostenta una situación de predominio o situación favorable (reales o simuladas), ya sea por amistad o parentesco con relación a los centros de decisión, con la finalidad de dirigir la voluntad del *intraneus* hacia el ámbito de decisiones deseables para el interesado".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 3151-2011-Lima, del 11 de julio de 2012, magistrado ponente: Salas Arenas, considerando 4.2.

J 0395 "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, f. j. 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.

No existe entonces ningún inconveniente para defender el carácter punible, esto es, la relevancia jurídico-penal de la modalidad de tráfico de influencias simuladas del artículo 400 del Código Penal. El invocar influencias simuladas es acorde con el principio de lesividad; su

castigo a nivel penal no es una medida legislativa desproporcionada, en la medida que desde una perspectiva ex ante en el caso concreto la conducta de invocar sea objetivamente idónea, tanto para poner en riesgo el bien jurídico protegido, como para lesionar el bien jurídico prestigio y buen nombre de la Administración Pública, que, en buena cuenta, garantizan la credibilidad de la Administración Pública. Además, en la medida que el injusto de los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos, como el de las influencias simuladas, consiste en la vulneración de determinados presupuestos que sirven a la seguridad de otros bienes jurídicos, aquellos son, por tanto, delitos de lesión desde la perspectiva del bien jurídico colectivo, y, consecuentemente, coherentes con el principio de lesividad (...).

En consecuencia, en el delito de tráfico de influencias simuladas la acción se reprime por su idoneidad para lesionar el bien jurídico prestigio y buen nombre de la Administración Pública. Esta capacidad lesiva de la acción típica manifiesta, por tanto, una relación efectiva con el bien jurídico protegido, y, con ello, una conformidad con el principio de lesividad".

IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria – Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116, del 2 de octubre del 2015, magistrado ponente: Villa Stein y Pariona Pastrana, considerandos 15-17.

J 0396 "Este verbo rector, de invocar influencias con el ofrecimiento de interceder, por lo general obedece a propuestas expresas efectuadas directamente por el traficante al interesado, las cuales consistirían en la afirmación o la atribución que el sujeto tendría la capacidad de influir en un funcionario público, es decir, el agente sin legitimidad para obrar invoca la capacidad o posibilidad de orientar o manipular la conducta de este en una dirección determinada. Estos ofrecimientos y los actos que derivan de ello, por máximas de la experiencia se realizan subrepticiamente, de forma clandestina no pública".

Sala Penal Permanente. Casación N° 374-2015-Lima, del 13 de noviembre del 2015, magistrado ponente: Neyra Flores, considerando 13.

J 0397 Que, el delito de tráfico de influencias constituye una conducta de intermediación entre dos personas, no siendo necesario que el agente sea funcionario público; sin embargo, la acción va dirigida a influir sobre un funcionario y no sobre cualquier sujeto; asimismo, aquellas influencias invocadas por el agente pueden ser reales o simuladas, estas últimas son aquellas inexistentes, irreales, fingidas, las cuales dan lugar a una serie de conductas o maniobras afines, que permiten enrostrar al "comprador de humos" una supuesta relación amical, de parentesco, laboral, entre otros, con el funcionario o servidor público. asimismo, se debe tener en cuenta que la naturaleza expresa o explícita de la invocación es una exigencia que permitirá dotarle de mayor determinación al carácter relevante de la invocación, pero ello no descarta la posibilidad que dicha invocación pueda formularse mediante actos sutiles que denoten que el traficante se halla en una posición capaz de brindarle posibles soluciones a la situación legal del interesado, dada sus vinculaciones o relaciones con el sujeto público nominado (Rojas Vargas, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*, Editorial Grijley Cuarta Edición, Lima dos mil siete, página seiscientos setenta y ocho).

Sala Penal Permanente. R.N. N° 1959-2011-Arequipa, del 17 de octubre de 2012, magistrado ponente: Pariona Pastrana, considerando 3)

J 0398 "El tipo penal recogido en el primer párrafo del artículo cuatrocientos del Código Penal sanciona a quien invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o promete para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que conocerá, este conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo. Del análisis de este tipo penal, tenemos: a) El núcleo rector se encuentra expresado con la frase "invocando influencias con el ofrecimiento de interceder", esta expresión marca la especificidad típica de esta modalidad de corrupción. b) Las frases "recibir, hacer dar o prometer" configuran modalidades delictivas, que no bastan para configurar el delito. c) "Donativo, promesa o cualquier ventaja", son los medios corruptores. d) "Con el ofrecimiento de (...)" constituye el componente teleológico de la conducta, es el destino de la acción ilícita".

Sala Penal Permanente. Casación N° 374-2015-Lima, del 13 de noviembre del 2015, magistrado ponente: Neyra Flores, considerando 11.

J 0399 "En cuanto a los comportamientos típicos del delito de tráfico de influencias, se advierte, como lo señala Rojas Vargas, un delito plurisubsistente o compuesto de varios actos, que se inician o parten de los actos de invocar o tener influencias (acto inicial). De ese modo, recibir, hacer, hacer prometer, son verbos rectores que configurando modalidades delictivas definen la consumación del delito, no expresan sin embargo la singularidad del ilícito penal de tráfico de influencias, ya que son comunes a otros tipos penales de infracción del deber. Así pues, es la frase invocando o teniendo influencias reales o simuladas con el ofrecimiento de interceder, la que constituiría la singularidad típica de esta modalidad de delito. En ese sentido, Rojas Vargas, considera que este tipo penal podría descomponerse en tres etapas distintas: i) actos preparatorios, la invocación de influencias reales o simuladas; ii) actos ejecutivos, el ofrecimiento de interceder ante funcionario o servidor público específico, que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo; y iii) actos consumativos, aquellos actos destinados a recibir, hacer dar o prometer donativo, promesa o cualquier ventaja".

Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios. Expediente N° 00033-2018-50-5002-JR-PE-03, Resolución N° 5, del 05 de enero de 2021, magistrado ponente: Guillermo Piscoya, considerando 8.

J 0400 "El delito de tráfico de influencias tiene que ver con el patrocinio de intereses ante la Administración Pública. Es la compraventa de influencias destinada a torcer la decisión de los sujetos públicos involucrados lo que conlleva a la afectación al principio de imparcialidad desde una concepción omnicomprensiva. El comportamiento típico se halla expresado por el núcleo rector "invocar con el ofrecimiento de interceder". Los verbos rectores son "recibir", "hacer dar" o "hacer prometer". (...)".

Sala Penal Especial. Expediente N° 02-2018-15, Resolución N° 5, del 07 de enero de 2021, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 7.24.

J 0401 "Conforme se admitió el tema planteado para el desarrollo jurisprudencial, este se encuentra relacionado al tipo penal recogido en el primer párrafo del artículo 400 del

Código Penal, que sanciona a quien, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que conocerá, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo. Del análisis de este tipo penal, los elementos constitutivos son:

a) El núcleo rector se encuentra expresado con la frase "invocando influencias con el ofrecimiento de interceder", esta expresión marca la especificidad típica de esta modalidad de corrupción. b) Las frases "recibir, hacer dar o prometer" configuran modalidades delictivas, que no bastan para configurar el delito. c) "Donativo, promesa o cualquier ventaja", son los medios corruptores. d) "Con el ofrecimiento de [...]" constituye el componente teleológico de la conducta, es el destino de la acción ilícita".

Sala Penal Permanente. Casación N° 911-2018-Lambayeque, del 18 de agosto de 2020, magistrado ponente: Castañeda Espinoza, considerando 6.

J 0402 "La oferta de influencias hace alusión a la frase "El que invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para si o para un tercero (...)", poniendo de manifiesto lo tres verbos rectores de la condcuta típica del traficante de influencias, siendo la intercesión, la modalidad que lo diferencia de otros delitos de corrupcion".

Sala Penal Especial. Expediente N° 00011-2019-6, Resolución N° 03, del 08 de enero de 2021, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 7.8.

- **Recibir, hacerse dar o prometer para sí o para un tercero donativo, ventaja, promesa o beneficio**

  - **Recibir, hacerse dar o prometer para sí o para un tercero**

D 2398 "Obtención de beneficios. La contraprestación por el "servicio" de influir en funcionarios públicos consiste, usualmente, en un beneficio patrimonial o la promesa de recibir tal beneficio para el mismo sujeto activo o a favor de un tercero. Aquí rigen las mismas reglas ya vistas para el "cohecho pasivo y activo".

El beneficio obtenido u ofrecido puede ser para el propio traficante o para un "tercero". Este tercero será cualquier otra persona natural o jurídica, particular o funcionario, incluso del propio funcionario sobre el cual se va a ejercer la influencia. En este último caso puede producirse el "concurso"; sobre todo, con la tentativa de "cohecho pasivo". No puede ser otra la interpretación pues en caso de excluir este último supuesto habría un vacío incomprensible e innecesario en caso de que el "tráfico de influencias" no llegue al grado de tentativa de "cohecho" (impunidad por este delito y también como "tráfico de influencias")".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 533.

D 2399 "De ese modo, el hecho punible de tráfico de influencias se verifica o aparece cuando el agente (ya sea funcionario, servidor público o particular) invocando o teniendo influencias reales o simuladas, ofrece a un tercer interesado, interceder ante un funcionario o

servidor público que esté conociendo, ha de conocer o haya conocido un caso judicial o administrativo, a cambio de donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio que recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 701.

D 2400 "En la conducta del agente, debe estar presente alguno de los medios o mecanismos corruptores del donativo, hacer dar o hacer prometer un beneficio patrimonial o cualquier otra ventaja o beneficio. Si en determinado hecho investigado llega a verificarse que ninguno de los medios citados concurre, sencillamente el delito de tráfico de influencia no aparece".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 720.

D 2401 "Otro elemento objetivo del delito en hermenéutica jurídica lo constituye el recibir, hacer dar o prometer para sí o para un tercero un donativo o cualquier otra ventaja por parte del traficante. Es decir, el agente invocando tener influencias reales o simuladas o evidenciando tenerlas ante un tercero interesado, logra que este le entregue o prometa entregar en el futuro un beneficio patrimonial o de cualquier otra naturaleza".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 719.

D 2402 "El recibir significa que el agente acepta, acoge, admite, embolsa o toma el donativo u otra ventaja o beneficio que el tercero interesado le entrega a cambio de las influencias que ofrece aquel. El tercero interesado ya está predispuesto a hacer la entrega a cambio de la promesa de influenciar. Mediante el uso del verbo recibir, el legislador ha pensado, en primer lugar, que la iniciativa proviene generalmente del tercero que da la ventaja. Mediante el acto de entregar –en caso de no existir pedido de parte de quien recibe– el que da empuje al agente a aceptar y recibir la ventaja, ocasión en que este último ofrece interceder para hacer lo que pide el tercero".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 719.

D 2403 "La segunda modalidad típica, implica que el agente deba "recibir, para sí o para otro". Donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio, para interceder ante un funcionario público o servidor público que haya conocido, este conociendo o vaya a conocer un caso judicial o administrativo. Bajo esta hipótesis del injusto, puede darse dos alternativas: que el traficante le haya pedido al tercero, el beneficio económico, por lo que recibe el dinero o, que haya sido el propio litigante, quien le haya solicitado sus servicios.

Conforme la descripción anotada, se tiene que la acción de recibir supone el ingreso del donativo o beneficio a la esfera de custodia del agente, –distinto es el caso de la promesa–, habiéndose puesto de acuerdo ambos protagonistas del pacto *sceleris*, de manera, que en esta modalidad del injusto de Tráfico de Influencias, si toma lugar la tesis del delito "plurisubjetivo"

(participación necesaria), donde el traficante responde como autor y el comprado de humos a título de participación delictiva, incidiendo en negar la materialidad de esta variante típica, cuando uno de los dos involucrados no acepta formar parte del convenio ilícito, sin embargo, si es que se acredita que el traficante de influencias solicitó la dádiva al tercero, ha de responder como autor, de la modalidad delictiva recedente (solicitar)".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 690 y 691.

D 2404 "La actividad típica hace mención a una conducta que requiere de una materialidad determinada, en este caso recibe el que entra en la tenencia material del objeto que se entrega. Recibir implica una efectiva dación, traspaso, o entrega de: donación, promesa cualquier otro tipo de ventaja o beneficio; supone una traslación física, el desplazamiento del bien de la esfera de custodia del traficante de influencias, como el dinero o un artefacto eléctrico; más en algunos casos, como acciones, utilidades o depósitos en cuentas corrientes, sería un traspaso inmaterial así como la suscripción de un contrato de compraventa (ficticio), no es la *traditio* física lo que da en materialidad al acto, sino la tradición jurídica.

La recepción del donativo o cualquier tipo de ventaja, no necesita, de un cargo firmado de la rúbrica del agente, estamos frente a un acto ilícito, cuyos protagonistas pretenden que se quede en el anonimato, ocultando cualquier tipo de evidencia, que tienda a mostrar el pacto *sceleris*.

Hemos indicado, que recibir significa la recepción del donativo por parte del traficante de humos, lo que no debe dar entender que debe ser de propia mano; el litigante yo el administrado, puede entregar el dinero a un tercero, máxime, cuando la misma literalidad normativa, dispone que el beneficio puede ser para sí o para otro.

No recibe, quien únicamente se limita a observar el beneficio, sin hacerlo ingresar a su esfera de custodia, a menos que el dinero sea colocado en un lugar donde la gente acostumbra realizar una determinada actividad".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 691.

D 2405 "La "recepción importa la entrega del bien (dinero, joyas, etc.), por parte del comprador de humos, ingresando el bien a la esfera de custodia del agente, la traslación del donativo puede ser física o mediando el uso de la tecnología informática (depósitos de dinero, vía electrónica).

La recepción puede darse de forma inmediata, ni bien tomar lugar en el pacto, o en un acto ulterior, siempre que haya quedado establecido de antemano el momento, el lugar y el bien a recibir. Recibir, (...), e entrar en la tenencia del dinero o de la dádiva, adquiriendo la disponibilidad de esta".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 701.

D 2406 "Con relación al verbo "recibir", en términos de la RAE, proviene del latín *recipere*, es decir, Dicho de una persona. Tomar lo que le dan o le envían. Hacerse cargo de lo que

le dan o le envían", por lo tanto, el agente delictual, asume como tal el medio corruptor, ingresándolo a su esfera personal, es decir, se trata de un accionar concreto, en el cual aparece evidenciado el pacto venal, todo ello, orientado al ofrecimiento para interceder ante el funcionario o servidor público vinculado al caso judicial o administrativo, que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 801.

D 2407 "El hacer dar significa que el agente logra o convence al tercero interesado que le entregue, ceda, conceda, facilite o provea del donativo u otra ventaja. Hacer dar se traduce en el hecho que el agente-traficante, invocando tener influencias, logra que el tercero interesado le dé o facilite un donativo u otra ventaja o beneficio. El agente no se limita a recibir, sino a hacer nacer en el tercero interesado la voluntad de entregar el donativo u otro beneficio a cambio de las influencias que oferta el traficante".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 719 y 720.

D 2408 "La tercera modalidad del injusto, comporta "hacer dar, para sí o para otro", donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio, para interceder ante un funcionario público o servidor público que haya conocido, este conociendo o vaya a conocer un caso judicial o administrativo".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 691 y 692.

D 2409 "La fórmula normativa de "hacer dar" hemos de entenderla conforme el sentido de la descripción típica, cuando se hace alusión que el donativo promesa o beneficio, puede ser "para sí o para un tercero", en tal medida, esta variante del injusto, importa en principio, que el agente, promueve, a través del acto motivador de ejercer influencias, que el comprador de humos le entregue a este tercero el donativo la promesa o el beneficio; así también, cuando el agente se hace dar a sí mismo el donativo, mediando una cierta presión psicológica hacia el comprador interesado, que puede llegar a un acto de constricción, producto de una amenaza o coacción, si esto es así, no estamos frente a un acto de plena libertad, manteniendo incólume, la tipicidad y antijuridicidad de la conducta, más al obrar bajo un miedo insuperable puede quedar exento de pena".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 701.

D 2410 "Respecto al verbo "dar", según la RAE, proviene del latín *dare*, por lo tanto, implica, "donar, entregar, ofrecer materia para algo"; en ese sentido, respecto al delito de tráfico de influencias, el legislador, utiliza la técnica de redacción, "hacer dar", situación que implica que el vendedor de influencias, en mérito al contundente influjo impreso en el comprador de influencias, logra que este último, entregue el medio corruptor a favor del mismo traficante o de un tercero, todo ello, producto del ofrecimiento para interceder ante el funcionario

o servidor público vinculado al caso judicial o administrativo, que ha de conocer, este conociendo o haya conocido".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 801.

D 2411 "En cambio, la modalidad materializada por el verbo prometer significa que el agente invocando tener influencias logra que el tercero interesado le ofrezca, proponga, pacte o prometa la entrega de un beneficio patrimonial o de cualquier otra índole en un futuro cercano. Mayormente aparece cuando el agente logra que el tercero interesado le ofrezca entregar donativo una vez que el funcionario o servidor de la administración de justicia se pronuncie en un determinado sentido".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 720.

D 2412 "La cuarta modalidad del injusto, implica "prometer, para sí o para otro", donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio, para interceder ante un funcionario o servidor público que haya conocido, este conociendo o vaya a conocer un caso judicial o administrativo".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 692.

D 2413 ""Prometer" es asegurar, jurar a alguien la realización de un determinado evento, en este caso, el traficante de humos, logra que el comprador le prometa la entrega de un donativo, promesa, ventaja o beneficio; promesa, que debe ser sería, real, determinable y de posible concreción.

La perfección delictiva toma lugar, cuando el comprador de influencias suelta la promesa de concederle al autor, un donativo, ventaja o beneficio, sin tener que acreditar su ulterior cumplimiento; el hecho de que el comprador no cumple la promesa no enerva la tipicidad penal de la conducta de ambos participantes del evento delictivo".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 702.

D 2414 "Con relación al verbo "prometer", la RAE, conforme aparece detallado en el apartado anterior, indica, que proviene del latín, *promissa*, situación referente a un escenario futuro, es decir, en términos de la citada entidad: "expresión de la voluntad de dar a alguien o hacer por el algo. Persona o cosa que promete por sus especiales cualidades". Por lo tanto, traslado el concepto al escenario concreto, se advierte que el traficante de influencias, en mérito al contundente influjo, respecto al peso de la influencia (real o simulada) generado por el ofrecimiento para interceder ante el funcionario o servidor público vinculado al caso judicial o administrativo, que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido, logra que el comprador de influencias, prometa entregar, en tiempo futuro, el medio corruptor".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 801.

D 2415 ""Con el ofrecimiento de interceder" ante funcionario o servidor es el componente del tipo penal que orienta el mensaje enviado por el traficante cuando invoco influencias y que corresponde a las expectativas de la persona interesada que da el donativo o la ventaja".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 372.

D 2416 ""Interceder" es pedir, bajo condiciones de ventaja o posibilidad de lograr la pretensión, a nombre de la persona interesada frente al funcionario o servidor público que ha de conocer, está conociendo o haya conocido el caso judicial o administrativo. La intercesión ofrecida puede circunscribirse a una causa justa o ilícita, que favorezca al interesado o no le perjudique o de ser el caso que perjudique a terceros. Solo en el supuesto que la intercesión se produzca, fase de agotamiento del delito, se verá afectada la Administración Pública".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 372.

D 2417 "Hay que tomar en cuenta que los medios corruptores aportados por el interesado deberán hallarse en vinculación directa con el ofrecimiento hecho por el traficante de interceder a los funcionarios o servidores que la norma penal consigna. De no existir ofrecimiento de intercesión y si la entrega del donativo, ventaja o promesa, se estará ante un acto de irrelevancia penal. Igualmente, si el sujeto público ofrece interceder o intercede sin que exista de por medio instrumento corruptor no podrá configurare esta modalidad especial de corrupción, quedando atípica la figura".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 374.

- Donativo, ventaja, promesa o beneficio

D 2418 "El delito de tráfico de influencias, tiene diversos medios corruptores, siendo, "donativo" "promesa", "cualquier otra ventaja o beneficio indebido", en ese sentido, al no advertirse los citados medios, el delito deviene en inexistente, por lo tanto, la identificación de los mismos, resultan ser determinantes para configurar el tipo penal aludido. Por otro lado, conforme se viene postulando en otros capítulos respecto a los delitos de corrupción de funcionarios, los medios corruptores tienen que tener (sic) naturaleza tangible, es decir susceptibles de ser utilizadas por el agente delictual, por lo tanto, resulta apropiada la tesis de Ramos Mejía, quien indica, respecto al concepto de dádiva:

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

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 797.

D 2419 "La RAE, conforme aparece explicado precedentemente, indica que la palabra donativo, proviene del latín "*donativum*", por lo tanto, significa, "dádiva, regalo, cesión, especialmente con fines benéficos o humanitarios". (...).

Siendo así, podemos concluir, conforme aparece asumida dicha tesis en todos los delitos de corrupción funcionaria, la "dádiva", puede ser cualquier regalo u obsequio con valor patrimonial, mueble o inmueble".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 798.

D 2420 "El donativo es aquel bien dado o prometido a cambio de la influencia efectuada por el agente. Donativo, dádiva o presente son sinónimos, expresan una misma idea: obsequio o regalo. La calidad del donativo penalmente relevante tiene que ver con su poder objetivo para motivar la voluntad y los actos del agente hacia una conducta deseada y de provecho para el que otorga o promete –otro funcionario o particular–. Se entiende que el donativo debe poseer una naturaleza material, corpórea y tener valor económico: bienes muebles, inmuebles, dinero, obras de arte, libros, etc.".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 721.

D 2421 "La promesa, en cambio, se traduce en un ofrecimiento hecho al agente de efectuar la entrega de donativo o ventaja debidamente identificada o precisa en un futuro mediato o inmediato. Se exige que la promesa resulte irrelevante para la configuración del delito. El delito se consuma con la verificación de la simple promesa.

El contenido de la promesa puede ser muy variado: la entrega futura de una oferta remunerativa, bien mueble o inmueble, ventajas (utilidades económicas, ascensos laborales, viajes, etc.). La modalidad de la promesa tiene que ser directa. El momento de hacerse realidad la promesa puede ser en un futuro cercano o mediato, incuso antes de que el funcionario o servidor influenciado se pronuncie de acuerdo con lo que el tercero interesado pretende. Lo fundamental es el vínculo que une a los actos del traficante con la promesa efectuada".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 721 y 722.

D 2422 "Según la RAE, conforme aparece detallado en el apartado anterior, indica, que proviene del latín, *promissa*, situación que implica, "Expresión de la voluntad de dar a alguien o hacer por el algo. Persona o cosa que promete por sus especiales cualidades. En ese sentido, "prometer", implica la existencia de un ofrecimiento o posibilidad inminente de concretarse en tiempo próximo, dicha promesa deberá tener connotación tangible, esto es, material, presupuesto por el cual, se puede advertir, que el legislador, opto por criterios de política criminal, adentro de la barrera de punibilidad, puniendo situaciones posibles y venideras".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 798.

D 2423 "Cualquier otra ventaja o beneficio debe entenderse como un mecanismo subsidiario y complementario, que cubre todo lo que no sea susceptible de ser considerado donativo. Es un cláusula general que completa la lista de ventajas enumeradas en el tipo penal –donativo promesa–. Comprende a cualquier privilegio o beneficio que solicita o acepta el agente con la finalidad supuesta de influenciar ante un funcionario o servidor jurisdiccional o administrativo; empleos, colocación en áreas específicas, ascensos, premios, cátedras universitarias, viajes, becas, descuentos no usuales, favores sexuales, favores laborales, etc.

En suma, la expresión "cualquier otro beneficio o ventaja"; comprende tanto cualquier beneficio patrimonial como no patrimonial, pero que implique una utilidad apropiada para que el agente convenga en recibirla o aceptarla como objeto de la promesa de parte del tercero interesado".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 722.

D 2424 "Respecto al presupuesto citado, se advierte una técnica de tipificación abierta con la finalidad de punir conductas contrarias al orden jurídico, es decir, utiliza la fórmula "cualquier otra ventaja o beneficio indebido", haciendo alusión a cualquier acciones en el cal pueda incurrir el funcionario o servidor público al comprometer la función pública, es decir, dicha técnica legislativa, responde a criterios de política criminal dirigidos a combatir la corrupción en las esferas estatales, por lo tanto, el escenario indeterminado permite ingresar todo tipo de dádiva, beneficios personales o a favor de terceros, los mismos que tengan naturaleza tangible.

En ese sentido, la ventaja o beneficio indebido, al responder a una técnica legislativa abierta, operara como medio corruptor, en la medida que tenga naturaleza tangible, por lo tanto, los favores sexuales o personales, forman parte de dicho conglomerado de beneficios".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 798 y 799.

J 0403 "Es un tipo penal instantáneo, de simple actividad, de resultado corto y de tendencia. Exige una conducta precisa, con independencia de que la misma forme parte o no de un plan delictivo que lleva a la constatación de una empresa criminal. La conducta típica está radicada –al ser un delito de encuentro– no solo en la invocación de una influencia a cambio de algo, sino que es indispensable, como compensación, que exista una aceptación de dar o prometer una ventaja solicitada".

Sala Penal Permanente. Casación N° 683-2018-Nacional, del 17 de julio de 2019, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 1.

J 0404 "(...) Los medios corruptores son: i) donativo: es aquel bien dado o prometido a cambio de la influencia efectuada por el agente. ii) promesa: se traduce en un ofrecimiento hecho al agente de efectuar la entrega de donativo o ventaja debidamente identificada o precisa en un futuro mediato o inmediato. iii) cualquier otra ventaja o beneficio: debe entenderse como un mecanismo subsidiario y complementario, cubre todo lo que no sea susceptible de

ser considerado donativo o presente. Es cualquier privilegio o beneficio que solicita o acepta el agente con la finalidad supuesta de influenciar ante un funcionario o servidor jurisdiccional o administrativo".

Sala Penal Especial. Expediente N° 02-2018-15, Resolución N° 5, del 07 de enero de 2021, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 7.24.

- **El ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo**

D 2425 "Ofrecimiento de influir en funcionarios. Esta es la prestación que el sujeto activo ofrece a cambio de los beneficios que busca obtener el interesado. Se vende la "influencia", o funcionario. Los funcionarios sobre los que se va a ejercer el influjo deben "haber conocido" o "estar conociendo" un caso judicial o administrativo; no se prevé el supuesto de la fuente colombiana que el funcionario vaya recién a conocer el caso ("... que haya de conocer de un asunto..."). Tampoco se necesita que haya influido de manera efectiva. Es por eso que el tipo penal peruano es equivalente en gran parte (no en el caso de las influencias simuladas) al artículo 430 del C.P. español, considerado críticamente por la doctrina como "acto preparatorio" del verdadero tráfico de influencias".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 531.

D 2426 "El tipo penal no exige que la influencia sobre el funcionario este dirigida a obtener de este un acto ilícito o uno licito; lo único que se exige es que el acto favorezca al "comprador" de la influencia. En ambos casos de conducta esperada del funcionario habrá delito, pues ninguna persona debe "vender" en ninguna forma la "función pública", pero obviamente deberá apreciarse el carácter del acto ofrecido para valorar el grado de culpabilidad del sujeto activo, pues habrá mayor gravedad si se vendiera influencias para hacer que el funcionario viole sus deberes funcionariales, y más grave será si este conlleva incluso la comisión de algún delito".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 532.

D 2427 "Otro elemento de tipicidad objetiva lo constituye el ofrecimiento que hace el agente al tercero interesado de mediar, abogar, terciar, recomendar, intermediar o interceder ante un funcionario o servidor de la administración de justicia: jurisdiccional o administrativa".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 722.

D 2428 "En otro aspecto, la mediación puede verificarse con el empleo de terceras personas –mediatez de la intermediación–, quienes se hallan en situación de mayor cercanía o allegadas para influir sobre el funcionario o servidor público que administra justicia, lo que generara un contexto de traficantes en cadena que pueden formar parte de una asociación ilícita. El contenido de esta intermediación puede versar sobre un petitorio lícito o ilícito, justo o injusto,

pero deberá tratarse de un efecto que favorezca al interesado o allegado o no le perjudique, o que perjudique a terceros".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 723.

D 2429 "El destino de las influencias que invoca o alega el traficante no es cualquier funcionario o servidor de la Administración Pública, sino solo un funcionario o servidor público que ejerce funciones al interior de la administración de justicia en el ámbito jurisdiccional o administrativo. Es más, no cualquier funcionario de la administración de justicia, sino aquel que ha de conocer, este conociendo o haya conocido un proceso judicial o administrativo que interesa al tercero ante el cual el sujeto activo invoca o afirma tener influencias. Si se verifica que el destino de las influencias es un funcionario o servidor público que no tiene alguna relación funcional con el caso o proceso que interesa al tercero, el delito en hermenéutica jurídica no se verifica".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 723 y 724.

D 2430 "El ofrecimiento de intercesión ante el funcionario público, puede ser para que este ejecute un acto contrario a sus obligaciones, es decir, en lesión a la legalidad o, de un acto propio del cargo, sin faltar a sus obligaciones. La orientación que motiva la compra de influencias, es de obtener una respuesta judicial o administrativa, conforme a un determinado sentido, sin necesidad que se devele la intención de promover una resolución jurisdiccional prevaricadora.

La intercesión que ofrece efectuar el agente, debe ser ante un funcionario público con potestad legal para conocer un caso, mejor dicho, con competencia para avocarse a su conocimiento".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 704 y 705.

D 2431 "Caso "judicial o administrativo", señala expresamente la redacción normativa, advirtiéndose un vacío con respecto a la actuación funcional del Fiscal, sus decisiones no son jurisdiccionales, a nuestro parecer tampoco administrativas, al revelar una naturaleza singular. Vacío que puede generar ciertos visos de impunidad, su inclusión en ámbito del tipo, tal como se encuentra reglado el tipo penal, podría generar una afectación al principio de legalidad".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 705.

D 2432 "Aspecto importante a saber, es el conocimiento sobre el caso (judicial o administrativo), en cuanto a su marco temporal; el legislador, ha definido tres situaciones, primero: –la actuación funcional del sujeto público se proyecta a futuro, cuando dice "haya de conocer", esto quiere decir que el juez –por ejemplo–, no se ha abocado al conocimiento del caso, en tanto aún está en trámite la impugnación incoada por una de las partes, pero se sabe de

antemano por cuestión de turno, que el será quien tome la competencia del grado. Supongamos, que, por razones ajenas a la voluntad de los sujetos delictivos, luego de perfeccionado el pacto, dicho magistrado ya no es competente (por enfermedad, vacaciones, suspensión, etc.), igual se mantiene intacto el juicio de tipicidad penal, lo importante es que al momento de los hechos, dicho funcionario era visto como el juzgador competente".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 705.

D 2433 "Segundo, se dice "este conociendo un caso", esta circunstancia temporal, es la que anida más en la práctica de este ilícito proceder, el sujeto interesado apostara más por el traficante, cuando sabe que el caso, que le interesa ser favorecido, está en pleno trámite, posibilitando la emisión o el dictado de una decisión (jurisdiccional o administrativa)".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 705.

D 2434 "Tercero, toma lugar cuando "haya conocido un caso judicial o administrativo", esto es, el sujeto público perdió competencia del caso; supuesto que, en definitiva, trae consigo reparos, semejantes a los esbozados en el cohecho subsecuente, pues nos preguntamos: ¿Si es que alguien (litigante), esté llano a negociar con un traficante de humos, cuando sobre el caso, ya recayó una decisión final por parte del funcionario público? Pensamos que no, en tanto ya no sería posible que el funcionario cambie su decisión y, si fuese así, el sujeto interesado recompensaría directamente al funcionario público, por haber resuelto el caso a su favor".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 706.

J 0405 "Que, en cuanto al delito de tráfico de influencias, dicho tipo penal exige que el ofrecimiento de interceder a favor de alguien se refiera a un caso judicial o administrativo, situación que no se da en el presente proceso; puesto que el ofrecimiento de "ayudar porque tiene contactos", constituye parte del ardid que utilizaron los procesados para estafar a sus víctimas, por lo cual dicha conducta se encuentra subsumida la figura típica de estafa; máxime, si de autos no se desprende prueba fehaciente de que alguno de los procesados en efecto tenga contactos con algún funcionario o servidor público que pueda intervenir en el proceso de admisión al ya referido instituto policial".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 3889-2011-Junín, del 27 de setiembre de 2012, magistrado ponente: Tello Gilardi, considerando 6.

J 0406 "2) Si bien, el enfoque de la defensa técnica se respalda en la jurisprudencia del "caso Petroaudios", es de manifestarle que basado en el principio legalidad en específico, la "ley estricta" como bien lo explica la Dra. Ana Laura García, en el trabajo de investigación de la Universidad de la República de Salto, lo estricto, indica que "no es suficiente con la ley sea previa y escrita, es necesario que se respete su significado esencial, esto último tiene que ver

con la claridad de taxatividad con que debe determinarse las conductas prohibitivas y las sanciones aplicables".

Nuestro Código Penal en el artículo 400, establece que el funcionario conoce, esté conociendo o haya conocido, un caso "judicial o administrativo", más no hace mención restringida del que para su configuración solo se trate de un proceso administrativo sancionador, de ahí que la restricción significa soslayar el principio constitucional de legalidad previsto en el artículo 2, inciso 24, acápite "d" de la carta magna así como lo establecido en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal.

Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios. Expediente N° 00033-2018-50-JR-PE-03, Resolución N° 8, del 10 de septiembre de 2020, magistrado ponente: Chavez Tamariz, considerando 1.1.3.

J 0407 "3) La defensa técnica hizo mención a la jurisprudencia comparada, a lo que en ese mismo escenario el Juzgado le señala que, si se tiene en cuenta al artículo 428 del Código Penal español, "se castiga al funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con este o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero".

Al respecto se emitió jurisprudencia, sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo español N°311/2019 de 14 de junio 2019, que establece circunstancias que deben concurrir para apreciar este delito:

- La influencia debe estar orientada a conseguir una resolución, (excluyendo la persecución de otra clase de actuación administrativa, como informes, actos de mero trámite, etc. (Fundamento jurídico cuarto.1, primer y segundo párrafo)
- La resolución debe poder generar para su autor un beneficio.
- El beneficio ha de ser de naturaleza económica.

Según se ha verificado del caso Petroaudios en el F.J. N° 40, considera que el proceso de selección cuyo objeto era la contratación de empresas no es equiparable a un proceso administrativo; sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo Español, considera que la acción de influencia ejecutada para que tenga la connotación delictiva debe estar orientada a conseguir una resolución beneficiosa para el autor del hecho en cuanto al fondo de una pretensión administrativa. Por lo tanto si el autor no persigue el dictado de una resolución en el anterior sentido, sino lo que se persigue es que se emita por un funcionario influenciado actuaciones que no constituyen verdaderas resoluciones que afecten sobre el fondo, sino a actos de trámite como informes, consultas, aceleración de expedientes, información sobre datos, nos encontramos ante una infracción de orden administrativo y no penal. En este sentido, los procesos seguidos ante el extinto Consejo Nacional de la Magistratura constituyen en esencia procesos administrativos en aplicación del artículo 29 de la Ley de Procedimientos Administrativos General al existir un pronunciamiento sobre el fondo de un asunto contenido en una resolución administrativa, que orienta por una postura amplia, entendido este como "cualquier procedimiento, en cualquiera de sus fases, que culmine en un acto administrativo propio de la voluntad expresa de la administración".

4) En consecuencia, la postura de la abogada defensora no es de recibo por este juzgado, pues si se ve afectado el bien jurídico protegido a partir de la imputación penal expuesta por la representante del Ministerio Público, permite inclinarse sobre la existencia del delito, con independencia si existe un procedimiento administrativo sancionador, pues al ser el bien jurídicamente protegido del tráfico de influencias "el correcto funcionamiento de la Administración Pública", cuando se ve afectado es incuestionable que se afecta el bien jurídico, el que debe ser tutelado porque como lo menciona el catedrático de la Universidad de Salamanca, Aróstegui Moreno, "juega un papel relevante porque las conductas incriminadas afectan negativamente las funciones y estructuras sociales" , y por último, no se aprecia que "en ninguno de los tratados internacionales que vinculan al Perú en la lucha, control y prevención de la corrupción establece un contexto típico que restrinja el tráfico de influencias a un caso judicial o administrativo", menos que el concepto de caso administrativo deba inclinarse por una tesis restringida como el propuesto por el accionante, sin que esto signifique, vulneración a una facultad que no ha sido reconocida por el derecho nacional ni convencional en invocación del artículo 18 de la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción y en íntegro del contenido normativo de la Convención Interamericana Contra la Corrupción.

Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios. Expediente N° 00033-2018-50-JR-PE-03, Resolución N° 8, del 10 de septiembre de 2020, magistrado ponente: Chavez Tamariz, considerando 1.1.3.

J 0408 "Según el artículo 1 de la Ley de Procedimientos Administrativos Generales (LPAG - Ley N° 27444), son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta. Asimismo, el artículo 2 de la citada norma, establece que no son actos administrativos, los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios. Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar de esta Ley, y de aquellas normas que expresamente así lo establezcan. Los comportamientos y actividades materiales de las entidades.

Por su parte, Juan Carlos Morón Urbina, refiere que el acto administrativo es el resultado jurídico de un proceso de exterioridad intelectual que es emanado de cualquiera de los órganos de las entidades, para concretar en un supuesto específico la potestad conferida por la ley. Al constituir el acto administrativo, una típica manifestación del poder público, conlleva fuerza vinculante por imperio del Derecho. Asimismo, su naturaleza de decisión ejecutoria es sustancial para la configuración del acto administrativo, pues solo mediante este acto, la autoridad puede crear, reconocer, modificar, transformar o cancelar intereses, obligaciones o derechos de los administrados, a partir del contenido del acto que aprueba. De ese modo, la calidad de acto administrativo queda reservada para aquellas decisiones que por sí mismas generan efectos jurídicos para los terceros, en sus derechos, intereses u obligaciones, siendo estos efectos concretos, de materia y situación jurídico-administrativa específica. Así las cosas, la actuación pública que califica como acto administrativo ha de estar sujeta a los preceptos del Derecho Público o lo que es lo mismo realizada en ejercicio de la función administrativa.

En ese sentido, para este Colegiado, cuando el tipo penal de tráfico de influencias hace referencia a "caso administrativo", este debe ser entendido en sentido amplio, esto es, como cualquier procedimiento en el que esté de por medio una decisión administrativa discrecional.

Ahora bien, respecto a quien es el funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial y administrativo, debe precisarse que el destinatario de las influencias (reales o simuladas) que invoca el traficante no es cualquier funcionario o servidor público, sino solo aquel que en el ámbito jurisdiccional o administrativo tiene una relación funcional con el caso o el proceso que es materia de interés por parte del tercero. Así pues, cuando el tipo penal del artículo 400 del CP hace referencia al ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, indudablemente que se refiere a quien tenga competencia judicial o administrativa sobre un caso concreto, quedando fuera de dicho ámbito quienes no tengan facultades jurisdiccionales estrictas (jueces) o amplias (fiscales) respecto de un caso judicial y de funcionarios públicos que no estén investidos de poder discrecional administrativo.

Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios. Expediente N° 00033-2018-50-5002-JR-PE-03, Resolución N° 5, del 05 de enero de 2021, magistrado ponente: Guillermo Piscoya, considerando décimo séptimo - décimo noveno.

J 0409 "En el caso que nos ocupa, la defensa alega que un proceso de selección para presidente del CNM o la elección para el jefe de la ONPE no es equiparable a un proceso judicial o administrativo. Sobre el particular este Colegiado considera que la postura de la defensa no es de recibo, debido a que, en primer lugar, el método de contratación a través del cual se realiza el nombramiento del jefe de la ONPE, es el concurso público, el mismo que, de conformidad con el artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, se utiliza para la contratación de servicios. En ese sentido, el concurso público constituye un procedimiento de selección, que a su vez, es concebido como aquel procedimiento administrativo especial conformado por un conjunto de actos administrativos, de administración o hechos administrativos, que tiene por objeto la selección de la persona natural o jurídica con la cual las Entidades del Estado van a celebrar un contrato para la contratación de bienes, servicios en general, consultorías o la ejecución de una obra.

Asimismo, según la Resolución de la Sala Plena N° 008-2020-SERVIR/TSC, de fecha tres de julio de dos mil veinte, los concursos públicos de méritos o procesos de selección de personal en la Administración Pública, constituyen procedimientos administrativos especiales que producen efectos jurídicos sobre los participantes, por lo que la decisión o el resultado de tales concursos son actos administrativos. A su vez, de acuerdo al artículo 29 de la LPAG, por procedimiento administrativo se entiende al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados.

Según lo expuesto precedentemente, este Colegiado estima que el concurso público a través del cual se designa al jefe de la ONPE, constituye no solo un acto administrativo, sino un conjunto de actos administrativos que a su vez constituyen un procedimiento administrativo, dado que, mediante estos actos administrativos, se han producido efectos jurídicos sobre todos los postulantes, especialmente sobre aquel que finalmente fue nombrado en dicho cargo.

Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios. Expediente N° 00033-2018-50-5002-JR-PE-03, Resolución N° 5, del 05 de enero de 2021, magistrado ponente: Guillermo Piscoya, considerandos 20-22.

J 0410 "Esta Sala Suprema debe precisar como criterios doctrinarios dogmáticos que:

Las teorías doctrinarias que admiten la posibilidad del tráfico de influencias en cadena o, mejor dicho, la instigación en cadena se apoyan en la corriente funcionalista, que aún no se encuentra completamente incorporada a nuestro Código Penal por tener una orientación de base finalista (salvo que está regulado en el Código Penal español). Así, esta figura de instigación en cadena se entiende de la posibilidad de imputación de responsabilidad al instigador del instigador (*ad infinitum*) hasta llegar al vendedor de influencias.

13.2. Empero, no debe olvidarse que el delito de tráfico de influencias es una figura que adelanta las barreras de punibilidad (pues en teoría sanciona los actos preparatorios de otros delitos de corrupción de funcionarios). Por ello, considerar la instigación en cadena para este tipo penal acarrearía una sanción aún más adelantada de los actos preparatorios, que en la doctrina actual no cuenta con el consenso mayoritario sobre si dichas conductas conllevan real lesividad o peligro al bien jurídico tutelado".

Sala Penal Permanente. Casación N° 911-2018-Lambayeque, del 18 de agosto de 2020, magistrado ponente: Castañeda Espinoza, considerando 13.

J 0411 "Es de remarcar que el tráfico de influencias es un delito de encuentro porque exige de la intervencion dos o mas sujetos. Por un lado, el agente que ofrece influencias y, por otro, el que las compra. Sin embargo, este ultimo no respondera como autor, sino como complica o instigador. (...)".

Sala Penal Especial. Expediente N° 00011-2019-6, Resolución N° 03, del 08 de enero de 2021, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 7.13.

3. Tipicidad subjetiva

D 2435 "El tráfico de influencias es un delito doloso, no cae la comisión por culpa. Asimismo, la participación de los instigadores y cómplice primarios también se sanciona a título doloso.

Ahora, el tipo de dolo con el que deben actuar el autor como los partícipes es el directo, toda vez que las acciones que realizan exigen que dirijan su accionar de manera directa hasta la puesta en peligro del bien jurídico y la obtención del beneficio o ventaja indebida; es decir, el traficante y los demás participes (instigador o cómplice primario) actúan siempre motivados con la obtención de un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza.

En consecuencia, no es admisible en el tráfico de influencias el dolo eventual, en tanto no es posible que el traficante se represente recibir, hacerse dar u obtener una promesa de una ventaja indebida como consecuencia de la invocación u ostentación de las influencias reales o simuladas y que asuma las consecuencias de ello; sino que el contrario el traficante conoce y sabe bien lo que pretende hacer, por ello realiza conscientemente las conductas típicas y los medios corruptores para obtener los objetos de acción del delito. En este mismo razonamiento se concluye que tampoco existe la posibilidad de que actúe por error de tipo".

LÓPEZ ROMANI, Javier. "El delito de tráfico de influencias en el Perú". En: GARCÍA CAVERO, Percy y VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (directores). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2020.

D 2436 "De la lectura de la fórmula legislativa se advierte que se trata de un delito netamente doloso, no cabe la comisión por culpa. Primero, el agente actúa con conocimiento y voluntad de invocar influencias, luego de ofertar al tercero interesado influir sobre determinado funcionario o servidor público de la administración de justicia a cambio de un provecho indebido para sí o para un tercero allegado. El dolo, sin duda, se extiende a los instigadores y cómplices".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 741.

D 2437 "Por las características de la fórmula legislativa peruana es lugar común, en la doctrina nacional, sostener que el delito de tráfico de influencias solo se perfecciona por dolo directo, ya que el agente –al atribuirse capacidad e influencia sobre el funcionario o servidor público de la administración de justicia, así como el ofrecer interceder– está dirigiendo intencionalmente su accionar hasta la puesta en peligro del bien jurídico y a la obtención de provecho indebido. El agente en todo momento actúa movido o motivado por el objeto de obtener un provecho o ventaja de cualquier naturaleza, puede ser patrimonial, sexual, laboral, etc. Actúa con ánimo de obtener ventaja".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 741 y 742.

D 2438 "No es posible, en consecuencia, que el delito de tráfico de influencias se materialice por dolo eventual. Menos, aunque exista la posibilidad de que el agente actúe por error de tipo. El traficante de influencias reales o simuladas conoce y sabe bien lo que pretende hacer".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 742.

D 2439 "La acriminación de esta figura delictiva, está condicionada a la concurrencia del dolo, conciencia y voluntad de realización típica. El agente orienta su conducta, a invocar a un tercero, influencias (reales o aparentes), recibiendo, o haciendo dar o prometer, para sí o para un tercero, donativo, promesa o cualquier ventaja o beneficio, con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público, que haya de conocer el caso, que lo esté conociendo o lo haya conocido.

El aspecto cognitivo ha de comprender todos los elementos constitutivos del tipo penal, en el sentido de saber que está traficando influencias, de recibir una prebenda económica, a cambio de torcer la imparcialidad de un funcionario o servidor público.

A parte del dolo no se exige la presencia de un ánimo de naturaleza trascendente (ánimo de lucro); la finalidad de obtener un provecho o una utilidad de cualquier índole, ya está cubierto por el dolo.

Un injusto concebido de esta forma, solo puede ser cometido con dolo directo, en tanto la dirección volitiva es de recibir un provecho, para sí o para un tercero".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 716 y 717.

D 2440 "El delito es doloso. Se requiere, por la propia naturaleza de la acción consistente en invocar influencias, de dolo directo para dar por perfeccionada en su tipicidad subjetiva el delito. Asimismo, es necesario el ánimo de lucro en la conducta del agente".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 374.

D 2441 "Es necesario el dolo directo. El dolo abarca no solamente el acto mismo de vender la influencia, sino también el compromiso de interceder en el futuro ante un funcionario público; por eso se trata de un caso de "dolo transcendente" o de "intención". Además, debe incluirse el "ánimo de lucro", pues el agente busca siempre un beneficio patrimonial. No puede bastar el "dolo eventual", pues los elementos objetivos, al ser conocidos no permiten otra cosa. Precisamente por eso es poco probable en la práctica algún caso de "error de tipo", pues la "venta de influencias" no es lícita en ningún caso".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 534.

J 0412 "El delito de tráfico de influencias, se encuentra tipificado en el artículo 400 del Código Penal, que establece: "El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, este conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo (...)". Asimismo, el segundo párrafo de dicho artículo, tipifica la agravante del tipo penal básico, cuando: "(...) el agente es un funcionario o servidor público (...)".

El bien jurídico protegido, constituye el normal desenvolvimiento de la Administración Pública, de conformidad a los parámetros de objetividad, imparcialidad e independencia de la actividad pública. El sujeto activo es cualquier persona. Sujeto pasivo es el Estado, como titular interesado, de que toda la actuación funcional en el seno de la Administración Pública tome lugar de forma objetiva e imparcial.

Modalidad típica: invocar o tener influencias reales o simuladas; el agente cita o aduce tener influencias con la finalidad de que el tercero interesado le entregue o realice la promesa de entregarle un donativo o cualquier otra ventaja o beneficio a cambio.

- La influencia puede ser real, es decir, el vínculo, la cercanía, la relación del traficante de humos con el funcionario o servidor público existe en el mundo fenoménico, importa algo verificable.
- Las influencias pueden ser simuladas, son aquellas inexistentes, irreales, fingidas, las que no tienen un correlato en el mundo fenoménico, dando lugar a una serie de maniobras, ardid y otras conductas afines, que permiten al agente enrostrar al comprador de humos una supuesta relación amical, de parentesco, laboral, etc. con el funcionario o servidor público.
- El tipo penal señala: recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, este conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo; la "recepción", importa a entrega, inmediata o ulterior, del bien (dinero, joyas, etc.) por parte del comprador de humos, ingresando el bien a la esfera de

custodia del agente; el "hacer dar" significa que el agente no se limita a recibir sino a hacer nacer en el tercero la voluntad de entregar el donativo u otro beneficio a cambio de las influencias que oferta el traficante; "prometer" es asegurar, jurar a alguien la realización de un determinado evento, en este caso, el traficante de humos, logra que el comprador le prometa la entrega de un donativo, promesa, ventaja o beneficio; promesa que debe ser seria, real, determinable y de posible concreción.

- Así también, el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, este conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo; se trata de un pacto ilícito entre el vendedor de humos y el sujeto interesado, plasmado en la bilateralidad de toda negociación, que exige el compromiso de prestación recíprocas; donde la mera invocación de las influencias, seguida de la proposición de entrega del donativo, promesa, ventaja o beneficio, aun no complemente la materia de prohibición, a ello debe añadirse un dato esencial el ofrecimiento que hace el autor al comprador, de interceder ante un funcionario o servidor público, que ha de conocer, este conociendo o haya conocido un caos judicial o administrativo.

En cuanto a su marco temporal, el legislador ha definido tres situaciones, primero: la actuación funcional del sujeto público se proyecta a futuro, cuando dice "haya de conocer", esto quiere decir que el juez –por ejemplo– no se ha abocado al conocimiento del caso, en tanto aún está en trámite la impugnación incoada por una de las partes, pero se sabe de antemano, por cuestión de turno, que él será quien tome competencia del grado, segundo: "esté conociendo un caso", el caso que le interesa ser favorecido, está en pleno trámite, posibilitando la emisión o el dictado de una decisión; y tercer, cuando "haya conocido un caso judicial o administrativo", el sujeto público perdió competencia del caso.

Tipo subjetivo, esta figura delictiva está condicionada a la concurrencia del dolo, conciencia y voluntad de la realización típica. Agravante, la calidad de funcionario o servidor público, no es suficiente con acreditar la cualidad funcional del autor, sino que el agente se haya aprovechado de dicha condición, para perpetrar el injusto; si no es así, la punición es de verse conforme al tipo penal base".

Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria. Precisión de Calificación Jurídica – Exp. N° 00006-2018-0-5001-JS-PE-01, Resolución N° 09, del 27 de marzo de 2019, magistrado ponente: Núñez Julca, considerando 21.

J 0413 "El tipo penal en cuestión es doloso. Como lo señala Rojas Vargas, el dolo necesario para perfeccionar la tipicidad subjetiva es el dolo directo ya que el agente esta dirigiendo intencionalmente su accionar hacia la puesta en peligro del bien jurídico y a la obtención del provecho económico".

Sala Penal Especial. Expediente N° 02-2018-15, Resolución N° 5, del 07 de enero de 2021, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 7.25.

4. Autoría y participación

- Autor solo puede ser el intermediario o gestor de intereses

D 2442 "La autoría y participación presenta peculiaridades. "Autor" solo puede ser el "intermediario"; el interesado es "partícipe necesario", pero nunca coautor, pues no es el quien

"invoca" ni "ofrece interceder". El funcionario público, en caso de conocer y querer estos elementos sería inductor del delito y, en caso de recibir efectivamente el soborno, autor de "cohecho pasivo", al igual que en este caso el "interesado" sería, además, autor de "cohecho activo"".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 535.

D 2443 "El interesado que compra la "influencia" no responderá usualmente como "partícipe" de este delito. Esto tiene su razón de ser en que el tipo penal sanciona el "tráfico" y los actos que colaboran con este tráfico, es decir, la parte de la "venta de la influencia"; para la parte de la "compra de la influencia" no se ha previsto nada específico. Sin embargo, si su contribución rebasa el "mínimo necesario", hay doctrina que justificaría su punibilidad como "inductor"."

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 536.

D 2444 "Puede, también, presentarse una coautoría, cuando dos o más sujetos comparten el co-dominio del hecho, realizando cada uno de ellos, una aportación necesaria para la realización típica".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 682.

D 2445 "La participación delictiva, puede manifestarse a través de la instigación (incitación a cometer el hecho punible) o, mediando una colaboración al autor en el decurso del *iter criminis*, siempre que se actúe dolosamente".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 683.

D 2446 "El delito de tráfico de influencias, al tratarse de un delito de dominio, respecto a la autoría directa, es perfectamente posible su admisión, por lo tanto, autor directo será aquella persona, sujeto no cualificado, esto es, traficante de las influencias reales o simuladas, quien dominando el curso causal delictual, por sí mismo, habiendo invocado o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, este conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 812.

D 2447 "Respecto a la autoría mediata, conforme se viene sosteniendo en los diversos apartados, no resulta posible su admisión en el delito de tráfico de influencias, por cuanto, al ser considerado dicho ilícito como delito de mera actividad, el alto nivel personalísimo, impuesto por la técnica legislativa en la redacción de los verbos rectores, nos advierte la ejecución directa del autor, diluyendo la posibilidad de instrumentalizar a un tercero".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 812 y 813.

D 2448 "Con relación a la coautoría, de la misma forma que el supuesto anterior, no sería posible por el criterio personalísimo impuesto por los verbos rectores, propio de un delito de mera actividad".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 813.

D 2449 "Conforme se viene sosteniendo en anteriores capítulos, la participación delictual, aparece fijada en el art. 24 y 25 del CP, esto es, instigación y complicidad, respectivamente. En ese sentido, respecto al delito materia de análisis; no existe problema alguno para aceptar su admisión, es decir, respecto a la complicidad, será cómplice (primario o secundario) el sujeto que coopera con el plan del autor, esto es, participando antes o durante la ejecución delictual, sea coadyuvado a la creación de un escenario ficticio, respecto a la figura de influencias simuladas o en su defecto, reforzando en plan criminal del autor rente al comprador de influencia, respecto al ofrecimiento de la influencia, según el caso concreto".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 813.

D 2450 "De la misma forma, respecto al destinatario del medio corruptor, esto es, el "tercero", quien siempre aparece vinculado con el agente delictual, deberá responder como cómplice primario del delito de tráfico de influencias, en la medida que con anterioridad al momento de la comisión delictual tenga conocimiento del escenario ilícito, por cuanto en este extremo, estaríamos ante una modalidad delictual de participación necesaria o delito de encuentro".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 813.

D 2451 "Por otro lado, será instigador, el sujeto que determina al autor directo, creando o gestando la idea criminal en él, con la finalidad que presente el ofrecimiento, real o simulado, de la influencia respecto al tercero, comprador de la influencia. Finalmente, conforme se viene sosteniendo, la participación delictual (complicidad e instigación" deberá ser analizada, según los lineamientos del principio de accesoriedad de la participación frente a la autoría, tanto cualitativa y cuantitativamente".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 813.

- **El tercero interesado como instigador**

J 0414 "El análisis de este punto debe partir necesariamente del principio de accesoriedad de la participación, que no es sino una concreción del concepto restrictivo de autor. Según este principio, el partícipe ocupa un lugar accesorio respecto del protagonista del delito, esto

es, el autor. La doctrina ampliamente mayoritaria conviene en la necesidad de exigir ciertos elementos del delito cometido por el autor para admitir la punibilidad de la participación, tales como que el hecho principal sea típico y antijurídico (accesoriedad limitada) (...). En ese sentido, ha de quedar claro que el partícipe desarrolla un papel facilitador de la ejecución del delito y no el rol de ejecutor dueño y señor del hecho. El aporte del partícipe en este sentido, ya sea en fase de preparación o de ejecución, supone su involucramiento en el hecho típico y, por tanto, lo hace penalmente competente por el mismo. Es decir, su prestación debe expresar el sentido de facilitar o posibilitar la ejecución del delito, configurando uno o más de sus componentes típicos (...) Esta consideración básica resulta de suma importancia para el problema abordado en la medida en que permite delimitar *prima facie* el ámbito de la intervención delictiva y, en consecuencia, sienta las bases para definir el título de imputación del tercero interesado en el delito de tráfico de influencias.

El primer párrafo del artículo 25 CP prevé la regla general de la complicidad primaria, en los siguientes términos: "El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor". De igual forma, el artículo 24 del mismo cuerpo de normas regula el instituto de la instigación con el siguiente tenor: "El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor". A partir de una interpretación literal de ambos preceptos, hay quienes consideran que no existe inconveniente alguno para que el solicitante de las influencias, esto es, el comprador de las mismas, responda penalmente tanto a título de cómplice (primario), como a título de instigador (...). Sin embargo, aunque una interpretación ceñida al texto de la ley es lo más acorde con el principio de legalidad, el entendimiento trazado en el párrafo anterior sobre la participación del interesado en el delito de tráfico de influencias es demasiado estrecho, ya que no valora la real dimensión de los institutos dogmáticos de la complicidad y la instigación. 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 [por ejemplo, "A" tiene un proceso civil en el despacho del juez "B"; "C" le dice a "A" que tiene gran amistad con "B", y, por tanto, puede influir en este, pero a cambio de solucionar su problema deberá entregarle mil nuevos soles; en la conversación interviene "D" que reafirma la amistad entre "B" y "C" y la influencia de este sobre aquel. En el ejemplo citado, se advierte, pues, que "C" es autor y "D" cómplice del delito de tráfico de influencias, pues ayudó en la invocación de las mismas realizadas por "C"]; sin embargo, el "comprador o solicitante de influencias" [en este caso, "A"] nunca podrá ser considerado cómplice según los alcances del artículo 25 CP, como la persona que auxilia o colabora dolosamente 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, cosa que es materialmente imposible bajo cualquier circunstancia.

En este sentido, el tercero interesado en el delito de tráfico de influencias, mejor dicho, quien promete o entrega el donativo, la ventaja o el beneficio al autor, no puede ser considerado cómplice de tal ilícito [así lo entiende también la Ejecutoria Suprema de 24 de febrero de 2014 (R.N. N° 1692-2013)]. En sentido estricto, el "comprador o solicitante de influencias" no presta ningún tipo de colaboración en la comisión del delito –o, más concretamente, en la acción típica prevista por el tipo penal–, en la medida que él es partícipe necesario de un delito de encuentro, su colaboración "necesaria", o enmarcada dentro del rol típico, resultaría impune desde la perspectiva de la complicidad (...). Aun cuando la intervención del tercero

interesado en la fenomenología delictiva es indispensable para el hecho globalmente entendido como el comercio ilícito de influencias, resulta claro que su intervención no es propiamente de contribuir a la configuración de los elementos típicos centrales del delito de tráfico de influencias, tales como recibir o solicitar una ventaja indebida tras atribuirse la existencia de dichas influencias.

Es por esta razón que la instigación, entendida como una forma de intervención delictiva consistente en hacer surgir en otro la resolución criminal, o en determinar a otro a la comisión de un delito (término empleado por el artículo 24 CP), se erige en la condición sin la cual el evento delictivo no habría tenido lugar. En otros términos, el instigador es quien, mediante su influjo psíquico, determina a otro a cometer un delito, de manera que de no existir tal influencia el ilícito no se cometería. En esa línea de argumentación debe precisarse que a la conducta del instigador debe ser posible imputarle objetivamente la determinación dolosa del instigado a cometer el delito. Por lo tanto, no basta cualquier tipo de acto persuasivo, sino que el comportamiento del instigador debe ser objetivamente idóneo para provocar en el instigado la decisión inequívoca de cometer el delito. De este modo, este acto comunicativo del instigador hacia al instigado, no está referido a todas las acciones posibles que puede realizar este último para la comisión del delito, sino a aquellas acciones que necesariamente debe realizar para materializar dicho propósito delictivo (...). En esta medida, considerando siempre que la participación es una forma de intervención accesoria que, por ende, únicamente es posible cuando concurre un hecho cometido por un autor, la actuación del tercero interesado se erige claramente en una instigación. La conducta típica del autor (es decir, el vendedor de las influencias) responde única y sustancialmente al influjo psicológico del tercero interesado, quien lo determina dolosamente a llevar a cabo el hecho principal consistente en ofertar las influencias con el fin de favorecer a este último. Por lo tanto, siendo el acto de determinación del tercero interesado el que activa el comercio ilícito de influencias o el que, en cualquier caso, permite o refuerza su efectiva continuación, no expresa socialmente un sentido de facilitación de la conducta típica (no contribuye a la invocación de influencias ni al acto de solicitar o recibir una ventaja indebida), sino el sentido de una determinación e impulso psíquico de cometer el delito. De este modo, el impulso psicológico del tercero interesado no constituye cualquier tipo de aporte para posibilitar el delito, sino que está orientado exclusivamente a la compra de las influencias del autor del delito, resultando así claramente determinante para su concreción. Por lo demás, por imperio del principio de accesoriedad, la punibilidad de la instigación está supeditada a la realización efectiva del injusto típico del delito de tráfico de influencias por parte del instigado o autor, esto es, del vendedor de las influencias. 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.

En síntesis, el "comprador solicitante de influencias", es decir, "el interesado" en el delito de tráfico de influencias, solo podrá ser considerado instigador siempre y cuando sus actos en fase previa a la ejecución hayan creado o reforzado la resolución criminal en el "vendedor de influencias" mediante un influjo psíquico. Naturalmente, en el caso concreto deberá probarse

que efectivamente el interesado hizo surgir la resolución criminal del traficante de influencias o reforzó la resolución criminal preconcebida. Por tanto, si la solicitud de influencias del interesado no generó ni fortaleció la resolución criminal del autor, la conducta de aquel deviene en impune, en la medida que el tipo penal no abarca a otra forma de participación para dicho interviniente".

IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria - Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116, del 2 de octubre del 2015, magistrado ponente: Villa Stein y Pariona Pastrana, considerandos 7-11.

J 0415 "Que es de acotar, primero, que el sujeto activo del delito de tráfico de influencias –el autor– es el vendedor de influencias, mientras que el interesado (cobrador solicitante de influencias) solo puede ser considerado instigador, siempre y cuando sus actos en fase previa a la ejecución hayan creado o reforzado la resolución criminal en el "vendedor de influencias" mediante un influjo psíquico [Acuerdo Plenario 3-2015/CIJ-116, de dos de octubre de dos mil quince, Fundamento Jurídico undécimo]".

Sala Penal Permanente. Casación N° 683-2018-Nacional, del 17 de julio de 2019, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 4.

5. Tentativa y consumación

D 2452 "Este tipo legal se constituye en una conducta mutilada en dos actos normativamente delimitados: primero, se exige la invocación de una influencia mediante la motivación al vendedor de humo, de recibir una venta o promesa de cualquier índole, y segundo, la intercesión ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo; para efectos de consumación basta con que se haya celebrado el pacto *sceleris*, sin necesidad de una efectiva intercesión. Este compromiso constituye una finalidad ulterior a la consumación del delito, pues trasciende el propio ámbito del dolo, en la medida que la fase consumativa no exige el uso efectivo de las influencias por parte del traficante, la cuales pueden ser incluso irreales, esta intención ulterior, que no es abarcada por el dolo, refiere a un elemento de trascendencia interna intensificada como elemento subjetivo del injusto".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 686.

D 2453 "Es de observarse, que bajo la nueva redacción normativa, el tipo penal contenido en el artículo 400 del CP, mantiene su naturaleza bilateral, esto quiere decir, que requiere de las confluencias de voluntades criminales entre el traficante de influencias y el comprado de humos, en cuanto a la realización de prestaciones reciprocas: –el vendedor de humos, se compromete a interceder ante un funcionario o servidor público que haya conocido o esté conociendo o vaya a conocer un caso judicial o administrativo; por su parte, el comprador de humos, se compromete a pagar el precio convenido (donativo, ventaja, promesa o beneficio). Si es que despojamos al pacto *sceleris*, de la ventaja o el beneficio económico, la conducta atribuible a ambos protagonistas, es simplemente tipifica. Y, si quien solicita la dádiva, es

directamente el funcionario público competente para resolver el caso administrativo, se configura el delito de cohecho pasivo (propio o impropio).

Siendo así, podría decirse, que la realización típica del de tráfico de influencias, está supeditada al acuerdo entre ambos actores (vendedor y comprador de humos), dando lugar a un delito de participación necesaria, lo que no es tanto así, en la medida que al haberse incluido el verbo típico (solicitar"; hace de dicha modalidad delictiva, una de naturaleza "monosubjetiva", en el sentido de que la negativa del particular o funcionario, de formar parte en la ilícita negociación, no afecta la tipicidad penal de la conducta; lo que si índice es en afirmar la no responsabilidad penal del tercero lo que tampoco importa reconocer una posible tipicidad penal del traficante por una tentativa de estafa, pues lo que se tutela en este tipo penal es la imparcialidad de la actuación funcionarial de los sujetos públicos".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 688 y 689.

D 2454 "Situación distinta, ha de verse en las modalidades típicas de: "recibir, hacer dar o prometer", pues en dichos supuestos del injusto, si se necesita acreditar la aceptación del comprador de humos, de entregarle el beneficio o cualquier tipo de ventaja, con el propósito de que el traficante de influencias interceda a su favor ante el funcionario público que esta ventilado un caso que le interesa; configurando, por tanto, un delito "plurisubjetivo", esto es, de participación necesaria".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 689.

D 2455 "Según los contornos de la nueva redacción típica, el legislador estaría propiciando un adelantamiento al umbral de intervención penal, pues bastará ahora, con que se verifique que el traficante de humos haya solicitado una prebenda a un tercero, a fin de interceder ante un funcionario público que está conociendo un caso concreto, amén de afirmar la tipicidad penal de su comportamiento, sin necesidad de que el tercero acepte formar parte del ilícito convenio".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 689.

D 2456 "El delito de tráfico de influencias implica un adelantamiento de la barrera punitiva, respecto a un delito de cohecho; es, por lo tanto, un delito de peligro, en cuanto que para su realización típica no se exige la entrega efectiva del donativo, promesa o cualquier tipo de ventaja para sí (vendedor de humo) o para un tercero y de que se realice efectivamente la intercesión ante el funcionario público".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 689.

D 2457 "Para la consumación se precisa la recepción del beneficio para sí o para otro, o la promesa de obtenerlo. En el caso de la "promesa" hay un delito de "mera actividad": para

la consumación no se necesita que el sujeto activo cumpla con su ofrecimiento. La tentativa es posible en los dos casos, pero más difícil en el caso de la "promesa". Como el tipo penal se halla configurado como uno de resultado (se precisa la percepción del beneficio o de la promesa patrimonial.), no bastará para la consumación con el simple "ofrecimiento" de la influencia sin que el otro acepte. Pero tampoco es posible entender esto como una "tentativa"; con la mera "solicitud" o el "ofrecimiento" de influir en un funcionario público, según la estructura del tipo penal peruano, recién se está ante "actos preparatorios" impunes, pues para llegar a la recepción de bienes o a la aceptación de la promesa de la entrega futura de estos, todavía faltan pasos previos: las tratativas y la aceptación del otro. Recién cuando se den estas, y antes de la entrega de los bienes o la realización de la promesa, podríamos hablar de una "tentativa"".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 534 y 535.

D 2458 "En el supuesto de recibir, la conducta se perfecciona en el momento en que el agente, luego de invocar influencias reales o simuladas y ofertar al tercero interceder ante un funcionario o servidor público de la administración de justicia, recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 742.

D 2459 "En el supuesto de hacer dar, la conducta se perfecciona en el momento que el agente, luego de invocar influencias reales o simuladas y ofertar al tercer interceder ante un funcionario o servidor público de la administración de justicia, hace dar, solicita o requiere al tercer donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 743.

D 2460 "En el supuesto de prometer, la conducta se perfecciona en el momento que el agente, luego de invocar influencias reales o simuladas y ofertar al tercero intercede ante un funcionario o servidor público de la administración de justicia, hace que aquel tercero le haga la promesa de que en un futuro cercano de dará donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio. En este supuesto, para efectos de la consumación, no es necesario que el tercero luego cumpla con su promesa. Si se cumple la promesa esteramos ante un delito de tráfico de influencias agotado".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 743.

D 2461 "El delito de tráfico de influencias, tal como está regulado en nuestro sistema jurídico, se perfecciona o consuma con la sola promesa del traficante ante el tercero interesado, aunque luego aquel no cumpla con su compromiso. Sin embargo, este aspecto de modo alguno puede llevar a concluir que estamos ante un delito de mera actividad, pues el agente necesariamente requiere que el tercero interesado le haga la promesa para actuar. Si el

agente-traficante no logra que el tercero interesado le realice expresa o tácitamente la promesa de entregarle una ventaja indebida, todos los actos anteriores constituirán tentativa".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 743.

D 2462 "El delito de tráfico de influencias es un delito mutilado de dos actos. Es decir, el perfeccionamiento del injusto exige que quien invoca ser titular de influencias reales o simuladas, primero debe invocar tenerlas al tercero interesado, luego debe alegar expresa o tácitamente que a cambio de recibir, hacer dar o hacer prometer una ventaja o promesa de donativo, para finalmente comprometerse a interceder ante un magistrado judicial o funcionario a cargo de un procedimiento administrativo. De modo alguno, la consumación requiere que el ofrecimiento o compromiso de intercesión llegue a hacerse efectivo. Es decir, para efectos de la consumación no se exige que el traficante llegue realmente a interceder ni siquiera es necesario que llegue a intentarlo. Este compromiso constituye una finalidad ulterior a la consumación del delito, pues trasciende al propio ámbito del dolo, en la medida en que la fase consumativa no exige el uso efectivo de las influencias por parte del traficante, las cuales pueden ser incluso irreales".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 743 y 744.

D 2463 "Las formas de tentativa son perfectamente admisibles. Existirá la tentativa mientras no se produzca por parte del tercero interesado la promesa de dar o realizar alguno de los medios corruptores –recibir, hacer dar o hacer prometer donativo u otro beneficio–. En otro extremo, hay que tomar en cuenta que la sola existencia de medios corruptores entregados o prometidos no evidencia delito de tráfico de influencias si previamente no ha existido la invocación de influencia dirigidas al interesado por parte del traficante. Este aspecto, al ser parte central del núcleo de la acción típica, condiciona la configuración del tipo".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 744.

D 2464 "El delito de tráfico de influencias, resulta ser un tipo penal de comisión activa, por la misma naturaleza de los verbos rectores, esto es, "invocar", "tener", "recibir", "dar" y "prometer", subsecuentemente, no es posible la forma omisiva en sus dos vertientes, es decir, no es posible que el delito aludido pueda ejecutarse por omisión propia, por cuanto, el tipo penal citado, no registra expresamente dicha modalidad, situación necesaria para su admisión.

Por otro lado, la omisión impropia, no podría invocarse en el delito de tráfico de influencias, por cuanto, si bien es cierto la figura de omisión impropia es inferida en el tipo penal, no exigiéndose su señalamiento expreso, empero dicha figura, solo opera en la medida que el tipo penal analizado su estructura corresponda a señalamientos de un delito de resultado, determinado por el baremo "espacio y tiempo", situación que no aplica en un delito de mera actividad y de peligro abstracto, conforme fue explicado líneas arriba".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 809.

D 2465 "La tentativa existe en la medida que el tipo pena pertenezca a los delitos de resultado, es decir, que la conducta se encuentre determinada por el baremo "espacio-temporal", empero dicho supuesto deviene en inexistente, por cuanto, conforme se viene sosteniendo, el delito de tráfico de influencias, resulta ser un delito de mera actividad".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 811.

D 2466 "El delito de tráfico de influencias, pertenece a la categoría de los delitos de dominio, subsecuentemente, el perfeccionamiento del tipo penal, opera en la medida que la conducta delictual aparezca inmersa en cualquiera de los verbos rectores, conforme se viene sosteniendo, resultan ser de naturaleza activa y de comisión instantánea, supuesto afín a la estructura de los delitos de mera actividad, por lo tanto, el tipo penal alcance perfeccionamiento consumativo en la medida que el agente delictual, ofrezca al comprador de influencias, interceder a favor del funcionario o servidor público vinculado a la competencia del expediente administrativo o judicial, según el caso concreto".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 811.

D 2467 "El delito de tráfico de influencias, resulta ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto, por cuanto los verbos rectores fijados en el supuesto de hecho, esto es, "invocar", "tener", "recibir", "dar" y "prometer"; en ese sentido, será un delito de mera actividad, por cuando, los mencionados verbos rectores son de comisión instantánea, por lo tanto, resulta irrelevante para efectos consumativos, si el traficante de influencia, cumple el ofrecimiento de interceder ante el funcionario o servidor público que ha de conocer, este conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 805.

D 2468 "La forma agotada, opera en la medida que, habiéndose concretado el pacto espurio, entre el traficante y el comprador de la influencia, el traficante, obtiene el medio corruptor o en su defecto cumple el ofrecimiento de interceder con el funcionario o servidor público vinculado a la competencia del expediente administrativo o judicial. Es necesario precisar que, en el caso de llegarse a concretar el ofrecimiento, esto es, el traficante d influencias logra contactar con el uncionario o servidor público que ha de conocer, este conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo y este último acepta la pretensión ilegal del traficante, estaríamos ante el delito de cohecho pasivo específico, respecto al funcionario o servidor público, en la medida que este último acepte, reciba o solicite el medio corruptor en el ejercicio de sus obligaciones funcionariales, y respecto al traficante, debería responder por el delito de cohecho activo específico, por lo tanto, en este extremo, el delito de tráfico de influencias resultaría ser el acto preparatorio punible del delito de cohecho pasivo específico, según cada caso concreto".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 812.

D 2469 "El delito de tráfico de influencias es un tipo penal de consumación instantánea, la misma que se produce cuando el sujeto activo recibe el donativo, o cuando se produce la promesa de entrega del donativo, ventaja o beneficio".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 374.

J 0416 "Que, el delito de tráfico de influencias se caracteriza por el adelantamiento de la barrera de punición, en comparación al delito de cohecho; por ello, es que el tipo penal, para su consumación solo exige invocación de influencias, haciendo hincapié que resulta irrelevante si estas son reales o simuladas; en ese sentido, se exige como elementos objetivos que: a) el agente manifieste a alguien tener influencias reales o simuladas en la Administración Pública; b) el agente le ofrezca interceder ante un funcionario o servidor, ante un caos judicial o administrativo; y c) el agente reciba, haga dar o prometer para sí o tercero, un donativo o promesa".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 4218-2009-Piura, del 20 de abril del 2010, magistrado ponente: Rodríguez Tineo, considerando 3.

J 0417 "Este delito se consuma cuando se realiza el acuerdo de intercesión, esto es cuando el comprador de influencias o interesado acepta el ofrecimiento de influencias del traficante a cambio de dar un beneficio de cualquier índole. Por tanto, no se requiere que el traficante interceda efectivamente ante el funcionario público competente para el caso, basta solo con el acuerdo entre vendedor y comprador de influencias. (...)".

Sala Penal Especial. Expediente N° 00011-2019-6, Resolución N° 03, del 08 de enero de 2021, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 7.13.

6. Agravante

- La condición de funcionario público solo agrava la punibilidad, pero no la fundamenta

J 0418 "En el caso concreto la condición de funcionario público del autor (*intraneus*) solo agrava la punibilidad –la afecta, en todo caso, pero no la fundamenta–, pues se erige en una circunstancia agravante específica. Precisa, sobre el particular, el indicado precepto penal que: "*Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible*".

La cualidad de funcionario público del autor es un elemento personal especial, que en el caso del delito de tráfico de influencias, como ya se anotó, agrava la pena pero no la fundamenta –en cuyo caso, si la fundamentaría, la solución necesariamente sería distinta–. Entonces, si no se da en el partícipe este elemento personal especial no puede ser penado por el tipo agravado sino por el básico –la cualidad personal del autor, como estatuye el citado artículo 26 del Código Penal, no modifica la del partícipe del mismo hecho punible–".

Sala Penal Permanente. Casación N° 683-2018-Nacional, del 17 de julio de 2019, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 4.

7. Prescripción

J 0419 "No rige la regla de la dúplica del plazo de prescripción, prevista en el párrafo final de dicho precepto, porque el delito de tráfico de influencias es un delito de mera actividad, en función a la aceptación de dar o prometer una ventaja solicitada al autor. No es propiamente un delito contra el patrimonio del Estado. No se satisfacen, al respecto, las exigencias del Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116, de dieciséis de noviembre de dos mil diez, Fundamentos Jurídicos decimocuarto y decimoquinto".

Sala Penal Permanente. Casación N° 683-2018-Nacional, del 17 de julio de 2019, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 3.

XIII

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

1. Descripción legal

TEXTO VIGENTE

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[85].

TEXTO ORIGINAL

Artículo 401.- Enriquecimiento ilícito

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.

PRIMERA MODIFICATORIA

Artículo 401.- Enriquecimiento ilícito

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.

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[86].

SEGUNDA MODIFICATORIA

Artículo 401.- Enriquecimiento ilícito

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

---

85 Texto vigente conforme a la modificatoria efectuada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22 de octubre de 2016 en el diario oficial *El Peruano*.

86 Texto conforme a la modificatoria efectuada por el artículo 7 de la Ley N° 27482, publicada el 15 de junio de 2011 en el diario oficial *El Peruano*.

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.

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.

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[87].

TERCERA MODIFICATORIA

Artículo 401.- Enriquecimiento ilícito

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.

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[88].

CUARTA MODIFICATORIA

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.

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.

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[89].

QUINTA MODIFICATORIA

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

87 Texto conforme a la modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada el 6 de octubre de 2004, en el diario oficial *El Peruano*.

88 Texto conforme a la modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 29703, publicada el 10 de junio de 2011, en el diario oficial *El Peruano*.

89 Texto conforme a la modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 29758, publicada el 21 de julio de 2011 en el diario oficial *El Peruano*.

menor de cinco ni mayor de diez años 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, 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.

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[90].

2. Tipicidad objetiva

2.1. Bien jurídico

D 2470 "Es difícil encontrar aquí un objeto del bien jurídico concretamente protegido. En todo caso, hay un peligro abstracto en relación con todos los demás "objetos" protegidos por los demás tipos penales: la "imparcialidad del funcionario", el "patrimonio de la administración"; el "carácter público de la función pública", etc.".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 541.

D 2471 "El bien jurídico específico lo constituye el normal y correcto ejercicio de las funciones de los cargos y empleos públicos por parte de los funcionarios y servidores públicos que se deben a la Nación. No obstante, tomando en cuenta que en los delitos especiales contra la Administración Pública el bien jurídico siempre se presenta en principios o deberes, precisando más el bien jurídico específico en este delito, podemos aseverar que se pretende proteger los principios de trasparencia y de probidad que sustentan el ejercicio de las funciones de los sujetos públicos en la Administración Pública. De modo que con base en el principio de transparencia, se ve plenamente justificada la exigencia de la obligación impuesta al sujeto público de rendir cuentas al Estado respecto de su patrimonio. Lo último representa una forma de controlar la probidad con la que debe conducirse en el marco del ejercicio de su posición jurídico-institucional. Así también, en virtud del principio de transparencia, le es exigible al funcionario público mantener un status patrimonial acorde a los ingresos que de acuerdo a ley le corresponden".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 761.

D 2472 "El bien jurídico protegido en esta figura (...) tiene como fin tutelar la decencia administrativa y la salud de los negocios públicos. Lo que el delito trata de prevenir son las conductas anormales que persiguen el logro de aumentos patrimoniales prevaliéndose el funcionario público de su condición de tal".

90 Texto conforme a la modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 de noviembre de 2013 en el diario oficial *El Peruano*.

BUOMPADRE, Jorge. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo III. 3ª edición. Buenos Aires: Astrea, 2009, p. 350.

J 0420 "Que, en el presente caso, el delito acusado es el de enriquecimiento ilícito, previsto y sancionado por el artículo 401 del Código Penal, según la Ley N° 30111, de veintiséis de noviembre de dos mil trece. Lo esencial del tipo delictivo en cuestión se encuentra en el primer párrafo de dicho precepto legal, que estatuye: "El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos, (...)".

El delito de enriquecimiento ilícito, como se sabe, tiene como bien jurídico tutelado, desde una perspectiva genérica, el recto y normal desarrollo o desenvolvimiento de la Administración Pública; y, desde una perspectiva específica, el normal y correcto ejercicio de las funciones de los cargos y empleos públicos que se deben a la nación [Salinas Siccha, Ramiro: *Delitos contra la Administración Pública*, Editorial Grijley, Cuarta edición, Lima, 2016, p. 715].

Lo expuesto significa, entonces, que lo que se protege es, fundamentalmente, el fin prestacional, la objetividad y la legalidad en la Administración Pública, no tanto el patrimonio del Estado. El agente oficial tiene deberes de probidad y transparencia que delimitan sus actos como integrantes de un ordenamiento administrativo –delito especial de posición institucionalizada–; la probidad de la función pública se tutela en el contexto de toda la actividad funcionarial".

Sala Penal Permanente. Casación N° 277-2018-Ventanilla, del 21 de marzo de 2019, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 2.

2.2. Sujeto activo

D 2473 "Únicamente puede ser autor del delito el funcionario público. Incluso podría tratarse de un ex funcionario, siempre que "el enriquecimiento ilícito" que se le imputa (producido durante el tiempo que tenía la función) provenga de hechos cometidos durante el tiempo en que desempeño funciones públicas. Se trata de un "delito especial propio"".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 542.

D 2474 "El artículo 401 del Código Penal hace mención a una forma determinada de enriquecimiento ilícito en función del sujeto que se enriquece como al modo en que se produce; así, la figura solo es atribuible al sujeto público (funcionario y/o servidor), no comprendiendo al particular que se enriquece ni al sujeto público que se enriquece al margen de la razón por el cargo. De modo que solo puede ser sujeto activo de enriquecimiento ilícito aquella persona que tiene un cargo público, el mismo que es utilizado para incrementar ilícitamente su patrimonio".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 762 y 763.

D 2475 "Siguiendo el tenor de la redacción normativa, propuesta en el articulado, llegamos a la inferencia natural, que se trata de un delito "especial propio", en tanto solo puede ser cometido por un funcionario o servidor público, en el decurso de su actuación funcionarial".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 737.

D 2476 "Es sujeto activo con exclusividad el funcionario o servidor público. Al tratarse de una modalidad de corrupción resulta invocable la extensión de autoría realizada por la Convención Interamericana contra la Corrupción".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos.* Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 359.

D 2477 "Autor puede ser cualquier persona que ocupe o haya ocupado un cargo público en cualquiera de las funciones del Estado y en cualquiera de sus niveles (municipal, provincial o nacional)".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública.* 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 449.

J 0421 "Sin embargo, conforme se desprende de la interpretación del tipo penal –artículo cuatrocientos uno del Código Penal–, así como del desarrollo jurisprudencial del delito de enriquecimiento ilícito contemplado en los Recursos de Casación setecientos ochenta y dos-dos mil quince/Del Santa –expedido el seis de julio de dos mil dieciséis por la Sala Penal Permanente– y trescientos cuarenta y tres-dos mil doce/Lima –expedido el dieciséis de abril de dos mil trece por la Sala Penal Permanente–, el enriquecimiento ilícito no solo es subsidiario, sino que su contenido –incremento patrimonial injustificado– se presenta no como un elemento objetivo del tipo penal, sino como un supuesto de valoración indiciaria. En ese sentido, exigir que el representante del Ministerio Público detalle o precise de manera minuciosa este contenido antes del desenvolvimiento del juicio oral no solo contraviene el contenido de cada etapa procesal, sino que dicha contravención viene motivada por la errónea comprensión del tipo penal.

Respecto a ii) –vínculo funcional–, el representante del Ministerio Público ha sido lo suficientemente claro al formular la acusación en el vínculo funcional que ostentaba el imputado Marcos Arteaga al momento de la supuesta comisión del delito –alcalde de la Municipalidad de Ventanilla durante el periodo dos mil siete a dos mil catorce, y que conforme al informe financiero número quince-dos mil dieciséis se determinó un desbalance patrimonial total de cuatrocientos sesenta mil doscientos siete soles con doce céntimos–. Con esto se pretende subrayar que el nexo causal –vínculo funcional– estuvo presente en la imputación, conforme lo exige el artículo cuatrocientos uno del Código Penal. Por ello, una interpretación contraria –con base en una deficiente motivación– contraviene el mencionado tipo penal o, en otros términos, lo malinterpreta. Por ello, deben admitirse los recursos de casación interpuestos por el inciso tres del artículo ciento treinta y nueve del Código Procesal Penal".

Sala Penal Permanente. Casación N° 277-2018-Ventanilla, del 25 de mayo de 2018, magistrado ponente: Sequeiros Vargas, considerando 2.9.

J 0422 "El acto de enriquecerse requiere necesariamente de un despliegue de actividades por parte del sujeto activo es decir, es necesario que el sujeto activo se enriquezca "por razón del cargo". La modalidad conductual exigida es de orden funcional, no temporal. Ha de existir un abuso de poder específico que conlleve al efecto del enriquecimiento. El abuso funcional anotado forma parte del tipo objetivo; por tanto, no es suficiente, en los términos del tipo penal aplicable al caso, con que se haya verificado el enriquecimiento en el periodo investigado. El resultado del abuso funcional es el de un enriquecimiento efectivo, sustancial y real del funcionario o servidor público, evidenciado en un incremento ostensiblemente asimétrico con los ingresos percibidos por cualquier causa. A modo de ejemplo, puede suceder que un alto funcionario público del Estado, quien percibe una remuneración onerosa, utilice el tiempo, al que está obligado en la entidad pública, y delegue funciones al personal a su cargo, para dedicarse de manera subrepticia a realizar trabajos para sus empresas y obtener así ingresos. En este caso, el ingreso obtenido por su calidad de funcionario y los ingresos obtenidos por sus empresas mientras utilizaba el tiempo de trabajo en la entidad pública y en abuso de su cargo, permiten que obtenga ingresos por encima de su remuneración normal e incremente así su patrimonio".

Sala Penal Permanente. Casación N° 277-2018-Ventanilla, del 21 de marzo de 2019, Voto singular del magistrado Figueroa Navarro, considerando 15.

J 0423 "El delito de enriquecimiento ilícito se caracteriza por ser uno de los delitos denominados "especiales", es decir, el sujeto activo debe reunir determinadas características que no son comunes a todos los ciudadanos: funcionario y/o servidor público, que se enriquece por razón del cargo. El enriquecimiento patrimonial debe ser apreciable e injustificado. Otra característica es su connotación genérica y subsidiaria, de acción dolosa, que consiste en aprovecharse o hacer uso indebido del cargo para enriquecerse ilícitamente, mediante cualquier conducta que no esté tipificada como figura propia, tendiente a incrementar su patrimonio con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones, y que no puede ser razonablemente justificado por el mismo agente involucrado (Jorge B. Hugo Álvarez. *Delitos cometidos por funcionarios públicos con la Administración Pública*, Gaceta Jurídica, 2002, segunda edición, p. 224). Es subsidiaria o residual en la medida que si bien el enriquecimiento puede provenir de conductas delictivas (cohecho, peculado, extorsión, abuso de autoridad, etc.), si bien no se podría demostrar estas conductas delictivas, el legislador le ha salido al paso al servidor público corrupto con esta figura penal contra la Administración Pública, susceptible de enriquecer su patrimonio (Sebastián Solier. *Derecho Penal argentino*. Pez, Buenos Aires, Argentina, 1978, p. 204). Solo en la medida que el enriquecimiento no se deba a la comisión de otro delito funcional, será posible invocar la tipicidad el artículo 401 del Código Penal (Víctor Prado Saldarriaga. *Todo sobre el Código Penal*, Tomo 1, Idemsa, Lima Perú, 1996, p. 291".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 1076-2011-Lima del 13 de junio de 2012, magistrado ponente: Morales Parraguez, considerando 5.

2.3. Sujeto pasivo

D 2478 "Sujeto pasivo solo es el Estado, único titular del bien jurídico protegido como es el recto y normal funcionamiento de la Administración Pública.

En los casos concretos en los cuales los particulares reclamen ser agraviados con el enriquecimiento del funcionario o servidor público, estos deberán reconducir sus pretensiones por la vía civil correspondiente. No es factible que en sede penal se satisfaga sus expectativas de restitución o reparación civil".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 766.

D 2479 "Siguiendo el círculo secante, observado en el resto de figuras delictivas funcionariales, es de recibo proclamar al Estado como sujeto ofendido como titular de las actuaciones funcionales que toman lugar en el seno de la Administración Pública; ello no obsta, a reconocer, la legítima defraudación a los comunitarios, cuando observan como los funcionarios se enriquecen a costa del cargo público".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 740.

2.4. Conducta típica

- Incremento ilícito del patrimonio

D 2480 "El delito de enriquecimiento ilícito se configura cuando el funcionario o servidor público incrementa ilícitamente su patrimonio valiéndose abusivamente del cargo que ostenta en la Administración Pública. El incremento patrimonial indebido implica un desbalance inexplicable entre sus ingresos y la situación económica que exhibe. Muchas veces este desbalance es notorio a través de los denominados "signos exteriores de riqueza", plasmados en bienes de lujo o considerable valor, ritmo de vida, ostentación en el gasto u otros, que resultan incompatibles con sus ingresos legales. En otros casos el desbalance no es visible y se desprende más bien de información contable, bancaria o de otra naturaleza que, al cruzarse con la situación patrimonial del funcionario, no encuentra justificación en sus ingresos ilícitos".

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José y UGAZ HEUDEBERT, Francisco. *Delitos económicos, contra la Administración Pública y criminalidad organizada*. Colección de lo Esencial del Derecho N° 18. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2017, pp. 128 y 129.

D 2481 "El tipo penal exige que el sujeto activo cualificado incremente su patrimonio de manera ilegal, al margen de la normatividad preexistente, dicha ilicitud aparece vinculada, siempre, en razón del cargo funcionarial, es decir, abusando de las atribuciones y prerrogativas que le otorga el estatus especial de funcionario o servidor público. En ese sentido, la técnica de tipificación, utiliza es escenario comparativo, considerando como indicador inferencial los "ingresos legítimos" del sujeto activo, es decir, ingresos obtenidos por la actividad funcionarial y otros amparados por la ley, por ejemplo, el ejercicio de la docencia, herencias, donaciones justificadas, rentas o utilizadas por alquiler de bienes, etc.; sin embargo, dichos ingresos

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

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 824.

D 2482 "Según los términos del artículo 401 del CP peruano, se puede dar por configurado el tipo penal, cuando el estado patrimonial del agente advierta un incremento patrimonial, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente; el hecho de que en el tipo penal se diga, que el sujeto público "no pueda justificar razonablemente", no puede dar a entender, que bastará al acusador para lograr la conducta del acusado, con presentar como medio probatorio en el juicio, la declaración jurada, donde se advierte el incremento patrimonial que no se corresponde con los ingresos reales del funcionario público, ello constituye una base indiciaria o presuntiva importante, pero para que el juez pueda condenar al imputado, necesita de que otros medios probatorios lo lleven a la cereza, de que estos ingresos son ilícitos y, que fueron obtenidos en prevalimiento del cargo".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 741.

D 2483 "La conducta, cuyo disvalor ha merecido su penalización por parte del legislador, no puede ser cualquiera, primero, por motivos de imputación objetiva y del ámbito de protección de la norma y, segundo, por el hecho de que este tipo penal no castiga cualquier tipo de enriquecimiento (incremento patrimonial), que pueda atribuírsele al funcionario o servidor público, solo aquel que pueda ser reputado como "ilícito" y a su vez "conectado con el ejercicio de la actividad funcionarial"; (...) lo que está sancionando la norma no es el hecho de que los servidores públicos obtengan incrementos patrimoniales, como no podría hacerse ello dentro de un sistema pseudo-capitalista como el nuestro (que parte, precisamente, de la base de que las personas tienden a la acumulación de capital, y, consecuencialmente, a la estructuración de un patrimonio cada vez mayor), sino que tales incrementos patrimoniales aparezcan como injustificados".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 741.

D 2484 "El enriquecimiento no solo puede manifestarse en un incremento patrimonial, traducido en la adquisición de bienes, sino también, en la disminución del pasivo, en la amortización de deudas, que tiene al agente como sujeto deudor; (...) es evidente que se produce una mejora en el balance patrimonial, constituido por la confrontación o contraste entre el activo y el pasivo o entre los derechos y obligaciones de carácter patrimonial; lo cual obviamente implica la obtención de una ventaja y un cambio en el estado patrimonial del sujeto".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 742.

D 2485 "¿Qué hemos de entender por "incremento patrimonial"? Será en principio, una mejora en el acervo patrimonial del agente, sea con una mayor cuantificación de sus activos o con una disminución de sus pasivos".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 745.

D 2486 "Puede que estos incrementos patrimoniales, sean paulatinos, de forma escalonada el funcionario va obteniendo ingreso dinerario de origen ilícito, que recién pueden dar lugar a un real enriquecimiento, luego de varios años; con ello, queremos destacar que de plano no podrá apreciarse ese incremento de la DJ, donde el factor temporal podría generar un problema en el aspecto probatorio, de ahí que sea imprescindible sujetar la valoración de la tipicidad objetiva, de que el incremento patrimonial debe propiciar un apreciable enriquecimiento del sujeto activo, *contrario sensu*, cualquier incremento patrimonial insignificante, sería objeto de punición por este injusto funcionarial, lo que no se condice con la *ratio* de la norma".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 746 y 747.

D 2487 "¿Cuándo estamos frente a una justificación "razonable del incremento patrimonial"? En tanto y en cuanto, el patrimonio personal del funcionario público, antes de asumir el cargo o de experimentar un ascenso funcional, hacia viable, conforme a sus nuevos ingresos mensuales, la obtención de un apreciable incremento en sus activos, a los cuales pueden sumarse otros ingresos lícitos, que haya colocado en su declaración jurada de bienes y rentas, antes y después de finalizado el cargo".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 747.

D 2488 "En el supuesto de que el funcionario público no procede a justificar el enriquecimiento, previo requerimiento, a lo único que puede llevar, es a identificar un auténtico "requisito de procedibilidad", así, como en el delito de apropiación ilícita, cuando se exige que el agente, sea previamente requerido a la devolución del bien, vía carta notarial".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 749.

D 2489 "Consideramos que la inclusión de dicho presupuesto, únicamente ha de operar, en un sentido procesal y no material no se puede prever como elemento normativo del tipo, una conducta ajena a la realización del hecho punible, es decir, posterior a la consumación del delito, para coadyuvar la punición. Consideramos, que este añadido es ajeno a la materialidad sustantiva del enriquecimiento ilícito, cuya consumación ha de observarse con el incremento patrimonial; la no justificación razonable de dicho incremento, no importa una condición objetiva de punibilidad, en tanto, el merecimiento y necesidad de pena, están ya presentes, con el enriquecimiento lícito, a lo único que puede definir este elemento, es a la exigencia probatoria que recae sobre el imputado, cuando aquel alega en el Proceso Penal, que el incremento patrimonial es lícito".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 750.

D 2490 "El delito de enriquecimiento ilícito objetivamente se perfecciona cuando el funcionario o servidor público, abusando del cargo que desempeña en la Administración Pública, incrementa ilícitamente su patrimonio, Es indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del sujeto público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que haya podido tener en virtud de sus sueldo o emolumento percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 751 y 752.

D 2491 "Según la redacción de la fórmula legislativa, el delito de enriquecimiento ilícito no abarca al particular que se enriquece, ni al funcionario o servidor público que se enriquece al margen de la Administración Pública, contextos de acciones que, en todo caso, son cubiertas por otras figuras delictivas, civiles o administrativas. Solo abarca el incremento del patrimonio o del gasto personal del sujeto público ocasionado a consecuencia del abuso del cargo que tiene o ha tenido en la Administración Pública. Pero el abuso del cargo tiene que haber sido imperceptible. No descubierto en su oportunidad. El delito solo aparece cuando el incremento se ha materializado y no puede determinarse a ciencia cierta cómo se produjo el incremento. Esto es importante saberlo, pues si en un caso concreto ante el incremento del patrimonio o gasto personal que el funcionario no puede justificar, se inicia la investigación y se determina que fue a consecuencia de la apropiación de recursos del Estado, la conducta se tipificara como peculado, o se determina que fue a consecuencia de actos de corrupción, la conducta o conducta serán tipificadas como cohecho, etc. No debe obviarse que el delito de enriquecimiento ilícito es autónomo, pero de carácter residual o subsidiario".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 752.

D 2492 "En lo concerniente a las modalidades de comisión, somos de la concepción, que al ser el tipo abierto, pueden ingresar un sinfín de actividades, como la condonación de una deuda bancaria al juzgador, mediando el compromiso que aquel haya de resolver a su favor en caso que involucra al gerente de la institución edilicia; en la hipótesis, de que el funcionario público encargado de recibir las donaciones dinerarias del exterior, por motivos de una situación de emergencia, se apropia de aquellas, logran un incremento patrimonial apreciable. Puede también ser el caso, de aquel sujeto público, que interviene en las licitaciones públicas de un Ministerio, quien, en un concierto con ciertos proveedores, constituye una mafia, haciéndose ilícitamente de un patrimonio significativo o, finalmente, los servidores públicos, que, prevaliéndose del cargo, obligan a los comerciantes del lugar, al pago de cuotas mensuales, para no ser fiscalizados por la entidad edil, logrando atesorar un patrimonio importante".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 751.

D 2493 "Otro elemento objetivo es el incremento ilícito relevante del patrimonio respecto de sus ingresos legítimos normales del sujeto público. Todo a consecuencia del cargo que desempeña en la administración. El incremento debe manifestarse objetivamente cuando se verificada marcada diferencia los sus ingresos legítimos normales que tiene aquel por el cargo de funcionario o servidor público. El incremento debe ser notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de todos sus ingresos diarios, semanales, mensuales o anuales. Por ejemplo, estaremos ante este elemento objetivo cuando el sujeto público que no desarrolla otra actividad declarada, en un año ha incrementado su patrimonio en 50 000 soles cuando sus ingresos por todo concepto en ese año, fueron de 30 000. El incremento es evidente incluso sin considerar los gastos personales o familiares que debió efectuar de los 30 000.

El legislador no ha querido dejar al libre criterio del operador jurídico la determinación del incremento patrimonial para ser subsumido en el tipo penal, sino que en forma taxativa ha previsto que deberá tomarse en cuenta que hay indicio de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio 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, de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 759.

D 2494 "Otro elemento a considerar lo constituye la verificación del incremento ilícito de los gastos económicos del sujeto público durante el ejercicio del cargo que desempeña en la Administración Pública. Los gastos normales que efectúa el sujeto público de un momento a otro e incrementan de modo relevante y notorio. Este incremento se manifiesta cuando se verifica marcada diferencia con los ingresos legítimos que tiene aquel por el cargo e funcionario o servidor público. Por ejemplo, estaremos ante este elemento objetivo cuando el sujeto público que no desarrolla otra actividad declarada en un año tiene como ingreso por todo concepto 50 000 soles; sin embargo, en ese mismo periodo se verifica que ha tenido como gastos personales, la suma de 80 000. El incremento es evidente, incluso considerando que utilizó todos sus ingresos en gastos personales o familiares. En el ejemplo tendría un incremento de 30 000".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 759 y 760.

D 2495 "En la práctica, tanto el incremento del patrimonio como el incremento del gasto económico personal del sujeto público, se pondrá en evidencia con las pericias contables o valorativas que el operador jurídico responsable del caso concreto, disponga realizar. No hay otra forma de poner en evidencia tales incrementos".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 760.

D 2496 "El término "enriquecimiento" significa el incremento real del patrimonio económico (incluye muebles e inmuebles, derechos, etc., incluso gastos excesivos) que el funcionario no puede explicar. Entonces, dos son los elementos básicos de este delito: la constatación

de un "enriquecimiento real" del funcionario, y la "falta de justificación" sobre el origen lícito de dicho enriquecimiento, (...)".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 545.

D 2497 "Para que se pueda hablar de "enriquecimiento" debe darse un incremento patrimonial en el funcionario. Esto puede consistir tanto en un aumento de activos como también en una disminución del pasivo. Para medir este incremento se deberá tener en cuenta la "declaración jurada" que, según la ley pertinente, tenga que hacer el funcionario antes de asumir sus funciones. Si no se estableciera este deber del funcionario, la medición deberá hacerse a partir de la "declaración del impuesto a la renta" y los "signos exteriores de riqueza". En el Perú, en el caso de altos funcionarios, la prueba debería ser más fácil, pues estos están obligados, según el artículo 41 de la Constitución, a presentar su declaración jurada de bienes y rentas al momento de tomar posesión de sus cargos, durante el ejercicio y al cesar los cargos. Además, dichas declaraciones deberán ser públicadas de manera oficial".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 546.

D 2498 "Por otro lado, la medición del enriquecimiento tampoco es seguro, pues no arrojaría la misma "cantidad apreciable "si se efectuara en el momento de la "sospecha" de una conducta infractora no aprobada del funcionario, o si se tomara en cuenta todo el periodo laboral del funcionario (con la consiguiente difuminación del enriquecimiento)".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 547.

D 2499 "La no justificación. Se ha discutido sobre cual deba ser considerada la "conducta típica". Para algunos, ella radicaría en el "enriquecimiento" del funcionario; para otros, se trataría más bien de la "no justificación del enriquecimiento": En efecto, esta última tesis parece ser la correcta, pues el "enriquecimiento" por sí mismo no es ninguna acción reprochable y la "ilicitud" de este recién proviene de la falta de demostración de sus orígenes legítimos. Y esta situación no cambia por el hecho de que el tipo penal no exija expresamente al funcionario demostrar la licitud del "origen" de los bienes que generan el incremento patrimonial, pues en su naturaleza reside precisamente la necesidad de demostrar esto para desvirtuar la sospecha de "ilicitud" del enriquecimiento verificado".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 547 y 548.

J 0424 "(...) Sin embargo, el núcleo del injusto se ha mantenido invariable en lo esencial: se describe el enriquecimiento ilícito o indebido como el acto por el cual el funcionario o servidor público acrecienta –en mayor o menor grado– injustificadamente su patrimonio. (...)

En las diversas versiones que hemos señalado, el verbo rector es "enriquecerse" o "incrementar" el patrimonio. En el sentido usual del lenguaje, significa hacer rica a una persona o

prosperar notablemente. Como verbo reflexivo el "enriquecerse" significa hacerse rico uno mismo. en tanto que el enriquecimiento es la acción y efecto de enriquecerse. En el contexto del tipo penal, objeto del presente proceso, el enriquecimiento vendría a ser la acción y el efecto de incrementar el propio patrimonio, dado que se trata de una acción en beneficio propio –enriquecerse uno mismo–. esta acción –de enriquecerse– genera una consecuencia en la configuración del delito en cuestión: se trata de un delito especial, propio, realizable únicamente por el funcionario o servidor público, quien es el que en buena cuenta abusa de su poder funcional para incrementar sustancialmente su patrimonio".

Sala Penal Permanente. Casación N° 277-2018-Ventanilla, del 21 de marzo de 2019, Voto singular del magistrado Figueroa Navarro, considerando 14.

J 0425 "Finalmente, llama la atención que en la redacción actual del artículo 401 del Código Penal, se dice 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. Sin embargo, de la literalidad de esta norma, se desprende que como indicio que es, no es prueba de enriquecimiento ilícito, sino que tendrá que reunir todas las reglas de la prueba indiciaria para desplegar eficacia probatoria.

Cabe precisar al respecto, que el indicio de incremento patrimonial o del gasto es indicio si se predican de un funcionario o servidor público. Y en su condición de indicio, no prueba los hechos, sino que abre la posibilidad a su posterior investigación y ahondamiento con pruebas capaces de confirmar los hechos materia de imputación. Ello debido a que el derecho constitucional a la presunción de inocencia se mantiene imponiendo la carga de la prueba al Ministerio Público. Este indicio solo se le puede aplicar al funcionario o servidor público, no operará cuando se trate de un tercero que pudiera tener algún tipo de relación con el funcionario o servidor público investigado por el delito de enriquecimiento ilícito".

Sala Penal Permanente. Casación N° 782-2015-Del Santa, del 06 de junio de 2016, magistrado ponente: Villa Stein, considerandos 12 y 13.

J 0426 "Pues bien, resulta que el delito de enriquecimiento ilícito siempre ha conservado en su estructura –a excepción de la primera redacción del artículo– un elemento: el incremento patrimonial del funcionario. Esto implica dos condiciones, la primera que exista un incremento del patrimonio; y la segunda que dicho patrimonio aumentado sea del funcionario o servidor público".

Sala Penal Permanente. Casación N° 782-2015-Del Santa, del 06 de junio de 2016, magistrado ponente: Villa Stein, considerando 7.

J 0427 "El tipo penal de enriquecimiento ilícito está configurado por dos elementos fundamentales, dichos elementos abarcan la constatación de un "enriquecimiento real" del funcionario y la falta de justificación" sobre el origen ilícito de dicho enriquecimiento; en ese sentido para que pueda hablarse de enriquecimiento debe darse un incremento patrimonial en el funcionario, siendo necesario, para acreditar dicho incremento, un informe contable y financiero que demuestre que el promedio de productividad del acusado y su aptitud financiera no

puedan explicar el incremento patrimonial constatado. Una vez acreditado el enriquecimiento inexplicable por la investigación de las autoridades, el acusado tiene que demostrar que el enriquecimiento provenía de fuentes ilícitas; es por ello, que para la determinación de la ilicitud del enriquecimiento, es suficiente, que el imputado no cumpla con acreditar la procedencia de su desbalance patrimonial para que se configure el ilícito, razón por la cual algunos autores consideran que ello no es una inversión de la carga de la prueba, sino de lo que en este caso opera por mandato legal la obligación del acusado de acreditar lo lícito de su patrimonio, desproporcionado, siendo la situación en este caso, que el Ministerio Público a través de la prueba ofrecida y actuada ha cumplido con demostrar que el funcionario presenta un desbalance patrimonial no justificado".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 1076-2011-Lima, del 13 de junio de 2012, magistrado ponente: Morales Parraguez, considerando 6.

- Abuso del cargo

D 2500 "Por otro lado, el tipo penal exige, que el sujeto cualificado, abuse de sus atribuciones propias del cargo, es decir, se comporte al margen de la normatividad que habilita la función pública. En ese sentido, el exceso de las funciones conlleva al agente delictual a otorgarle una finalidad distinta al cargo encomendado, distorsionando la función pública, sin embargo, es necesario precisar que dicho ejercicio abusivo no tiene afinidad con el abuso de atribuciones previsto en el delito de abuso de autoridad, por canto, en este delito, el agente delictual, si bien emite un acto funcional excediéndose de sus atribuciones, empero, dicho acto abusivo no busca enriquecerse con los cuales públicos, sino, por el contrario busca emitir un acto caprichoso o injusto".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 823.

D 2501 "De la misma forma, el abuso del cargo público, si bien aparece como elemento normativo del tipo, por cuanto exige un juicio de valoración para determinar su configuración, empero, también es cierto que dicho presupuesto típico no genera un deber de fomento específico sobre determinados bienes, efectos o caudales encomendados al sujeto cualificado, sino por el contrario, se divierte que el sustento de la norma prohibitiva inmersa en el supuesto de hecho, radica básicamente en el aprovechamiento del cargo público y no así en la administración de determinados bienes, situación que tendría reproche penal, por cuanto, es posible que el agente delictivo, teniendo dicho bienes, efectos o caudales públicos en la administración, pueda aprovecharse de los mismos, usándolos o apropiándose, empero, deberán subsumirse estos últimos hechos por el tipo penal específico, es decir, peculado de uso o peculado por apropiación, respectivamente y no así por el delito de enriquecimiento ilícito".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 823.

D 2502 "La tesis expuesta en las líneas precedentes responde a la naturaleza subsidiaria del delito de enriquecimiento ilícito, es decir, la figura delictiva materia de comentario podrá ser invocado en la medida que no exista tipo penal específico que subsuma íntegramente el

hecho atribuido, todo ello, por cuanto el delito de enriquecimiento ilícito no goza de autonomía típica, toda vez que, conforme se advierte de su redacción, nos remite a la identificación del "abuso del cargo funcionarial", situación que permite colegir que se trataría de cualquier actividad funcional abusiva desplegada por el sujeto activo; dicha situación genérica mermaría, en la medida que se identifique la figura delictual específica preexistencia, por lo tanto no se podría hablar de concurso delictual".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 823.

D 2503 "El tipo penal, es un delito de acción, es decir, exige que el sujeto activo, despliegue actos abusivos funcionales en razón del cargo, por cuanto la redacción típica demanda que el enriquecimiento se produzca por un hacer, es decir, emitir el acto abusivo, confines de incremental, ilegalmente, el patrimonio del agente delictual.

Respecto a la forma omisiva, no resulta posible, específicamente la forma de omisión propia, toda vez que no aparece señalada expresamente, característica necesaria en esta clase de delitos, con relación al forma comisiva por omisión, es decir, omisión impropia, no tiene impedimento para ser admitida, por cuanto, existe deberes funcionales recaídos en el sujeto activo, otorgándole la postura de garante, asimismo, dicha forma puede ser admitida por cuando su existencia es inferida y no expresa conforme se exige en la forma de omisión propia, de la misma forma, el tipo penal es un delito de resultado, por lo tanto, si puede admitirse el delito de enriquecimiento ilegal por omisión impropia".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 825 y 826.

D 2504 "La naturaleza singular y particular, del tipo penal de enriquecimiento ilícito, es que no tiende a penalizar los actos concretos que le permiten hacerse de un patrimonio importante, sino el resultado final de todos dichos actos, es decir, el lograr enriquecerse a costa del cargo público que ejerce. Los actos ("antijurídicos"), que le permite al *intraneus*, atesorar dicha riqueza, son constitutivos de otros injustos penales funcionariales: peculado, colusión ilegal, concusión, malversación de fondos, negociaciones incompatibles como el cargo, etc.; debiéndose descartar la punición por el tipo penal del artículo 401 del CP cuando el "enriquecimiento" proviene de otras actividades antijurídicas, alejadas de la "actuación pública del *intraneus*", como sería los delitos de hurto, extorsión, robo etc.".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 724.

D 2505 "El primer elemento objetivo importante del delito en hermenéutica jurídica es verificar la circunstancia que el agente, siempre funcionario o servidor público, actúe en su propio beneficio patrimonial abusando del cargo que desempeña en la Administración Pública.

Se entiende por abuso de cargo aquella situación que se produce cuando el sujeto público con la finalidad de obtener beneficio patrimonial indebido hace mal uso del cargo que la Administración Pública le ha confiado".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 754.

D 2506 "El agente debe haber usado el cargo público que ostenta para generarse fuentes de ingresos ilícitos que a la postre representen incremento de su patrimonio o en su caso, incremento del gasto económico personal que luego razonablemente no puede justificar.

El contenido material del injusto de enriquecimiento ilícito, se llena de contenido precisamente, cuando el funcionario o servidor público, tuerce los fines de la función pública para servirse de ella y, así hacerse ilícitamente d un patrimonio, mediando el prevalimiento del cargo público.

Entonces, la situación del "enriquecimiento" debe ser obra o, dígase la consecuencia de aquellos actos que haya efectuado el agente en el marco de su actividad funcionarial y, no en otro ámbitos de su vida personal, al margen de su naturaleza "ilícita", siendo que la tipificación penal es clara al señalar que el enriquecimiento ha de ser "ilícito"; si es que la suma que percibe el funcionario, por concepto de su remuneración es elevada y, así logra un incremento patrimonial apreciable, la conducta será "atípica"."

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 752 y 753.

D 2507 "El tipo penal ha circunscrito el abuso del cargo, es decir, a la calidad que tiene dentro de la Administración Pública no al abuso de atribuciones o funciones como por ejemplo hace referencia el artículo 376 del Código Penal, que regula el delito de abuso de autoridad. En consecuencia, no es necesario ni imprescindible que el enriquecimiento patrimonial se realice en pleno ejercicio de las atribuciones o funciones del sujeto público para configurarse el delito. Basta que el agente haga valer abusivamente su cargo, así se encuentre de licencia o de vacaciones. Es claro que se hará abuso del cargo público siempre y cuando se tenga aun el cargo. Si, por el contrario, el vínculo laboral con la Administración Pública concluyó ya sea por vencimiento de contrato, cese, despido, etc., y luego de ello se produce el enriquecimiento el delito en análisis es imposible que se configure.

De modo que el incremento patrimonial o aumento del gasto personal indebido debe producirse cuando el sujeto público tenga en forma real, el cargo público. Es irrelevante para efectos de la tipificación, si el incremento ilícito se produce en el periodo específico en el cual el agente, por ejemplo, se encuentra de licencia, vacaciones, permiso, etc.

Significa que el periodo que dure el sujeto público en el cargo, debe ser el periodo de la comisión del delito. Muy bien puede presentarse que el sujeto público en determinados días, meses o años incremente su patrimonio en forma ilícita en tanto que en la mayor parte de su desempeño funcional no presente incremento alguno y sus ingresos y gastos coincidan con sus declaraciones juradas de bienes y rentas. Lo relevante de este elemento es considerar que el agente debe experimentar un incremento patrimonial o aumento de su gasto personal de manera ilícita, durante la vigencia del cargo público. No antes de asumir el cargo público ni después de haber cesado en aquel".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 755.

D 2508 "En estos supuestos, no significa que quede sin sanción el incremento ilícito del patrimonio, sino que de verificarse serán sancionados por medio de otro hecho punible como por ejemplo el lavado de activos".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 756.

D 2509 "Lo residual del hecho punible de enriquecimiento ilícito significa que no hay forma de acreditar que el agente público ha cometido tal o cual delito anterior, sin embargo, aparece acreditado el incremento de su patrimonio o de su gasto personal en el periodo del ejercicio de su cargo público. (...).

De modo que por su naturaleza residual el enriquecimiento ilícito es punible cuando se acredita un desbalance patrimonial que no tiene como correlato la comisión de un hecho punible específico sancionado previamente. Ello trae como lógica consecuencia la imposibilidad de un concurso de delito entre un delito de tipo penal específico y el enriquecimiento ilícito".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 757 y 758.

D 2510 "Con la expresión "por razón de su cargo", el legislador se refiere tanto al "momento" en que deba producirse el enriquecimiento como al "uso abusivo" del cargo para enriquecerse.

El momento del enriquecimiento debe tener ciertamente su origen en actos ejecutados durante el ejercicio del cargo del funcionario, pero puede producirse en cualquier momento anterior o simultaneo al ejercicio funcionarial".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 542.

D 2511 "Por otro lado, al referirse al "cargo" y no a la función pública específica, no se requiere que el enriquecimiento provenga de esta última, sino, en general, del ejercicio de la investidura. P. ej., no se necesita que el enriquecimiento se deba a actos relacionados con la función pública de percibir tributos que tiene el funcionario recaudador, sino con cualquier otra actividad funcionarial. Incluso muchos autores nacionales admiten que el funcionario actúe excediéndose de sus funciones".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 544.

D 2512 "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 el. 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 comportamiento que no han sido declarados judicialmente delictivos. Ingresan en este orden conductas ilícitas no denunciadas o no esclarecidas suficientemente e infracción de relevancia administrativa (incompatibilidades, prevalimentos, asesoramientos de empresas particulares, etc.)".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 360.

J 0428 "En cuanto a la imputación objetiva, el referido delito de enriquecimiento ilícito –que se concreta en la infracción de roles especiales propios de un funcionario o servidor público, en este caso de un alcalde–, el primer elemento es el abuso del cargo por el agente público, esto es, se trata de aquella situación en que este hace mal uso del cargo para obtener un beneficio patrimonial indebido, pero que se circunscribe a la calidad que el agente público tiene dentro de la Administración –Municipal, en este caso–, no al abuso de atribuciones o funciones [Salinas Siccha, Ramiro: Obra citada, p. 709].

El segundo elemento –el denominado 'riesgo prohibido'– estriba en (i) el incremento en el patrimonio –que los tratados internaciones proponen debe ser "significativo": artículo IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción y artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción– o en los gastos del sujeto activo y que no guarda proporción con sus ingresos por cualquier causa lícita –lo que abarca todos los actos de incorporación de bienes al patrimonio como la disminución de pasivos–. (ii) El incremento ha de ser, en todo caso, ilícito; esto es, su origen ha de estar constituido por actos no ajustados a derecho según los deberes del funcionario –el mal uso del cargo público debe causar el enriquecimiento–. Desde el resultado típico, entonces, se requiere (iii) el incremento del patrimonio del agente oficial como consecuencia del abuso del cargo oficial que ostenta. Se sanciona, pues, el hecho de enriquecerse a costas del poder público. De ello se desprende que el delito de enriquecimiento ilícito es un delito de posesión; es decir, el núcleo del injusto yace en que el sujeto activo –agente oficial– posee bienes obtenidos de fuente ilícita, por lo que no se está sancionando un acto puntual sino una situación de enriquecimiento ilícito del patrimonio del funcionario [Montoya Vivanco, Yván: *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*, Idehpucp – Open Society Foundations, Lima, 2016, p. 123].

Cabe enfatizar, primero, que la ratio legis del aludido tipo penal en su construcción histórica siempre fue la misma, sea cuando con anterioridad se hizo referencia a las expresiones "por razón del cargo" o "durante el ejercicio de sus funciones" –hasta antes de la Ley N° 29758, de veintiuno de julio de dos mil once–, o cuando, como ahora se indica, "abusando de su cargo": prohibir la obtención de beneficio económico mediante la utilización del poder que la función pública otorga a quienes lo porten desde cualquier posición administrativa. Segundo, que lo relevante no es el título administrativo específico del agente oficial, sino que este se encuentre en un ámbito de riesgo potencial contra el bien jurídico y que del caso concreto se puedan extraer los elementos de imputación necesarios que vinculen el enriquecimiento ilícito con la posición idónea dentro de la Administración para lograrlo. Tercero, que la relación entre ejercicio del cargo y enriquecimiento ilícito es de carácter valorativa o normativa, antes que causal desde una perspectiva naturalista; luego, esta no versa sobre el efectivo dominio de bienes o dinero que el agente oficial pueda tener en sus manos y de los cuales pueda lucrar (disposición material sobre bienes), sino con conductas de abuso de poder público, de gestión o institucional que la Administración le otorga de forma directa o indirecta [Guimaray, Erick: "Apuntes de tipicidad sobre el delito de enriquecimiento ilícito". En: http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads /2012/07/alerta anticorrupción.pdf: tomado, el once de marzo de dos mil diecinueve, a las ocho horas con veintisiete minutos].

El último párrafo del artículo 401 del Código Penal, según la Ley vigente al momento de los hechos, Ley N° 30111, incorpora lo que en doctrina se conoce como una presunción legal relativa, al estipular lo siguiente: "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 casusa lícita".

El párrafo antes citado tiene una estructura integrada por tres elementos básicos: 1. El hecho base o indicio (incremento patrimonial o gasto económico notoriamente superior a sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por causa lícita), 2. El hecho presumido (existe indicio de enriquecimiento ilícito), y 3. El nexo o relación existente entre ellos (cargo público, incremento patrimonial e incongruencia respecto de sus ingresos lícitos declarados). La acusación debe probar el hecho base, y el hecho presumido es derrotable, es decir, puede probarse que aunque se dé el antecedente o hecho base, no se produce en el caso concreto el consecuente (enriquecimiento ilícito). Estas presunciones en Derecho Penal no afectan la garantía de presunción de inocencia, siempre que, como destacó el Tribunal Europeo de Derechos en las Sentencias Salabiaku, Radio France y Klouvi, todas contra Francia (de siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho, treinta de marzo de dos mil cuatro y treinta de junio de dos mil once), se apliquen dentro de unos límites razonables, (i) que atiendan a la gravedad de la pena y a los intereses generales afectados por el delito, (ii) que no limiten el derecho de defensa y (iii) que mantengan la carga de la prueba en la acusación [Fernández López, Mercedes: "Las presunciones en el proceso penal. Análisis a propósito del delito de enriquecimiento ilícito". En: AA.VV. Asencio Mellado, José María (Director), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 288, 289 y 295]".

Sala Penal Permanente. Casación N° 277-2018-Ventanilla, del 21 de marzo de 2019, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 2.

3. Tipicidad subjetiva

D 2513 "Nos encontramos frente a un delito doloso, que exige que el autor tenga conocimiento del requerimiento y de la existencia misma del enriquecimiento. Volitivamente exige la voluntad de no justificar o de no aportar los elementos que demostrarían la procedencia del enriquecimiento, convirtiendo en insuficiente la prueba de justificación".

BUOMPADRE, Jorge. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo III. 3ª edición. Buenos Aires: Astrea, 2009, p. 354.

D 2514 "Solamente se exige dolo directo, no es posible la culpa ni el dolo eventual. El sujeto debe saber que se está enriqueciendo a costa del cargo. Además, aunque no se mencione expresamente, es consustancia al tipo el ánimo de lucro como intención de obtener beneficio patrimonial".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 555.

D 2515 "De la forma como aparece construida la fórmula legislativa del artículo 401 del Código Penal se deduce que estamos ante un delito solo de comisión dolosa no cabe la comisión por culpa.

El dolo del enriquecimiento ilícito supone voluntad de enriquecerse ilícitamente, así como conocimiento por parte del sujeto público de la tipicidad de sus actos de abuso el cargo o del prevalimento de su calidad funcional y del enriquecimiento que está logrando por vías de ilicitud".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 767.

D 2516 "Solo es posible por dolo directo, no es posible su comisión por dolo eventual. El agente sabe y conoce en forma directa que los actos ilícitos que realiza abusando de su cargo incrementarán su patrimonio o, en su caso, su gasto económico personal. El abuso del cargo origina fuente de enriquecimiento ilícito. Ambos aspectos son abarcados por el dolo directo".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, pp. 767 y 768.

D 2517 "Una acriminación como el delito de enriquecimiento ilícito, debe estar condicionada al dolo del agente, conciencia y voluntad de realización típica; el autor encamina su dirección conductiva, a la obtención de un "incremento patrimonial", mediando el aprovechamiento de las potestades, poderes y prerrogativas, que le conceden la actividad funcionarial".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 764.

D 2518 "El aspecto cognitivo ha de recorrer todos los elementos constitutivos del tipo penal ,en tal sentido, el agente ha de saber que está obteniendo un "incremento patrimonial" de origen ilícito, en franca contravención a sus deberes funcionariales; la ilicitud, importa un elemento normativo del tipo, quiere decir, que su lado opuesto, la licitud del incremento patrimonial, hace de la conducta una acción "atípica"; podría decirse, entonces, que el equívoco que el agente pueda tener de dicho factor, podría ser tratado como un error de tipo, al margen de su evidente entrecruzamiento con el conocimiento de la prohibición penal, lo cual sería difícil de admitir, en la medida que todo funcionario o servidor público, conoce de antemano, cuales es el ámbito de actuación funcional lícito del cargo público que ejerce".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, pp. 764 y 765.

D 2519 "Para un sector de la doctrina, aparte del dolo, se exigiría la presencia de un elemento subjetivo de naturaleza trascendente, nos referimos al "ánimo de lucro", al propósito de obtener un provecho o beneficio. No negamos, que de seguro esa será la motivación que guía el proceder conductivo del agente, empero, dicho factor subjetivo no se encuentra comprendido en la estructuración típica del delito de enriquecimiento ilícito, al no haberse incluido la preposición "para", como es el caso del hurto simple o de la rebelión; importaría, por tanto, un componente de la estructura lógico-objetiva del agente, cuya trascendencia se encasilla a un nivel criminológico, en otras palabras dicho: –la concurrencia de dicho elemento de naturaleza

trascendente no necesita ser acreditado por la teoría del caso que formule la Fiscalía, basa con la probanza del dolo".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 765.

D 2520 "El tipo penal es de naturaleza dolosa, exigiéndose dolo directo, no siendo posible la forma culposa, por la misma exigencia que demanda el art. 12 del CP, situación que no existe en el caso concreto".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 827.

4. Autoría y participación

D 2521 "El delito de enriquecimiento ilícito, al tratarse de un delito de dominio, respecto a la autoría directa, es perfectamente posible su admisión, por lo tanto, autor directo será aquella persona, sujeto cualificado que por sí solo desplegó actos funcionariales, abusando del cargo, obteniendo producto de ello, un incremento notario de su patrimonio.

Respecto a la autoría mediata, también resultaría posible, por cuanto, el delito resulta ser de resultado, no teniendo problema alguno, todo ello en la medida que exista un tercero instrumentalizado, operando bajo los efectos de error y coacción, por parte el hombre de atrás, todo ello, con la finalidad de lograr el incremento ilegal del patrimonio del sujeto activo".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 829.

D 2522 "Con relación a la coautoría, es posible su admisión, en la medida que existan pluralidad de sujetos cualificados, ligados con el mismo deber funcional en razón del cargo público, quienes, bajo un escenario de acuerdo previo, repartición de roles y codominio funcional del hecho, disponen afectar la correcta Administración Pública, incrementando indebidamente su patrimonio".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 829 y 830.

D 2523 "Conforme aparece en anteriores capítulos, la participación delictual, aparece fijada en el art. 24 y 25 del CP, esto es, instigación y complicidad, respectivamente. En ese sentido, respecto al delito materia de análisis; no existe problema alguno para aceptar su admisión, es decir, respecto a la complicidad, será cómplice (primario o secundario) el sujeto que coopera con el plan del autor, esto es, participando antes o durante la ejecución delictual, coadyuvando en el incremento del patrimonio".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 830.

D 2524 "Autor del delito es el funcionario público, pero otras personas, funcionario o particulares, que intervengan en el proceso de enriquecimiento ilícito mismo (p. ej. El que permite al funcionario una justificación del enriquecimiento) serán partícipes. En contra de lo que dice alguna doctrina, los "testaferros" que sirven para ocultar los ingresos ilícitos del funcionario no son partícipes del delito por la acción de "ocultar", pues el injusto penal de esta figura es el "enriquecimiento ilícito" (en última instancia, la no justificación del incremento patrimonial) y no la "ocultación" de dicho enriquecimiento. Por eso mismo, el tercero que paga sobornos al funcionario tampoco podría ser considerado cómplice" del enriquecimiento ilícito. En todo caso, los terceros incurrirán en el delito contra la administración de justicia: "encubrimiento real" (art. 405)".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 558.

D 2525 "Aun siendo el tipo penal de enriquecimiento ilícito un delito especial –propio, en este caso– es absolutamente posible el concurso de terceros para su efectiva consumación, sin que tal condición implique ruptura del título de imputación; que la intervención de terceros en delito especiales, más allá incluso de la entidad de la contribución material concreta de cada uno de ellos, solo puede ser a título de partícipes en tanto no son funcionarios o servidores, que es lo que el tipo exige para la autoría –el autor en este caso es quien infringe un debe específico o especial que el tipo penal asume–; accesoriedad que en todo caso no pueden negar la consideración general de los partícipes –como todas las personas tienen el deber de evitar la lesión del bien o interés jurídico-penal en cuestión; que es claro, entonces, que el cómplice no necesita tener la calificación jurídica que determina la autoría del hecho punible, sencillamente porque no es un autor, sino un simpe partícipe.

En suma, los terceros –sujetos públicos o particulares– que ayudan al sujeto público a enriquecerse ilícitamente serán cómplices de delito".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 763.

D 2526 "La coautoría resulta de difícil admisión, por el hecho concreto de que el "enriquecimiento" (incremento patrimonial) es un estado patrimonial que no puede ser compartido por varios funcionarios o servidores públicos; por tales motivos, cada uno de ellos, de forma independiente, han de responder por su propio injusto a título de autores por el tipo penal de enriquecimiento ilícito".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 738.

D 2527 "La autoría mediata desde afuera, es decir, cuando el *extraneus*, es quien ejecuta los actos –materialmente típicos–, donde el *intraneus*, aporta una colaboración en el proceder conductivo, no puede dar lugar al delito de enriquecimiento ilícito, primero, porque, en este delito el particular nunca puede ser autor y, segundo, en tanto el dominio del hecho no es lo que sustenta la infracción normativa; se dará cualquier otro delito, o en defecto, el hecho quedará impune.

Los particulares (*extraneus*) no pueden ser autores de este delito, por las consideraciones antes expuestas, pero pueden coadyuvar al funcionario público, en la consecución del fin criminal ("incremento patrimonial"), prestando una colaboración imprescindible o accesoria, daño lugar a la punición de este tercero (inclusive puede ser otro funcionario), a título de participación delictiva (complicidad), mediando el principio de la unidad en el título de la imputación, según el principio de "accesoriedad limitada". Pues en este caso, si los particulares participan en la obtención del incremento patrimonial ilícito de una función o servidor público, su conducta será igualmente desvalorado por el ordenamiento jurídico penal, y por tanto serán considerados como sujetos activos de este delito, solo que en calidad de partícipes".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 739.

J 0429 "Se trata, desde una perspectiva formal –del mero círculo de autores estipulados en el tipo penal, de su condicionamiento formal–, de un delito especial propio; y, desde una perspectiva de imputación material, de un delito de infracción de deber –determina un obligado institucional y se sustenta en la infracción de un deber positivo que una institución social específica impone al autor: la Administración Pública al funcionario o servidor público– [Conforme: García Cavero, Percy: *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Grijley, segunda edición, Lima, 2012, p. 392]. La asunción de un cargo público, decía Soler, comporta un deber de especial pulcritud y claridad en la situación patrimonial [tomado de: Montoya Vivanco, Yván: "Algunos problemas dogmáticos y probatorios sobre el delito de enriquecimiento ilícito en la jurisprudencia nacional". En: AA.VV.: *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, Idehpucp, Lima 2012, p. 65].

En esta perspectiva no puede dejar de resaltarse que el delito de enriquecimiento ilícito es una figura penal que busca evitar espacios de punibilidad, tanto frente a delitos de corrupción que no se han evidenciado, es decir, no sea posible la persecución penal, como en los casos en que el enriquecimiento provenga de conductas que impliquen infracción grave de deberes funcionales [Abanto Vásquez, Manuel: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, Editorial Palestra, segunda edición, Lima, 2003, p. 553]".

Sala Penal Permanente. Casación N° 277-2018-Ventanilla, del 21 de marzo de 2019, magistrado ponente: San Martín Castro, considerando 2.

J 0430 Ahora bien, la participación del *extraneus* en los delitos especiales propios de infracción de deber, que cometen los funcionarios públicos competentes contra la Administración Pública, ha promovido también distintas posiciones teóricas sobre su punibilidad o no punibilidad. Al respecto, el tema controvertido se relaciona con el señalamiento de las implicancias y consecuencias dogmáticas o prácticas, que conlleva el admitir la eficacia sobre dicha materia de la categoría de los delitos de infracción de deber especial. En efecto, actualmente, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se reconoce que existen tipos legales que se configuran y forman solo a partir de la infracción de un deber especial que corresponde al ámbito de competencia del autor *intraneus*, lo cual es una característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos. Por tanto, el autor de estos delitos no puede ser cualquier persona, sino solo aquel funcionario o servidor público que tiene un

estatus especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto desde la plataforma del deber que ostenta. Y es la infracción de dicho deber lo que lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que, para esta clase de delitos funcionariales, no adquiere trascendencia jurídica. Fundamentalmente, porque el hecho punible está construido por la posición o estatus en relación al deber estatal que solo incumbe al funcionario, cual es conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de su deber positivo para con los bienes que se encuentran bajo su ámbito de competencia.

Sin embargo, en lo que concierne a la participación del "*extraneus*" que no ostenta esa obligación especial, en la jurisprudencia nacional se ha detectado la aplicación de dos planteamientos contrapuestos (Cfr. Alonso R. Peña Cabrera. "La punibilidad de la participación del *extraneus* en el delito especial propio: la unidad del título de imputación". *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 89. noviembre 2016, p. 104 y ss.). El primero, que plantea una diferenciación del título de imputación que debe alcanzar al partícipe (teoría de la ruptura del título de imputación), sostiene que cuando en los delitos de infracción de deber especial concurren sujetos *intraneus* y *extraneus* ellos deben responder por distintos títulos de imputación. Esto es, el *intraneus* responderá, como autor de un delito especial; mientras que el *extraneus* responderá como partícipe o autor de un delito común (María Ángeles Rueda Martín. "Reflexiones sobre la participación de los *extraneus* en los delitos contra la administración pública", *Revista de Derecho Penal y Criminología*. N° 8. 2° Época. Madrid 2001, p. 157). De ello se infiere, además, que a los sujetos que no se encuentran obligados positivamente (*extraneus*) nunca se les podrá imputar la autoría o participación de un delito de infracción de deber especial, sino únicamente la participación o autoría de un delito común, según sea su grado de intervención. Esta posición se ha fundamentado recurriendo a la incomunicabilidad de las circunstancias que regula el artículo 26 del Código Penal, estimando que dicha disposición legal consagraría la exigencia de impedir que la imputación del *extraneus* se asimile en el tipo penal especial, debiendo reconducírsele hacia un delito común. Asimismo, se ha sostenido que ello se debería a la imposibilidad de trasladar las cualidades personales del *intraneus* al *extraneus*. Y que solo el traslado de tales cualidades personales posibilitaría imputar al *extraneus* la autoría o participación de un delito de infracción de deber especial. Pero, se agrega, el traslado de dichas cualidades personales implicaría violar los principios de legalidad y de responsabilidad por el hecho propio. En consecuencia, lo dogmáticamente correcto sería realizar una imputación diferenciada, la cual, por un lado, no infringiría dichos principios, y, por otro, permitiría imputar a los *extraneus* solo la autoría o la participación de los delitos comunes (Cfr. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2628-2006. Procedente de Ucayali del 25 de abril 2008; Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad. N° 18-2008. Procedente de Huancavelica del 05 de junio 2008; Casación N° 782-2015. Procedente del Santa del 06 de julio 2016).

La segunda posición jurisprudencial, en cambio, propone la unificación del título de imputación que debe alcanzar tanto al autor como al partícipe (unidad del título de imputación). Este planteamiento sostiene que el *extraneus* si bien es cierto no puede ser autor del delito especial de deber, sí puede ser partícipe de dicho delito, pues si los principios que determinan la autoría y la participación nos dicen que es autor quien tiene el domino del hecho y partícipe quien solo colabora, no hay ningún impedimento para que los *extraneus* respondan como partícipes de un delito especial cuando hayan colaborado en su realización conforme a las reglas de la accesoriedad (Mercedes Pérez Manzano. *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*. Civitas, Madrid. 1999, p. 22 y ss.]. En tal sentido, el *extraneus* puede participar

en delitos funcionariales y responderá por el mismo injusto realizado por el autor funcionarial que infringe el deber especial. Sobre todo, porque la participación del *extraneus* no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal (Cfr. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 375-2004. Procedente de Ucayali, del 11 de octubre 2004). Esto es, no posee una autonomía o configuración delictiva propia aún en aquellos casos donde aquel toma parte directa en la realización de la conducta punible".

Salas Penales Permanente y Transitoria. Acuerdo Plenario N° 3-2016/CJ-116, del 12 de junio de 2017, magistrado ponente: Prado Saldarriaga, considerandos 8-10.

J 0431 "La intervención de un tercero en la realización de un delito especial propio y de infracción de deber como el enriquecimiento ilícito, ha sido siempre posible y punible en la legislación nacional. Por ejemplo, Bramont Arias comentando la regulación de este delito en el artículo 361 del Código Penal de 1924, consideraba que ella debía ser sancionada conforme a las "disposiciones generales relativas a la participación en hechos punibles" (Luis A. Bramont Arias. *Temas de Derecho Penal*. Tomo 4. SP Editores. Lima. 1988, p. 81). Ella, por tanto, debe ser sancionada, según los casos, con los mismos estándares de penalidad conminados en el artículo 401 y en concordancia con lo dispuesto al respecto en los artículos 24 y 25 del Código Penal. Esta opción hermenéutica ha sido, además, ratificada plenamente por la doctrina penal nacional más caracterizada. Por ejemplo. Rojas Vargas ha sostenido que "los terceros responden a título de cómplices en el delito de enriquecimiento ilícito. Nuestra legislación penal no tiene una figura propia de enriquecimiento ilícito de particulares, que si la observamos, por ejemplo en la legislación penal especial colombiana (Decretos 2266 de 1991). Pero cómplices no solo son los terceros interpuestos sino también quienes con diversidad de aportes contribuyen al enriquecimiento ilícito de los funcionarios y servidores públicos" (Fidel Rojas Vargas. *Delitos contra la Administración Pública*. Grijley. Lima. 1999, p.437). Similar posición ha sido asumida por Salinas Siccha al afirmar, que "los terceros que participan en la comisión del delito responden por el mismo delito, pero a título de cómplices" (Ramiro Salinas Siccha. *Delitos contra la Administración Pública*. Cuarta edición. Ob. Cit. p.718). Igualmente, la línea jurisprudencial adoptada por la Corte Suprema de Justicia ha sido recurrente a favor de dicho razonamiento dogmático y existen antecedentes de ello desde el año 2004. Es así que en el Voto en Discordia de una Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2976-2004, procedente de Lima, fue sumadamente expreso sobre esta materia, al señalar que "aun siendo el tipo penal de enriquecimiento ilícito un delito especial –propio, en este caso– es absolutamente posible el concurso de terceros para su efectiva consumación, sin que tal condición implique la ruptura del título de imputación; que la intervención de terceros en delitos especiales, más allá incluso de la calidad de la contribución material concreta de cada uno de ellos, solo puede ser a título de partícipes en tanto no son funcionarios o servidores públicos, que es lo que el tipo exige para la autoría– el autor en este caso es quien infringe un deber específico o especial que el tipo penal asume–; accesoriedad que en todo caso no puede negar la consideración general que los partícipes– como todas las personas– tienen el deber de evitar la lesión del bien o interés jurídico – penal en cuestión; que es claro, entonces, que el cómplice no necesita tener la calificación jurídica que determina la autoría del hecho punible, sencillamente porque no es autor, sino un simple partícipe"(Cfr. Ejecutoria Suprema del 30 de

diciembre de 2004. Voto de los Señores Vocales Supremos César Eugenio San Martín Castro. Adolfo Barrientos Peña y José Luis Lecaros Cornejo. Considerando segundo).

Por tanto, no cabe admitir, actualmente, la existencia de un problema dogmático que merezca ser discutido en torno al título de imputación que corresponde aplicar al tercero interviniente en un delito de enriquecimiento ilícito, En efecto, lo accesorio de la participación de aquel lo colocará siempre bajo el mismo título de imputación que comprende al autor funcionarial de dicho hecho punible. Lo cual, por lo demás, ha quedado formalmente consolidado con la adición de un párrafo final en el artículo 25 del Código Penal, por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1361, que expresamente señala: "El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él". Cabe destacar que la misma alternativa legal que dispone la aludida reforma, debe también aplicarse para resolver el caso del instigador *extraneus* de un delito de enriquecimiento ilícito, aun cuando el artículo 24 del Código sustantivo no haya sido modificado, lo cual, además, ha sido igualmente sugerido por la doctrina nacional (Cfr. Tomás Aladino Gálvez Villegas. *Delito de enriquecimiento ilícito*. Idemsa. Lima. 2001, p. 185).

Sin embargo, subsiste un conflicto hermenéutico y práctico cuando lo que se pretende es fijar una delimitación temporal que determine la oportunidad de la intervención del *extraneus* en del delito de enriquecimiento ilícito. Especialmente cuando ella tiene lugar durante las postrimerías de la gestión funcionarial del *intraneus* o, incluso, luego del cese formal de este último en el cargo funcionarial que desempeñaba. Al respecto, es pertinente destacar que el delito de enriquecimiento ilícito, según la estructura típica que él posee en el artículo 401 del Código Penal peruano es de naturaleza combinada o mixta. En efecto, la norma citada lo regula como de ejecución continua y de consumación permanente (Cfr. Yván Montoya Vivanco. *Manual sobre delitos contra la Administración Pública.* Idehepucp. Lima.2015, p.125; Luis A. Bramont Arias. *Temas de Derecho Penal.* Tomo 4. Ob. cit., p .81. El agente, por tanto, debe realizar mientras ostenta su condición funcionarial una secuencia de actos provenientes de la misma resolución criminal (producir su enriquecimiento ilícito); pero, además, la mejora acumulativa de su patrimonio que va obteniendo debe él mantenerla hasta el fin del periodo que ejerce su cargo funcional, sea este por cese o destitución. Lo cual posibilita que la intervención del tercero *extraneus* pueda ocurrir durante todo el tiempo que el funcionario *intraneus* se mantenga en el ejercicio de su posición y competencia funcionarial. Sea, pues, como instigador cuando motive o induzca a la realización de actos idóneos para el enriquecimiento; o como cómplice cuando ayude, de cualquier manera, a obtener recepcionar, administrar, guardar, transferir o mantener los ingresos los bienes, créditos o réditos que van produciendo el enriquecimiento ilícito del *intraneus*, el tercero deberá siempre de intervenir mientras el mal funcionario conserve su cargo y condición. Por consiguiente, si la conducta del tercero se realiza o tiene lugar con posterioridad al cese o después de la pérdida del status funcionarial del agente del enriquecimiento ilícito, esto es, después que concluya la continuidad de la actividad delictuosa y cese la permanencia, la conducta que despliegue aquel ya no será accesoria, sino autónoma y deberá ser considerada como un delito diferente que bien puede ser el de lavado de activos".

Salas Penales Permanente y Transitoria. Acuerdo Plenario N° 3-2016/CJ-116, del 12 de junio de 2017, magistrado ponente: Prado Saldarriaga, considerandos 14 y 15.

5. Tentativa y consumación

D 2528 "El delito de enriquecimiento, resulta ser un delito de resultado, por cuanto el escenario delictual plasmado en el supuesto de hecho, advierte la existencia del baremos, tiempo y espacio, es decir, entre la acción y el resultado lesivo existe un escenario distinto, permitiendo albergar el delito tentado.

Además de ello, el citado delito, resulta ser de ejecución continua y de consumación permanente, por la misma redacción típica, por cuanto, el enriquecimiento, mayoritariamente, requiere pluralidad de actos funcionales abusivo, con finalidad enriquecedora".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 825.

D 2529 "Para la consumación se necesita no solamente el "enriquecimiento" del funcionario, es decir, el incremento de su patrimonio, sino el vencimiento de los plazos para la "justificación" de tal incremento. Ciertamente, esto último no está expresamente contemplado en el tipo e influye en los plazos de prescripción, pero desde la perspectiva que considera esta figura un "ilícito formal"; no veo otra interpretación posible: antes de la justificación del incremento patrimonial no puede haber delito de enriquecimiento ilícito (si puede haber un delito –no conocido o probado– de otra índole)".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 556.

D 2530 "Por la propia descripción típica no es posible la tentativa: si no hay aun enriquecimiento, no habría nada que justificar aún, y, por lo tanto, tampoco ningún ilícito penal exteriormente reconocible".

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 556.

D 2531 "Es un delito de comisión activa y de resultado que se perfecciona con el real incremento significativo y contrastante del patrimonio del sujeto público, por medio de fuentes funcionales o no funcionales, no conformes a derecho (por ello, ilícitas) en un contexto de vinculación por el ejercicio del cargo público durante un periodo definido".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 768.

D 2532 "La tentativa es perfectamente posible en el delito mencionado, por cuanto se trata de un delito de resultado, apropiado al escenario del delito tentado, no existiendo problema alguno para su admisión".

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 828.

D 2533 "Al ser el delito de enriquecimiento uno de resultado condicionado a la ilicitud del incremento patrimonial, la consumación se producirá cuando el incremento significativo haya sido producto de actividades no conformes a derecho en un contexto de vinculación del agente con el prevalimento hecho del cargo o del abuso de funciones, usualmente durante el tiempo de vigencia de la condición de funcionario o servidor público".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 364.

D 2534 "La posibilidad de tentativa estará dada por la existencia de actos fragmentables y fronterizos con el enriquecimiento ostensible".

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016, p. 365.

D 2535 "Estamos ante un delito de omisión que se consuma cuando, una vez vencidos los plazos fijados para contestar el requerimiento, o –en su defecto– transcurridos los plazos procesales pertinentes para ejercer el derecho de defensa, el funcionario no justificó, o no lo hizo suficientemente, la procedencia extrafuncional de su enriquecimiento".

BUOMPADRE, Jorge. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo III. 3ª edición. Buenos Aires: Astrea, 2009, p. 354.

D 2536 "El delito se consuma cuando, vencidos los plazos fijados para contestar el requerimiento o, en su caso, transcurridos los plazos procesales pertinentes para el ejercicio de la defensa, el agente no logro justiciar la procedencia del enriquecimiento.

La tentativa es inadmisible, si se trata de una omisión. Solo pueden considerarla posible aquellos que sean partidarios con la tesis del enriquecimiento como acción típica de este delito".

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, pp. 451 y 452.

6. Agravante

D 2537 "El radio de acción, se dirige a comprender a aquellos: "funcionarios públicos que hayan 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.

Somos de la concepción, que el grado de reproche culpable, se hace más intenso, mientras el auto del hecho punible, ostente cargos públicos de mayor jerarquía funcionarial; en aquellos se manifiestan exigencias funcionariales, que adquieren una trascendencia de nivel significativa".

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016, p. 766.

D 2538 "El segundo párrafo de la fórmula legislativa contenida en el artículo 401 del Código Penal prevé la agravante del delito de enriquecimiento ilícito. Allí se prevé que la conducta del agente público se agrava y, por lo tanto, será merecedor de mayor sanción punitiva cuando el cargo ha sido 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.

Para saber cuándo se agrava la conducta, debemos revisar las normas extrapenales que pueden ser constitucionales o administrativas. Normalmente en estas se indican que cargos son de alta dirección de las empresas y organismos estatales, y también que funcionarios tienen el privilegio del antejuicio y la acusación constitucional".

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019, p. 766.

D 2539 "El delito de enriquecimiento ilícito intensifica la penalidad y el reproche, en la medida que el sujeto activo ostente determinados cargos funcionariales de alto nivel, así tenemos, "(...) el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional (...)". En ese sentido, los cargos de alta dirección aparecen precisados por las normas extrapenales, para citar algún indicador referencial, personas de alto nivel funcionarial, resultarían ser el presidente de la República; representantes del Congreso; ministros de Estado; miembros del Tribunal Constitucional; miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; vocales de la Corte Suprema, fiscales supremos; defensor del pueblo contralor general quienes según el art. 99 de la Carta magna, corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el congreso, por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en estas, en este catálogo de delitos, aparece el delito de enriquecimiento ilegal.

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

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 824 y 825.

J 0432 "Respecto al momento consumativo del delito de enriquecimiento ilícito, la doctrina penal nacional es coincidente en que el delito de enriquecimiento ilícito es uno de naturaleza comisiva activa y de resultado, condicionado a los resultados de una acción procesal, que se consuma en la medida en que se acredite la existencia de un incremento significativo y contrastante, resultado de actividades no conformes a Derecho en el contexto del ejercicio funcional.

El enriquecimiento puede ser paulatino y continuo. Sin embargo, debe generarse necesariamente durante el periodo de tiempo en que el sujeto activo ejerce la función pública. Vale decir, desde que se asume el cargo hasta que cesa en él. Lo relevante es considerar que el

agente debe experimentar un incremento patrimonial ilícito, durante la vigencia del cargo público".

Sala Penal Transitoria. R.N. N° 1046-2011-Lima, del 17 de diciembre de 2015, magistrado ponente: Salas Arenas, considerando 2.1.

J 0433 "(...): i) el delito de enriquecimiento ilícito se configura cuando el funcionario o servidor público se enriquece ilícitamente durante el ejercicio de su cargo, es decir cuando este ha logrado un incremento real y significativo de su patrimonio; ii) la intervención del *extraneus* a título de cómplice primario solo es admisible en la etapa de preparación o de ejecución propiamente dicha del hecho punible, esto es, siempre que el delito no este consumado –no se ha alcanzado el resultado de enriquecimiento ilícito, de modo que habrá complicidad cuando el *extraneus* interviene para lograr el enriquecimiento ilícito del agente, lo que incluye conductas tendientes a ocultar o disimular dicha situación–; y, iii) si existe una promesa anterior que hubiera tenido incidencia en el hecho, es decir, si se promete ayudar al autor, una vez que se haya cometido el delito, estaremos frente a la llamada complicidad psicológica o intelectual, que es la única forma de admitir la complicidad primaria en la etapa post consumativa del delito de enriquecimiento ilícito; empero, este supuesto no se encuentra regulado en nuestra ley penal sustantiva".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 1588-2012-Lima, del 10 de abril de 2013, magistrado ponente: Barrios Alvarado, considerando 4.

J 0434 "En la misma línea, a los encausados Carlos y Luis (...), se les imputó haber hecho uso del dinero obtenido ilícitamente por (...) durante el desempeño de sus funciones como oficial del Ejército Peruano; y como tal constituyeron empresa, adquirieron acciones y títulos valores, vehículos, así como bienes inmuebles a su nombre para aparentar una supuesta solvencia económica. Al respecto es claro el Ministerio Público al imputar a los citados procesados, el haber hecho uso de dinero que ya había sido obtenido de manera ilícita por el excluido (...); es decir, la conducta de ambos se ubica en una etapa post consumativa, en tanto, se imputa el uso de un dinero que ya había sido obtenido por el referido (...). Por tanto, conforme lo hemos señalado líneas arriba, la complicidad post consumativa en el delito de enriquecimiento ilícito no resulta punible, pudiendo constituir otro delito (lavado de activos, encubrimiento real, receptación, etc.)".

Sala Penal Permanente. R.N. N° 2939-2015-Lima, del 12 de julio de 2017, magistrado ponente: Figueroa Navarro, considerando 47.

J 0435 "En esta hipótesis lo que tenemos es que el autor del enriquecimiento ilícito estaría realizando de mano propia el delito de enriquecimiento ilícito por cuanto en realidad incrementa sus bienes disimulándose como no propietario. Por tanto, en estos supuestos se tendrá que probar dicha simulación. La pregunta que inmediatamente nos asalta es qué tipo de intervención delictiva es atribuible al testaferro.

El artículo 26 del Código Penal recoge la tesis de la ruptura del título de imputación. Esto significa que, en los delitos especiales, el *status* del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de él. La razón estriba en que los delitos especiales

criminalizan conductas que solo pueden desplegar ciertos sujetos, y de hecho el disvalor de la conducta está en función a esa condición especial que tiene la persona. Si lo que permite sancionar es esa condición particular del agente, todo aquel que no la tenga escapa al radio punitivo de la norma por aplicación del principio de legalidad.

Así las cosas, el artículo 25 del Código Penal que prevé la complicidad para quien realiza un aporte esencial, en el caso del cómplice primario; u no esencial, en el caso del cómplice secundario, resulta de imposible aplicación al delito de enriquecimiento ilícito. La razón hunde sus raíces en lo ya expresado, nadie más que el sujeto con status puede quebrantar la norma de conducta, y todo apoyo aporte que reciba escapará al radio punitivo de la norma que solo pretende alcanzar a un sujeto con condiciones especiales. La misma lógica se puede aplicar a la inducción".

Sala Penal Permanente. Casación N° 782-2015-Del Santa, del 06 de junio de 2016, magistrado ponente: Villa Stein, considerandos 9-11.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. "Modelos de protección penal del patrimonio público". 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.

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

ÁLVAREZ DÁVILA, "El injusto típico en el delito de negociación incompatible: una visión a los aspectos problemáticos del tipo penal y su relación con otras formas de corrupción". En: GARCÍA CAVERO, Percy y VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (directores). *Delitos contra la Administración Pública.* Lima: Ideas, 2020.

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales.* Lima: Instituto Pacifico, 2018.

ARMAS CABRERA, Rafael. "¿El ocaso de los delitos de infracción de deber? Sobre la imposibilidad de aplicación del llamado dominio sobre el fundamento del resultado como sustento de la autoría en el delito de peculado". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal.* Tomo 98. Lima: Gaceta Jurídica, agosto de 2017.

ÁVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos. "Los viáticos como objeto material del delito de peculado". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal.* Tomo 104. Lima: Gaceta Jurídica, febrero de 2018.

BETETA AMANCIO, Espitz Pelayo. "El desvalor de la conducta de 'concertación' en el delito de colusión. A propósito de la Casación N° 661-2016-Piura". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal.* Tomo 100. Lima: Gaceta Jurídica, octubre de 2017.

BUOMPADRE, Jorge. *Tratado de Derecho Penal. Parte especial.* Tomo III. 3ª edición. Buenos Aires: Astrea, 2009.

CÁCERES JULCA, Roberto y CARRIÓN DÍAZ, Juan. *El delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales.* Lima: Idemsa, 2011.

CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de negociación incompatible.* Lima: Instituto Pacífico, 2015.

CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de colusión.* Lima: Instituto Pacífico, 2017.

CHANJAN DOCUMET, Rafael H. "El correcto funcionamiento de la Administración Pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública". En: *Revista de Derecho Penal y Criminología.* Volumen XXXVIII, N° 104. Bogotá: Universidad Externado, enero-junio de 2017.

CHANJAN DOCUMET, Rafael H.; TORRES PACHAS, David y GONZALES CIEZA, Marie. *Claves para reconocer los principales delitos de corrupción.* Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020.

DÍAZ CASTILLO, Ingrid. *El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano.* Tesis doctoral. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2016.

DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública.* 3ª edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011.

ENRÍQUEZ SUMERINDE, Víctor. "El delito de negociación incompatible en el marco de la nueva Ley de Contrataciones del Estado". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal.* Tomo 79. Lima: Gaceta Jurídica, enero de 2016.

ESPINOZA MONTES, Amelia Lida. "El delito de cohecho pasivo propio. Aspectos específicamente dogmáticos". En: *Actualidad Penal*. Vol. 49. Lima: Instituto Pacífico, julio de 2018.

ESPINOZA MONTES, Amelia Lida. "Perspectiva funcional del delito de colusión ilegal". En: *Actualidad Penal*. Vol. 39. Lima: Instituto Pacífico, setiembre de 2017.

FRANCO GONZALES, César Alejandro. "Delito de omisión de actos funcionales. Límites entre el Derecho Administrativo y el Derecho Penal". En: *Actualidad Penal*. Vol. 25, Lima: Instituto Pacífico, julio de 2016.

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

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *La corrupción en las contrataciones del Estado. Un análisis del delito de colusión y negociación incompatible*. Lima: Instituto Pacífico, 2015.

GARCÍA CAVERO, Percy. "El delito de colusión desleal". En: GARCÍA CAVERO, Percy y VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (directores). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2020.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte especial*. Vol. II. 2ª edición. Lima: Instituto Pacífico, 2015.

GARCÍA LEÓN, Godofredo André. "Cuatro problemas jurisprudenciales en el delito de colusión". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 114. Lima: Gaceta Jurídica, diciembre de 2018.

GARCÍA LEÓN, Godofredo André. "El delito de negociación incompatible: seis problemas en la jurisprudencia". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 115, Lima: Gaceta Jurídica, enero de 2019.

GARCÍA NAVARRO, Edward. *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. Lima: Jurista Editores, 2009.

GONZALES ORBEGOSO, Alexander. "Delito de negociación incompatible en las contrataciones del Estado. Lo que no se dijo en la Casación N 841-2015-Ayacucho". En: *Actualidad Penal*. Tomo 35. Lima: Instituto Pacífico, mayo de 2017.

GONZALES ORBEGOSO, Alexander. "El delito de colusión ilegal: comentarios a la Casación N° 661-2016-Piura". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 101. Lima: Gaceta Jurídica, noviembre de 2017.

HUARCAYA RAMOS, Betty. "Abuso de autoridad por omisión, rehusamiento y retardo de función". En: REVILLA LLAZA, Percy (coordinador). *Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Gaceta Jurídica, 2016.

HUARCAYA RAMOS, Betty. "El delito de exacción ilegal". En: REVILLA LLAZA, Percy (coordinador). *Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Gaceta Jurídica, 2016.

HUGO ÁLVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018.

HUGO VIZCARDO, Silfredo Jorge. "El delito de peculado". En: REVILLA LLAZA, Percy (coordinador). *Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Gaceta Jurídica, 2016.

JIMÉNEZ, Sergio. "¿Qué es concertarse? A propósito del elemento del tipo de colusión". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 114, Lima: Gaceta Jurídica, diciembre de 2018.

JUANATEY DORADO, Carmen. *El delito de desobediencia a la autoridad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

LIMAYLLA TORRES, Abraham de Jesús. "¿Los funcionarios o servidores públicos que no justifican el gasto de viáticos otorgados por el Estado incurren en el delito de peculado doloso? Análisis del Acuerdo Plenario N°7-2019". En: *Actualidad Penal*. Vol. 67. Lima: Instituto Pacífico, enero de 2020.

LÓPEZ ARENAS, Magaly. "Algunas consideraciones en torno al delito de aprovechamiento indebido del cargo". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 115. Lima: Gaceta Jurídica, enero de 2019.

LÓPEZ ROMANÍ, Javier. "El delito de tráfico de influencias en el Perú". En: GARCÍA CAVERO, Percy y VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (directores). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2020.

LORENTE VELASCO, Susana María. *Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia*. Madrid: Dykinson, 2011.

MAITA DORREGARAY, Sara del Pilar. "Interpretación del tipo penal de patrocinio ilegal". En: CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés (coordinadora). *Nuevo proceso penal y delitos contra la Administración Pública*. Lima: Jurista Editores, 2014.

MANDUJANO RUBÍN, José. *Delito de colusión. Propuesta de fundamento y prueba*. Lima: Lex & Iuris, 2018.

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. "Cohecho pasivo propio: análisis del artículo 393 del Código Penal". En: *Actualidad Penal*. Vol. 65. Lima: Instituto Pacífico, noviembre de 2019.

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. "Delito de patrocinio ilegal: análisis del artículo 385 del Código Penal". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 126. Lima: Gaceta Jurídica, diciembre de 2019.

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. "Delito de patrocinio ilegal: análisis del artículo 385 del Código Penal". 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.

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. *Delito de colusión. Doctrina y jurisprudencia*. Lima: Editores del Centro, Lima, 2019.

MENDÍVIL MAMANI, Ángel Ernesto. "Problemas dogmáticos y jurisprudenciales del delito de colusión". En: *Actualidad Penal*. Vol. 62. Lima: Instituto Pacífico, agosto de 2019.

MENDOZA VAEZ, Paul. "El tipo penal de colusión. El elemento de contextualización y la probanza de la concertación y del perjuicio patrimonial". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 101. Lima: Gaceta Jurídica, noviembre de 2017.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte especial*. 22ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

NÚÑEZ RODRÍGUEZ, Segundo. "Reflexiones actuales en torno a la configuración típica del delito de colusión simple. ¡Andando a contracorriente!". En: *Actualidad Penal*. Vol. 43. Lima: Instituto Pacífico, enero de 2018.

PARIONA ARANA, Raúl. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte especial*. Tomo V. 3ª edición. Lima: Idemsa, 2016.

PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delitos contra la Administración Pública*. 2ª edición. Lima: Editorial Jurídica Portocarrero, 1997.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Delitos y penas. Una aproximación a la parte especial*. Lima: Ideas, 2017.

QUISPE MEZA, Daniel Simón. "El delito de negociación incompatible: un análisis crítico a través del delito de colusión en su modalidad simple". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 119. Lima: Gaceta Jurídica, mayo de 2019.

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

RÉATEGUI SÁNCHEZ, James. *El delito de negociación incompatible y de patrocinio ilegal de intereses privados*. Lima: Lex & Iuris, 2016.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*. Vol. III. Lima: Ediciones Legales, 2016.

REVILLA LLAZA, Percy Enrique. "El delito de colusión en la fase de liquidación del contrato público: el caso de la resolución contractual por incumplimiento". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 90. Lima: Gaceta Jurídica, enero de 2017.

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

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

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. 3ª edición. Lima: Grijley, 2020.

ROSALES ARTICA, David. "El delito de negociación incompatible en la ley penal peruana". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 122, Lima: Gaceta Jurídica, agosto de 2019.

ROSALES ARTICA, David. *El delito de negociación incompatible con el ejercicio de la función pública*. Lima: Editores del Centro, 2021.

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª edición. Lima: Iustitia, 2019.

SALVADOR ESQUIVEL, Nils Ericson. "Precisiones sobre la atipicidad legal en el delito de desobediencia o resistencia a la autoridad". En: *Actualidad Penal*. Vol. 17. Lima: Instituto Pacífico, noviembre de 2015.

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José y UGAZ HEUDEBERT, Francisco. *Delitos económicos, contra la Administración Pública y criminalidad organizada*. Colección de lo Esencial del Derecho N°18. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2017.

VÁSQUEZ SOTO, Milagros. "La determinación del interés indebido a través de la identificación de defectos administrativos en el delito de negociación incompatible". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 115. Lima: Gaceta Jurídica, enero de 2019.

VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald. "Los delitos contra la Administración Pública en el Perú: aproximación a una propuesta de clasificación tripartita". En: GARCÍA CAVERO, Percy y VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (directores). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2020.

VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. "El delito de peculado de uso. Análisis al artículo 388 del Código Penal peruano". En: REVILLA LLAZA, Percy (coordinador). *Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Gaceta Jurídica, 2016.

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE GENERAL

Presentación 5

Guía para el lector 7

PRIMERA PARTE
ASPECTOS GENERALES

CAPÍTULO I
Administración Pública y funcionario público en el Derecho Penal

I
EL BIEN JURÍDICO-PENAL EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. Definición de Administración Pública 11
2. El bien jurídico-penal mediato en los delitos contra la Administración Pública 11
3. Elementos de la Administración Pública como bien jurídico 13

II
LA FUNCIÓN PÚBLICA

1. Definición de función pública 15
2. Elementos que componen la función pública 15

III
LOS CONCEPTOS DE FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO EN EL DERECHO PENAL

1. Definición de funcionario público desde el campo del Derecho Administrativo 16
2. Componentes del concepto de funcionario público desde el campo del Derecho Administrativo 16
3. Definición de servidor público desde el ámbito del Derecho Administrativo 17

4. El concepto de funcionario público desde el ámbito del Derecho Penal 17
5. El artículo 425 del Código Penal contiene una lista abierta sobre los alcances de quien puede ser funcionario público para el Derecho Penal 20
6. Quien mantiene un contrato de servicios no personales con alguna entidad del Estado tiene la condición de funcionario público 22
7. El agente que, independientemente de su régimen laboral, mantiene vínculo contractual o laboral con alguna entidad del Estado, tiene la condición de funcionario público aun cuando preste sus servicios fuera de las instituciones estatales 22
8. Los bomberos tienen la condición de funcionarios públicos a efectos penales 23
9. Funcionarios públicos pueden ser sancionados tanto administrativa como penalmente sin que ello implique una vulneración al principio del *ne bis in idem* 24
10. Los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios o servidores públicos constituyen delitos de infracción de un deber especial 25

SEGUNDA PARTE

DELITOS COMETIDOS POR PARTICULARES

CAPÍTULO II

Usurpación de autoridad, título y honores

I

USURPACIÓN DE FUNCIONES

1. Descripción legal 29
2. Tipicidad objetiva 29
2.1. El bien jurídico penal específico 29
2.2. Sujeto activo 30
2.3. Sujeto pasivo 30
2.4. Conductas típicas 31
- Alcances del término "usurpar" conforme a la modalidad típica de "usurpar una función pública o la facultad de dar órdenes, militares o policiales" 31
- La usurpación implica el ejercicio ilegítimo efectivo del cargo o comisión realizando actos que son propios de ellos 32
- Para que se configure la usurpación del cargo público, este último debe existir legalmente 33

- Configuración de la modalidad de "continuar ejerciendo el cargo, no obstante, haber sido cesado, suspendido, subrogado o destituido" 34
- El agente que continúa ejerciendo actos de su función, cuando ya ha presentado su renuncia, pero esta aún no ha sido admitida, no incurre en la modalidad de "continuar ejerciendo el cargo, no obstante, haber sido cesado, suspendido, subrogado o destituido" 35
- Configuración de la modalidad típica de ejercer funciones correspondientes a cargo diferente del que se tiene 35
- Para que se configure la modalidad típica de ejercer funciones correspondientes a cargo diferente del que se tiene el agente debe ejecutar un acto legítimo . 36
- El autor en este delito realiza funciones que no corresponden a su cargo, sino que pertenecen a otro. Esta doble condición es importante, porque es lo que distingue la usurpación de autoridad de los abusos de autoridad 36

3. Tipicidad subjetiva 37
- El delito de usurpación de funciones es de carácter doloso 37
- El error de tipo en el delito de usurpación de funciones 38

4. Autoría y participación 38
- La modalidad típica de ejercer funciones diferentes al cargo designado constituye un delito de infracción del deber 38

5. Tentativa y consumación 39
- El delito de usurpación de funciones es un delito de mera actividad 39
- La naturaleza del delito de usurpación de funciones no admite la tentativa ... 39

6. Circunstancia agravante 39
- Si para perpetrar la comisión del delito, el agente presta resistencia o se enfrenta a las fuerzas del orden 39
- No se configura la circunstancia agravante cuando la resistencia se realiza en contra de una orden ilegítima 40

II

OSTENTACIÓN DE CARGO, TÍTULO U HONORES QUE NO EJERCE

1. Descripción legal 41
2. Tipicidad objetiva 41

2.1. El bien jurídico penal inmediato o específico 41

2.2. Sujeto activo 41
- Condiciones para que un servidor público pueda ser sujeto activo del delito de ostentación de cargo, título u honores que no ejerce 42

2.3. Sujeto pasivo 42
2.4. Conducta típica 42
• Alcances del verbo rector "ostentar" 42
• Definición de insignia y distintivos 43
• La ostentación de las insignias o de los distintivos debe realizarse de manera pública 43
• No se configura el delito de ostentación de cargo, título u honores que no ejerce si lo que se ostenta son insignias o distintivos inventados 44
• Alcances del verbo rector "arrogarse" 44
• Definición de "grado académico", "título profesional" y "honores" que el agente debe arrogarse para la configuración del delito de ostentación de cargo, título u honores que no ejerce 44
• El delito de ostentación de cargo, título u honores que no ejerce no puede realizarse a través de actos omisivos 45
3. Imputación subjetiva 46
• El delito de ostentación de cargo, título u honores que no ejerce es de carácter netamente doloso 46
4. Autoría y participación 47
• Admisibilidad de la autoría mediata en el delito de ostentación de cargo, título u honores que no ejerce 47
• Complicidad 47
• Instigación 47
5. Tentativa y consumación 48
• El delito de ostentación de cargo, título u honores que no ejerce es un delito de mera actividad y de peligro abstracto 48
• La configuración del delito de ostentación de cargo, título u honores que no ejerce no requiere la existencia de un perjuicio concreto o real al bien jurídico por parte del sujeto activo 48
• No se admite la tentativa en el delito de ostentación de cargo, título u honores que no ejerce 49

III
EJERCICIO ILEGAL DE LA PROFESIÓN

1. Descripción legal 50
2. Tipicidad objetiva 50
2.1. Bien jurídico-penal específico 50
2.2. Sujeto activo 51

2.3. Sujeto pasivo 51
2.4. Modalidades típicas 51
• Ejercicio de profesión sin reunir requisitos legales 52
• Ejercer profesión con falso título 52
3. Tipicidad subjetiva 53
4. Tentativa y consumación 54

IV
PARTICIPACIÓN EN EL EJERCICIO ILEGAL DE LA PROFESIÓN

1. Descripción legal 55
2. Tipicidad objetiva 55
2.1. Bien jurídico 55
2.2. Sujeto activo 55
2.3. Sujeto pasivo 56
2.4. Conducta típica 56
3. Imputación subjetiva 56
4. Autoría y participación 57
5. Tentativa y consumación 57
• Admite la tentativa 57
• Consumación 57

CAPÍTULO III
Violencia y resistencia a la autoridad

I
VIOLENCIA CONTRA UN FUNCIONARO PÚBLICO

1. Descripción legal 59
2. Tipicidad objetiva 59
2.1. Bien jurídico-penal 59
2.2. Sujeto activo 60
2.3. Sujeto pasivo 60
2.4. Conducta típica 61

- Ejercer violencia o amenaza sin alzamiento público 61
- Impedir mediante violencia o amenaza 62
- Obligar mediante violencia o amenaza 63
- Estorbar mediante violencia o amenaza 63
- La violencia debe ser idónea para impedir, obligar o estorbar 64
- La amenaza debe ser idónea para impedir, obligar o estorbar 64
- La violencia o amenaza debe detener por objeto exigirle al funcionario público la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones 65
- La ausencia de violencia o amenaza impide la configuración del tipo penal.. 67
- Diferencias entre la conducta típica del delito de violencia contra un funcionario público de la conducta del delito de violencia y resistencia a la autoridad 67
- Diferencias entre la conducta típica del delito de violencia contra un funcionario público de la conducta del delito de sedición 68

3. Imputación subjetiva 68
   - Tipo penal de carácter doloso 68
4. Autoría y participación 68
   - En tanto es un delito común el autor puede ser cualquier persona 68
   - Se admite la complicidad y la instigación 69
5. Tentativa y consumación 69
   - Es un delito de consumación instantánea 69

II

VIOLENCIA CONTRA LA AUTORIDAD PARA IMPEDIR EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES

1. Descripción legal 70
2. Tipicidad objetiva 70
   2.1. Bien jurídico 70
   2.2. Sujeto activo 71
   2.3. Sujeto pasivo 72
   2.4. Conducta típica 72
   - Impedir o trabar mediante intimidación o violencia la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de las funciones públicas 72
   - Es un delito de comisión, no se admite la forma omisiva 75
3. Imputación subjetiva 75

- Es un tipo penal doloso 75
- Es un tipo penal de tendencia interna trascendente por lo que requiere un elemento adicional al dolo 76
- Se puede presentar un error de tipo 76

4. Autoría y participación 77
   - Autoría 77
5. Tentativa y consumación 77
   - Es un delito de comisión instantánea por lo que no admite la tentativa 77

III
FORMAS AGRAVADAS

1. Descripción legal 79
2. Agravante: el hecho se realiza por dos o más personas 81
3. Agravante: el autor es funcionario o servidor público 81
4. Agravante: el hecho se comete a mano armada 82
5. Agravante: el autor causa una lesión grave que ha podido prever 82
6. Agravante: el sujeto pasivo es un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, miembro del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por mandato popular, en el ejercicio de sus funciones 83
   - La agravante está dirigida a prevenir y sancionar con severidad formas graves de agresión dolosa contra la autoridad policial, orientadas a intimidar a sus efectivos o producirles lesiones o muertes 83
   - Los insultos o actos de menosprecio verbales o de obra, proferidos contra la autoridad policial, constituyen formas de injuria (artículo 130) pero carecen de tipicidad propia como delitos contra la Administración Pública 84
   - La agravante del delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial opera de manera residual y subsidiaria a otros delitos contra la vida, la salud o la libertad 84
   - La agravante del delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial abarca únicamente aquellos actos que, mediante amenazas o agresiones físicas, rechazan el ius imperium del Estado 85
   - El delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial solo se configurará cuando no se den los presupuestos típicos de los delitos de homicidio calificado, sicariato, lesiones, injuria o secuestro 85
   - Si la violencia ejercida ocasiona lesiones graves, la pena del delito de violencia y resistencia contra una autoridad policial será no menor de 6 ni mayor de 12 años de privación de la libertad 86

- Para aplicar la agravante, los jueces deben verificar la existencia de un plus de lesividad que diferencie la conducta realizada del tipo básico, esto es, su idoneidad para impedir el ejercicio de la función pública del efectivo policial 86
- Actos como empujar a un policía, insultarlo o escupirlo no deben ser considerados formas agravadas de violencia y resistencia contra la autoridad 87
- La pena del delito de desobediencia y resistencia a la autoridad policial debe atenuarse cuando el agente se encuentre en estado de ebriedad, se resista a su propia detención, o reaccione en errónea defensa de un familiar intervenido 87
- La pena del delito de desobediencia y resistencia a la autoridad policial debe atenuarse cuando el procesado exprese confesión sincera, o se someta a la terminación anticipada o a la conclusión anticipada por conformidad 87
- La configuración de la agravante requiere el dolo del agente 88
- Toda persona puede oponerse y resistirse a la propia detención, pero lo que no se admite es violentar a la autoridad policial 88

7. Agravante: el hecho se realiza para impedir la erradicación o destrucción de cultivos ilegales, o de cualquier medio o instrumento destinado a la fabricación o transporte ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas 89
8. Agravante: el hecho se comete respecto a investigaciones o juzgamiento por los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, secuestro, extorsión y trata de personas 89
9. Agravante: se produce la muerte de una persona y el agente pudo prever este resultado 89

IV

RESISTENCIA O DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD

1. Descripción legal 91
2. Tipicidad objetiva 92
   - 2.1. Bien jurídico penal 92
   - 2.2. Sujeto activo 92
   - 2.3. Sujeto pasivo 92
   - 2.4. Conducta típica 94
     - Presupuesto: la existencia de una orden legalmente impartida 94
     - Requisitos para la configuración del delito de resistencia o desobediencia a la autoridad 96

- Modalidades típicas del delito de resistencia o desobediencia a la autoridad. 97
- Modalidad típica de "desobediencia" a la autoridad 98
- Modalidad típica de "resistencia" a la autoridad 100
- Límites objetivos para la configuración del delito de resistencia o desobediencia a la autoridad 101
- Excusa absolutoria: cuando evitar la propia detención impide la configuración del delito de resistencia o desobediencia a la autoridad 102

3. Tipicidad subjetiva 103
   - Exige la presencia de dolo directo 103
4. Autoría y participación 103
   - Es un delito común, por lo que cualquier persona puede ser autor 103
   - No es posible la presencia de la coautoría, pero sí de las autorías paralelas... 103
5. Tentativa y consumación 104
   - No admite la tentativa 104
   - Es un delito de comisión instantánea de resultado permanente 104
   - El delito se consuma con el incumplimiento de la orden legal 105
6. Supuesto agravado: cuando se desobedezca la orden de realizarse un análisis de sangre o de otros fluidos corporales que tenga por finalidad determinar el nivel, porcentaje o ingesta de alcohol, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas 105

V

INGRESO INDEBIDO DE EQUIPOS O SISTEMA DE COMUNICACIÓN, FOTOGRAFÍA Y/O FILMACIÓN EN CENTROS DE DETENCIÓN O RECLUSIÓN

1. Descripción legal 107
2. Tipicidad objetiva 107
   - 2.1. Bien jurídico penal 107
   - 2.2. Sujeto activo 108
   - 2.3. Sujeto pasivo 108
   - 2.4. Conducta típica 109
3. Tipicidad subjetiva 113
4. Autoría y participación 113
5. Tentativa y consumación 114

VI

INGRESO INDEBIDO DE MATERIALES O COMPONENTES CON FINES DE ELABORACIÓN DE EQUIPOS DE COMUNICACIÓN EN CENTROS DE DETENCIÓN O RECLUSIÓN

1. Descripción legal 116
2. Tipicidad objetiva 116
   2.1. Bien jurídico penal 116
   2.2. Sujeto activo 116
   2.3. Sujeto pasivo 117
   2.4. Conducta típica 117
3. Tipicidad subjetiva 121
4. Autoría y participación 121
5. Tentativa y consumación 122

VII

SABOTAJE DE LOS EQUIPOS DE SEGURIDAD Y DE COMUNICACIÓN EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

1. Descripción legal 124
2. Tipicidad objetiva 124
   2.1. Bien jurídico penal 124
   2.2. Sujeto activo 124
   2.3. Sujeto pasivo 125
   2.4. Conducta típica 125
3. Tipicidad subjetiva 129
4. Autoría y participación 129
5. Tentativa y consumación 131

VIII

POSESIÓN INDEBIDA DE TELÉFONOS CELULARES O ARMAS, MUNICIONES O MATERIALES EXPLOSIVOS, INFLAMABLES, ASFIXIANTES O TÓXICOS EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

1. Descripción legal 132
2. Tipicidad objetiva 132

2.1. Bien jurídico penal 132
2.2. Sujeto activo 133
2.3. Sujeto pasivo 133
2.4. Conducta típica 133
3. Tipicidad subjetiva 138
4. Autoría y participación 139
5. Tentativa y consumación 139

IX

INGRESO INDEBIDO DE ARMAS, MUNICIONES O MATERIALES EXPLOSIVOS, INFLAMABLES, ASFIXIANTES O TÓXICOS EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

1. Descripción legal 141
2. Tipicidad objetiva 141
2.1. Bien jurídico penal 141
2.2. Sujeto activo 141
2.3. Sujeto pasivo 142
2.4. Conducta típica 142
3. Tipicidad subjetiva 144
4. Autoría y participación 144
5. Tentativa y consumación 146

X

VIOLENCIA CONTRA AUTORIDADES ELEGIDAS

1. Descripción legal 147
2. Tipicidad objetiva 147
2.1. Bien jurídico penal 147
2.2. Sujeto activo 148
2.3. Sujeto pasivo 149
2.4. Conducta típica 150
3. Tipicidad subjetiva 153
4. Autoría y participación 153
5. Tentativa y consumación 154
6. Modalidad agravada 155

XI

DESTRUCCIÓN DE ENVOLTURAS O SELLOS PUESTOS POR LA AUTORIDAD

1. Descripción legal 156
2. Tipicidad objetiva 156
   2.1. Bien jurídico penal 156
   2.2. Sujeto activo 157
   2.3. Sujeto pasivo 158
   2.4. Conducta típica 158
3. Tipicidad subjetiva 162
4. Autoría y participación 163
5. Tentativa y consumación 164

XII

NEGATIVA A COLABORAR CON LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA - INCOMPARECENCIA

1. Descripción legal 167
2. Tipicidad objetiva 167
   2.1. Bien jurídico penal 167
   2.2. Sujeto activo 168
   2.3. Sujeto pasivo 169
   2.4. Conducta típica 169
3. Tipicidad subjetiva 173
4. Autoría y participación 174
5. Tentativa y consumación 175

XIII

SUSTRACCIÓN, OCULTAMIENTO, CAMBIO O DESTRUCCIÓN DE PRUEBA

1. Descripción legal 178
2. Tipicidad objetiva 178
   2.1. Bien jurídico penal 178
   2.2. Sujeto activo 179

2.3. Sujeto pasivo 180
2.4. Conducta típica 180
3. Tipicidad subjetiva 188
4. Autoría y participación 189
5. Tentativa y consumación 190

XIV
SUSTRACCIÓN DE OBJETO REQUISADO

1. Descripción legal 193
2. Tipicidad objetiva 193
2.1. Bien jurídico penal 193
2.2. Sujeto activo 193
2.3. Sujeto pasivo 194
2.4. Conducta típica 194
3. Tipicidad subjetiva 197
4. Autoría y participación 198
5. Tentativa y consumación 198

CAPÍTULO IV
Desacato

I
DESACATO

1. Descripción legal 201

II
PERTURBACIÓN DEL ORDEN EN EL LUGAR
DONDE LA AUTORIDAD EJERCE SU FUNCIÓN

1. Descripción legal 202
2. Tipicidad objetiva 202
2.1. Bien jurídico penal 202
2.2. Sujeto activo 203

2.3. Sujeto pasivo 204
2.4. Conducta típica 205
3. Tipicidad subjetiva 211
4. Autoría y participación 212
5. Tentativa y consumación 212

TERCERA PARTE
DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS

CAPÍTULO V
Delitos de abuso de autoridad

I
EL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD GENÉRICO

1. Descripción legal 217
2. Tipicidad objetiva 217
2.1. Bien jurídico penal 217
2.2. Sujeto activo 219
• Sujeto activo solo lo puede ser el funcionario público 219
2.3. Sujeto pasivo 220
2.4. Conducta típica 221
• Tipo penal de aplicación subsidiaria 221
• Modalidades típicas del delito de abuso de autoridad genérico 222
• Modalidad típica de cometer un acto arbitrario 223
• Modalidad típica de ordenar un acto arbitrario 223
• Acto arbitrario 224
• No se configura el delito de abuso de autoridad si el acto arbitrario realizado por el funcionario público no guarda relación con las funciones que debía realizar conforme al cargo asumido 228
• Causar perjuicio a alguien 230
• El cometer u ordenar un acto arbitrario debe realizarse mediante el abuso de atribuciones 231
3. Tipicidad subjetiva 232

- Se puede presentar el error de tipo en el delito de abuso de autoridad genérico 232

4. Autoría y participación 233
5. Tentativa y consumación 233
   - El delito de abuso de autoridad es un delito de resultado 233
   - Para que se configure el delito genérico de abuso de autoridad no interesa que se afecte el patrimonio del Estado 234
   - Si el perjuicio recae sobre el propio Estado no se configura el delito de abuso de autoridad genérico 234
6. Circunstancia agravante 235

II

ABUSO DE AUTORIDAD CONDICIONANDO ILEGALMENTE LA ENTREGA DE BIENES Y SERVICIOS

1. Descripción legal 236
2. Tipicidad objetiva 236
   2.1. Bien jurídico penal 236
   2.2. Sujeto activo 236
   2.3. Sujeto pasivo 237
   2.4. Conducta típica 237
   - Componentes objetivos 237
   - Solo se puede ejecutar de forma comisiva 238
3. Tipicidad subjetiva 238
4. Autoría y participación 239
5. Tentativa y consumación 240
   - Es un delito de mera actividad 240

III

OTORGAMIENTO ILEGÍTIMO DE DERECHOS SOBRE INMUEBLES

1. Descripción legal 241
2. Tipicidad objetiva 241
   2.1. Bien jurídico 241
   2.2. Sujeto activo 241

2.3. Sujeto pasivo 242
2.4. Conducta típica 242
3. Tipicidad subjetiva 244
4. Autoría y participación 244
5. Tentativa y consumación 245

IV
OMISIÓN, REHUSAMIENTO O DEMORA DE ACTOS FUNCIONALES

1. Descripción legal 247
2. Tipicidad objetiva 247
2.1. Bien jurídico penal 247
2.2. Sujeto activo 249
2.3. Sujeto pasivo 250
2.4. Conducta típica 251
• Modalidad típica de omitir ilegalmente algún acto de su cargo 251
• Modalidad típica de rehusar ilegalmente algún acto de su cargo 253
• Modalidad típica de retardar ilegalmente algún acto de su cargo 255
• La omisión, el rehusamiento o el retardo de algún acto propio del cargo del funcionario debe ser de forma ilegal 256
• La omisión, el rehusamiento o el retardo ilegal debe versar sobre algún acto propio de la competencia del funcionario público 258
• Es tipo penal de naturaleza subsidiaria 259
• Desobedecer una orden judicial de pago no se subsume en el delito de desobediencia a la autoridad si las reglas presupuestales no permiten ejecutar dicha orden 259
3. Tipicidad subjetiva 260
• Se requiere que el agente actúe con dolo directo 260
4. Autoría y participación 262
• Es un delito de infracción de deber por lo que autor solo puede serlo el funcionario público 262
5. Tentativa y consumación 264
• Es un delito de mera actividad por lo que no se admite la tentativa 264
6. Agravantes 264

V
DENEGACIÓN O DEFICIENTE APOYO POLICIAL

1. Descripción legal 266
2. Tipicidad objetiva 266
   2.1. Bien jurídico 266
   2.2. Sujeto activo 267
   2.3. Sujeto pasivo 269
   2.4. Conducta típica 270
   - Omitir 270
   - Rehusarse 271
   - Retardar 272
   - El omitir, rehusarse o retardar deben ser sin causa justificada 272
   - La prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente 274
   - Modalidad típica agravada 277
3. Tipicidad subjetiva 278
4. Autoría y participación 279
5. Tentativa y consumación 280

VI
OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN DE ÓRDENES DE LA AUTORIDAD

1. Descripción legal 283
2. Tipicidad objetiva 283
   2.1. Bien jurídico 283
   2.2. Sujeto activo 283
   2.3. Sujeto pasivo 285
   2.4. Conducta típica 286
3. Tipicidad subjetiva 290
4. Autoría y participación 291
5. Tentativa y consumación 291

VII
ABANDONO DE CARGO POR FUNCIONARIO PÚBLICO

1. Descripción legal 294
2. Tipicidad objetiva 294
2.1. Bien jurídico 294
2.2. Sujeto activo 294
2.3. Sujeto pasivo 296
2.4. Conducta típica 296
2.4.1. Componentes de la conducta típica 296
• Abandono del cargo 297
• Sin haber cesado legalmente 300
• Causar daño al servicio 301
2.4.2. Modalidad típica agravada 303
3. Tipicidad subjetiva 304
4. Autoría y participación 306
5. Tentativa y consumación 307

VIII
NOMBRAMIENTO Y ACEPTACIÓN INDEBIDA PARA CARGO PÚBLICO

1. Descripción legal 309
2. Tipicidad objetiva 309
2.1. Bien jurídico 309
2.2. Sujeto activo 310
2.3. Sujeto pasivo 313
2.4. Conducta típica 313
3. Tipicidad subjetiva 321
4. Autoría y participación 322
5. Tentativa y consumación 323

CAPÍTULO VI
Concusión

I
CONCUSIÓN

1. Descripción legal 327
2. Tipicidad objetiva 327
   2.1. Bien jurídico penal 327
   2.2. Sujeto activo 329
   - Sujeto activo solo puede serlo el servidor o funcionario público 329

   2.3. Sujeto pasivo 331
   2.4. Conducta típica 332
   - Modalidad típica de obligar a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial 332
   - Modalidad típica de inducir a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial 335
   - Las modalidades típicas de obligar o inducir a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, deben ser realizadas por el funcionario o servidor público mediante un abuso de su cargo 337
   - Dar o prometer dar indebidamente un bien o un beneficio patrimonial 342
   - Destinatario del bien o beneficio recibido 346
3. Tipicidad subjetiva 347
   - Se configura solo con la presencia de dolo directo 347
   - Requiere la presencia de un elemento adicional al dolo: el ánimo de lucro ... 348
4. Autoría y participación 348
   - Es un delito funcionarial por lo que la calidad de autor solo puede recaer sobre el sujeto cualificado 348
   - Admite las formas de complicidad (primaria y secundaria) 349
   - La persona que entrega o promete no es partícipe del delito de concusión 349
5. Tentativa y consumación 350

II
COBRO INDEBIDO

1. Descripción legal 353
2. Tipicidad objetiva 353
2.1. Bien jurídico 353
2.2. Sujeto activo 354
2.3. Sujeto pasivo 357
2.4. Conducta típica 357
• Verbos rectores: "exigir" pagar o entregar y "hacer" pagar o entregar 358
• Abuso del cargo 363
• Contribuciones o emolumentos 365
• Cantidad indebida o que excede la tarifa legal 367
3. Tipicidad subjetiva 368
4. Autoría y participación 370
5. Tentativa y consumación 370

III
COLUSIÓN SIMPLE Y AGRAVADA

1. Descripción legal 372
2. Tipicidad objetiva 373
2.1. Bien jurídico-penal 373
2.2. Sujeto activo 380
• Solo puede serlo el funcionario o servidor público que ha intervenido por razón de su cargo en alguna etapa de las modalidades de una contratación estatal 380
2.3. Sujeto pasivo 388
2.4. Conducta típica 389
2.4.1. Elementos comunes del delito de colusión simple y colusión agravada 390
• La concertación 390
• El objeto de la concertación: defraudar al Estado 399
• La concertación se puede dar en cualquier etapa del proceso de contratación estatal 405

- El contexto de contrataciones requerido por el tipo penal no comprende el procedimiento de ajuste de tarifas de telefonía al no desarrollarse en un marco de negociación 406
- Ámbitos en los que se produce la concertación 407
- La concertación debe evaluarse a la luz de la prueba por indicios 411
- Intervención por razón del cargo 412
- Tanto en sus modalidades simple y agravada, resulta ser un delito de acción, es decir, no admite la forma omisiva 415

2.4.2. Colusión simple 416

- Descarte de la aplicación del principio de confianza 423

2.4.3. Colusión agravada 424

- Colusión agravada: debe probarse a través de una pericia contable 433

2.4.4. Diferencias entre la colusión simple y la colusión agravada 434

3. Tipicidad subjetiva 436
4. Autoría y participación 440

- Es un delito de infracción del deber por lo tanto autor solo puede serlo el sujeto cualificado especial 440
- Dos o más sujetos públicos que participan en el pacto colusorio con los terceros interesados responden a título de coautoría 443

5. Tentativa y consumación 449

- Consumación de la colusión simple 449
- Consumación de la colusión agravada 451

IV
PATROCINIO INCOMPATIBLE

1. Descripción legal 452
2. Tipicidad objetiva 452

2.1. Bien jurídico 452

2.2. Sujeto activo 453

2.3. Sujeto pasivo 454

2.4. Conducta típica 455

- Alcances del verbo rector "patrocinar" 455
- El patrocinio debe girar sobre intereses de particulares ante la Administración Pública 459
- Valiéndose de su calidad de funcionario o servidor 462

3. Tipicidad subjetiva 465
4. Autoría y participación 465
5. Tentativa y consumación 466

V
EXTENSIÓN

1. Descripción legal 468
2. Sujeto activo 468
3. Conducta típica 470
4. Tipo subjetivo 474
5. Consumación y tentativa 474

CAPÍTULO VII
Peculado

I
PECULADO DOLOSO Y CULPOSO

1. Descripción legal 475
2. Tipicidad objetiva 477
2.1. Bien jurídico 477
2.2. Sujeto activo 482
2.3. Sujeto pasivo 485
2.4. Conducta típica 486
2.4.1. La conducta típica del delito de peculado doloso 486
• La apropiación como modalidad típica del delito de peculado doloso 487
• La utilización como modalidad típica del delito de peculado doloso 491
• Perjuicio patrimonial 493
• Destinatarios de la apropiación 497
• Relación funcional: por razón del cargo 498
• Relación funcional de hecho 502
• Caudales o efectos 503
• Percibir, administrar, custodiar 506

- El cobro simultáneo de una pensión por docencia y un sueldo por el ejercicio de una función pública no configura el delito de peculado doloso 513
- Peculado y no rendición de cuentas de viáticos 515
- Disponer el pago de remuneraciones o su incremento a trabajadores con vínculo laboral con la entidad agraviada no constituye delito de peculado 519
- Peculado por omisión 521
- Agravantes 521

2.4.2. La conducta típica del delito de peculado culposo 524

3. Tipicidad subjetiva 529
- La tipicidad subjetiva en el peculado doloso 529

4. Autoría y participación 530
- El delito de peculado es un delito de infracción del deber 530
- Configuración de la autoría paralela en el delito de peculado por apropiación 533
- Determinación de la participación delictiva en el delito de peculado 533

5. Tentativa y consumación 535
- El delito de peculado se consuma a pesar de la reposición de los bienes apropiados 536
- La utilización de documento público falso para poder consumar el peculado debe ser considerada como parte integrante de este último delito, como un presupuesto para su realización 537
- *Ne bis in ídem*. Sanción administrativa no impide que infractor sea juzgado penalmente 537

II
PECULADO DE USO

1. Descripción legal 539
2. Tipicidad objetiva 540

2.1. Bien jurídico 540

2.2. Sujeto activo 542

2.3. Sujeto pasivo 544

2.4. Conducta típica 545
- Usar o permitir usar 545
- Bienes muebles del Estado 547
- Finalidad de los bienes 549

- Relación funcional 551
- Perjuicio patrimonial 554

3. Tipicidad subjetiva 557
4. Autoría y participación 558
5. Tentativa y consumación 560
6. Causal de atipicidad del peculado de uso 562

III

MALVERSACIÓN

1. Descripción legal 565
2. Tipicidad objetiva 566
   2.1. Bien jurídico 566
   2.2. Sujeto activo 570
   2.3. Sujeto pasivo 571
   2.4. Conducta típica 571
   - Dinero o bienes del Estado 571
   - Relación funcional 573
   - Dar destino definitivo diferente al establecido: malversar 576
   - La afectación al servicio o función pública como condición objetiva de punibilidad 584
3. Tipicidad subjetiva 586
4. Autoría y participación 588
5. Tentativa y consumación 589
6. Agravante 590

IV

RETARDO INJUSTIFICADO EN EL PAGO

1. Descripción legal 593
2. Tipicidad objetiva 593
   2.1. Bien jurídico 593
   2.2. Sujeto activo 593
   2.3. Sujeto pasivo 594
   2.4. Conducta típica 594

- Relación funcional 594
- Fondos expeditos 595
- Demora injustificada 596
- Pago ordinario o decretado por la autoridad 597

3. Tipicidad subjetiva 599
4. Autoría y participación 600
5. Tentativa y consumación 601

V

REHUSAMIENTO DEL FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO A ENTREGAR BIENES EN CUSTODIA

1. Descripción legal 603
2. Tipicidad objetiva 603
   2.1. Bien jurídico 603
   2.2. Sujeto activo 604
   2.3. Sujeto pasivo 605
   2.4. Conducta típica 605
   - Rehusar a entregar 605
   - Dinero, cosas o efectos 608
   - Relación funcional 608
   - Existencia de depósito, custodia o administración 609
3. Tipicidad subjetiva 611
4. Autoría y participación 612
5. Tentativa y consumación 612

VI

EXTENSIÓN DEL TIPO

1. Descripción legal 615
2. Tipicidad objetiva 615
2. Sujeto activo 619
   - Administradores, custodios de dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similar 619
   - Los depositarios o administradores de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente 620

- Ejecutores coactivos 622
- Personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social 623

4. Distinción entre tipos penales 624

CAPÍTULO VIII
Corrupción de funcionarios

I
COHECHO PASIVO PROPIO

1. Descripción legal 627
2. Tipicidad objetiva 628
   2.1. Bien jurídico 628
   2.2. Sujeto activo 629
   2.3. Sujeto pasivo 632
   2.4. Conducta típica 633
   - Acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas 633
   - Solicita, directa o indirectamente donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas 643
   - Condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja 651
   - Violación de obligaciones 654
   - Donativo, promesa o cualquier ventaja 655
   - Donativo 655
   - Promesa 657
   - Cualquier ventaja 658
3. Tipicidad subjetiva 659
4. Autoría y participación 661
5. Tentativa y consumación 665

II
COHECHO PASIVO IMPROPIO

1. Descripción legal 668
2. Tipicidad objetiva 669
2.1. Bien jurídico 669
2.2. Sujeto activo 670
2.3. Sujeto pasivo 671
2.4. Conducta típica 671
• 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 o como consecuencia del ya realizado 672
• Solicitar, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación o como consecuencia del ya realizado 672
• Medios corruptores 673
3. Tipicidad subjetiva 674
4. Autoría y participación 675
5. Tentativa y consumación 676

III
COHECHO PASIVO ESPECÍFICO

1. Descripción legal 679
2. Tipicidad objetiva 680
2.1. Bien jurídico 680
2.2. Sujeto activo 683
2.3. Sujeto pasivo 687
2.4. Conducta típica 688
• Medios corruptores 690
• Modalidades típicas 692
3. Tipicidad subjetiva 700
4. Autoría y participación 702
5. Tentativa y consumación 703

IV
COHECHO PASIVO PROPIO EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN POLICIAL

1. Descripción legal 707
2. Tipicidad objetiva 707
2.1. Bien jurídico 707
2.2. Sujeto activo 708
2.3. Sujeto pasivo 708
2.4. Conducta típica 709
• Acepta o recibe el medio corruptor para realizar acto en violación de sus obligaciones funcionales 709
• Acepta o recibe el medio corruptor para omitir un acto en violación de obligaciones funcionales 710
• Acepta o recibe el medio corruptor a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones funcionales 711
• Solicita el medio corruptor para realizar un acto violatorio de sus obligaciones 712
• Solicita el medio corruptor para omitir un acto en violación de sus funciones 713
• Solicita el medio corruptor a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones 714
• Condiciona su conducta a la entrega del medio corruptor 714
3. Tipicidad subjetiva 715
4. Autoría y participación 715
5. Tentativa y consumación 716

V
COHECHO PASIVO IMPROPIO EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN POLICIAL

1. Descripción legal 718
2. Tipicidad objetiva 718
2.1. Bien jurídico 718
2.2. Sujeto activo 718
2.3. Sujeto pasivo 719
2.4. Conducta típica 719

- Acepta o recibe el medio corruptor para realizar un acto sin faltar a su obligación 719
- Acepta o recibe el medio corruptor para omitir un acto sin faltar a su obligación 720
- Acepta el medio corruptor a consecuencia del acto policial ya realizado u omitido 721
- Solicita el medio corruptor para realizar acto propio de su función 721
- Solicita el medio corruptor para omitir un acto propio de la función policial 722
- Solicita el medio corruptor como consecuencia del acto ya realizado u omitido 722

3. Tipicidad subjetiva 722
4. Tentativa y consumación 722

VI
CORRUPCIÓN PASIVA DE AUXILIARES JURISDICCIONALES

1. Descripción legal 724
2. Tipicidad objetiva 724
   2.1. Sujeto activo 724
   - Secretario 725
   - Relator 726
   - Especialista 726
   - Auxiliar jurisdiccional 727
   - Cualquier otro análogo 727

   2.2. Sujeto pasivo 728
   2.3. Conducta típica 728
3. Tipicidad subjetiva 731
4. Autoría y participación 731
5. Tentativa y consumación 733

VII
COHECHO ACTIVO GENÉRICO

1. Descripción legal 734
2. Tipicidad objetiva 735

2.1. Bien jurídico 735
2.2. Sujeto activo 736
2.3. Sujeto pasivo 738
2.4. Conducta típica 739
2.4.1. Medios corruptores 739
2.4.2. Modalidades típicas 742
- Primera modalidad: cuando el autor ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones 743
- Segunda modalidad: cuando el autor ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación 750

3. Tipicidad subjetiva 752
4. Autoría y participación 753
5. Tentativa y consumación 753

VIII

COHECHO ACTIVO TRANSNACIONAL

1. Descripción legal 756
2. Tipicidad objetiva 757
2.1. Bien jurídico 757
2.2. Sujeto activo 757
2.3. Sujeto pasivo 758
2.4. Conducta típica 758
2.4.1. Modalidades típicas 760
- Sujeto no cualificado ofrece, otorga o promete para que el funcionario internacional realice acto de su cargo violando sus obligaciones para obtener una ventaja indebida 760
- Ofrece, otorga o promete el medio para que realice actos sin faltar a sus obligaciones para obtener una ventaja 762
- Ofrece, otorga o promete el medio para que el funcionario omita faltando a sus obligaciones 762
- Ofrece, otorga o promete el medio para que omita actos sin faltar a sus obligaciones 763

3. Tipicidad subjetiva 763
4. Autoría y participación 764
5. Tentativa y consumación 765

IX
COHECHO ACTIVO ESPECÍFICO

1. Descripción legal 767
2. Tipicidad objetiva 768
2.1. Bien jurídico 768
2.2. Sujeto activo 769
2.3. Sujeto pasivo 770
2.4. Conducta típica 770
2.4.1. Medios corruptores 770
• Donativo 770
• Ventaja o beneficio 771
2.4.2. Verbos rectores 771
• Ofrecer 771
• Dar 772
• Prometer 772
2.4.3. Modalidades típicas 773
• Primera modalidad típica 773
• Segunda modalidad típica 776
• Tercera modalidad típica 777
3. Tipicidad subjetiva 778
4. Autoría y participación 779
5. Tentativa y consumación 780

X
COHECHO ACTIVO EN EL ÁMBITO DE LA FUNCIÓN POLICIAL

1. Descripción legal 782
2. Tipicidad objetiva 783
2.1. Bien jurídico 783
2.2. Sujeto activo 783
2.3. Sujeto pasivo 783
2.4. Conducta típica 784
2.4.1. Primera modalidad típica 784

- Agente ofrece, da o promete al PNP medio corruptor para realizar acto violando sus obligaciones 784
- Agente ofrece, da o promete al PNP medio corruptor para omitir acto violando sus obligaciones 785

2.4.2. Segunda modalidad típica 786

- Sujeto no cualificado ofrece, da o promete al PNP el medio corruptor para que realice actos propios de la función policial 786
- Sujeto no cualificado da, ofrece o promete al PNP el medio para que omita un acto propio de la función policial 787

3. Tipicidad subjetiva 787
4. Autoría y participación 787
5. Tentativa y consumación 788

XI

NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE CARGO

1. Descripción legal 790
2. Tipicidad objetiva 791

2.1. Bien jurídico 791

2.2. Sujeto activo 796

- Autor puede ser el funcionario o servidor público 796
- El funcionario o servidor público que no tiene competencia funcional para realizar contrataciones estatales no puede ser sujeto activo del delito de negociación incompatible 796

2.3. Sujeto pasivo 800

2.4. Conducta típica 800

- La conducta típica debe configurar un acto de corrupción y no una simple irregularidad o anomalía administrativa 800
- La conducta típica se concretiza cuando el agente se interesa en cualquier contrato que interviene en función de su cargo, esto es, en el marco de la contratación pública 801
- Alcances del verbo rector "interesarse indebidamente" 802
- Formas en que se puede manifestar el interés indebido 806
- El interés indebido puede ser en favor propio o de terceros conocidos o desconocidos para el autor 806
- El interés indebido del funcionario o servidor público debe darse dentro de un proceso de contratación u operación estatal 807

- El interés indebido puede configurarse en cualquier etapa del proceso de contratación estatal 809
- Si las etapas del proceso de contratación estatal ya culminaron el agente no puede incurrir en el delito de negociación incompatible 810
- El contrato o la operación estatal deben ser legítimos 810
- La conducta típica del delito de negociación incompatible no se puede configurar a través de la figura de la omisión 810
- Modalidades de la conducta típica del interesarse indebidamente 811

3. Tipicidad subjetiva 812
   - El delito de negociación incompatible es un tipo penal doloso 812
   - Configuración del error de tipo 813
4. Autoría y participación 814
   - En tanto es un delito de infracción del deber el autor solo puede serlo el sujeto cualificado 814
   - Los sujetos que, sin tener competencia legal, intervengan en la realización del delito de negociación incompatible tendrán la condición de partícipes 816
   - Complicidad primaria 817
   - La instigación en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo 818
5. Tentativa y consumación 818
   - El delito de negociación incompatible es un delito de peligro 818
   - La represión de la acción debe estar condicionada a la creación de un riesgo (resultado) cuya existencia debe ser probada para considerar consumada la infracción 821
   - El tipo no exige un perjuicio –económico– efectivo, pero sí requiere un riesgo para el patrimonio estatal, por lo que solo será sancionada la conducta idónea para tal fin 821
   - La consumación del delito de negociación incompatible no se ve afectada por la posterior anulación del contrato y operación estatal en donde intervino 823
6. Concursos delictivos 823
   - Concurso con el delito de omisión de actos funcionales 823

XII

TRÁFICO DE INFLUENCIAS

1. Descripción legal 825
2. Tipicidad objetiva 826
   2.1. Bien jurídico 826

2.2. Sujeto activo 830
2.3. Sujeto pasivo 832
2.4. Conducta típica 834
• Invocando o teniendo influencias reales o simuladas 834
• Recibir, hacerse dar o prometer para sí o para un tercero donativo, ventaja, promesa o beneficio 841
• El ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo 849
3. Tipicidad subjetiva 855
4. Autoría y participación 858
• Autor solo puede ser el intermediario o gestor de intereses 858
• El tercero interesado como instigador 860
5. Tentativa y consumación 863
• La condición de funcionario público solo agrava la punibilidad, pero no la fundamenta 868
6. Agravante 868
7. Prescripción 869

XIII
ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

1. Descripción legal 870
2. Tipicidad objetiva 872
2.1. Bien jurídico 872
2.2. Sujeto activo 873
2.3. Sujeto pasivo 876
2.4. Conducta típica 876
• Incremento ilícito del patrimonio 876
• Abuso del cargo 883
3. Tipicidad subjetiva 888
4. Autoría y participación 890
5. Tentativa y consumación 896
6. Agravante 897

Bibliografía 903

Este libro se terminó de imprimir
en abril de 2021 en los talleres gráficos
de Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Central: 242-2281
Lima, Perú