

**TEORÍA Y DOGMÁTICA DE LOS
DELITOS CONTRA
LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

COLECCIÓN CIENCIAS PENALES

RICARDO POSADA MAYA
DIRECTOR

COMITÉ EDITORIAL

LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA, ESPAÑA

JUANA DEL CARPIO DELGADO
UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE, ESPAÑA

TERESA AGUADO CORREA
UNIVERSIDAD DE SEVILLA, ESPAÑA

PATRICIA GALLO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, ARGENTINA

JAIME SANDOVAL FERNÁNDEZ
UNIVERSIDAD DEL NORTE, COLOMBIA

YESID REYES ALVARADO
UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

LOTHAR KUHLEN
UNIVERSIDAD MANNHEIM, ALEMANIA

WALTER PERRON
UNIVERSIDAD DE FREIBURG, ALEMANIA

MARCELO SANCINETTI
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, ARGENTINA

JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER
UNIVERSIDAD JAUME I DE CASTELLÓN, ESPAÑA

FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID, ESPAÑA

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ
UNIVERSIDAD POMPEU FABRA, ESPAÑA

MARIO TRAPANI
UNIVERSITÁ ROMA TRE, ITALIA

TEORÍA Y DOGMÁTICA DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

OMAR PEZO JIMÉNEZ

Nombres: Pezo Jiménez, Omar, autor.

Título: Teoría y dogmática de los delitos contra la administración pública / Omar Pezo Jiménez.

Descripción: Bogotá : Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes : Grupo Editorial Ibáñez, 2024. | xx, 242 páginas : ilustraciones ; 15 x 23cm. | Colección Ciencias Penales

Identificadores: ISBN 9789587987300 (rústica) | 9789587987324 (e-book) | 9789587987317 (e-pub)

Materias: Delitos contra la administración pública – Corrupción – Derecho penal

Clasificación: CDD 345.0232–dc23SBUA

Primera edición: octubre del 2024

© Omar Pezo Jiménez

© James Reátegui Sánchez y Ricardo León Molina López, por los prólogos

© Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

© Grupo Editorial Ibáñez S. A. S.

Ediciones Uniandes

Carrera 1.ª n.º 18A-12, bloque Tm

Bogotá, D. C., Colombia

Teléfono: 601 3394949, ext. 2133

<https://ediciones.uniandes.edu.co>

ediciones@uniandes.edu.co

Grupo Editorial Ibáñez

Carrera 69 Bis n.º 36-20 sur

Bogotá, D. C., Colombia

Teléfono: 601 2300731 / 601 2386035

Librería: 601 2835194 / 601 2847524

<https://grupoeditorialibanez.com>

ISBN: 978-958-798-730-0

ISBN e-book: 978-958-798-732-4

ISBN epub: 978-958-798-731-7

DOI: <https://doi.org/10.51573/Andes.9789587987300.9789587987324>

Corrección de estilo: Yecid Muñoz

Diagramación interior: Nancy Cortés

Diseño de cubierta: La Central de Diseño

Impresión:

Talleres Digitales

Grupo Editorial Ibáñez

Carrera 69 Bis n.º 36-20 sur

Teléfono: 601 2300731 / 601 2386035

Bogotá, D. C., Colombia

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Universidad de los Andes | Vigilada Mineducación. Reconocimiento como universidad: Decreto

1297 del 30 de mayo de 1964. Reconocimiento de personería jurídica: Resolución 28 del 23 de

febrero de 1949, Minjusticia. Acreditación institucional de alta calidad, 10 años: Resolución 582 del

9 de enero del 2015, Mineducación.

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

CONTENIDO

PRIMER PRÓLOGO	XIII
SEGUNDO PRÓLOGO	XVII
PRESENTACIÓN	XIX
ASPECTOS GENERALES DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	1
La corrupción	1
La administración pública	4
La función pública	7
Los sujetos	8
El bien jurídico	12
La autoría y la participación	17
TIPOS PENALES EN DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	21
Concusión	21
Evolución histórica	21
Bien jurídico protegido	23
Tipicidad objetiva	25
La penalidad	28
Conclusiones comparativas trascendentes	29
Exacción ilegal	29
Bien jurídico protegido	30
Tipicidad objetiva	31
Colusión	32
Bien jurídico protegido	36

Tipicidad objetiva	37
Conclusiones comparativas trascendentes	41
Peculado	42
Evolución histórica	42
Bien jurídico protegido	49
Tipicidad objetiva	50
Conclusiones comparativas trascendentes	55
Peculado culposo	56
Bien jurídico protegido	57
Tratamiento jurídico de la culpa	57
Tipicidad objetiva	59
Conclusiones comparativas trascendentes	62
Peculado de uso	63
Bien jurídico protegido	65
Tipicidad objetiva	65
Conclusiones comparativas trascendentes	71
Malversación de fondos	71
Bien jurídico protegido	74
Tipicidad objetiva	76
Conclusiones comparativas trascendentes	79
Retardo injustificado de pagos	79
Bien jurídico protegido	80
Tipicidad objetiva	81
Consumación y tentativa	82
Rehusamiento de entrega de bienes	82
Bien jurídico protegido	83
Tipicidad objetiva	84
Cohecho	86
Cohecho pasivo propio	87
Cohecho impropio	91
Cohecho activo	95
Cohecho pasivo específico	96
Corrupción de auxiliares jurisdiccionales	98
Negociación incompatible	98
Bien jurídico protegido	99
Ámbito de aplicación	101

El interés como comportamiento típico	101
Conclusiones comparativas trascendentes	102
Enriquecimiento ilícito	102
Bien jurídico protegido	104
Tipicidad objetiva	104
Conclusiones comparativas trascendentes	106
 LA POLÍTICA CRIMINAL Y LA PROCURADURÍA PÚBLICA ANTICORRUPCIÓN (PPA)	 107
Política criminal	107
La Procuraduría Pública Anticorrupción en Perú	116
Decreto Supremo 009-2009-JUS	118
Decreto Supremo 009-2010-JUS	119
 PROHIBICIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PARA FUNCIONARIOS	 121
Mecanismos alternativos de solución de conflictos penales	121
Principio de oportunidad	123
Definición	125
Antecedentes históricos	128
Fundamentos	132
Principio de oportunidad en Perú	137
Aspectos generales de la aplicación del principio de oportunidad en Perú	137
Impedimentos para la aplicación del principio	138
Procedimiento	139
Principio de oportunidad en Colombia	141
 PROHIBICIÓN DE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA EN DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	 143
La pena	143
Función de la pena	145
Suspensión de la ejecución de la pena en Perú	146
Suspensión de la ejecución de la pena en Colombia	147
Consecuencias de la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena	148

PROHIBICIÓN DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS	
EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	151
Establecimientos penitenciarios y delitos contra la administración pública	151
Beneficios penitenciarios y delitos contra la administración pública en Perú	152
Beneficios penitenciarios y delitos contra la administración pública en Colombia	154
Consecuencias de la prohibición de beneficios penitenciarios	156
LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	159
La extinción penal y de la pena	159
Evolución histórica	159
Fundamentos de la prescripción	163
La prescripción de la acción penal y de la pena en Perú	165
La prescripción de la acción penal y de la pena en Colombia	169
La imprescriptibilidad en los delitos contra la administración pública	171
LA INHABILITACIÓN EN DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	181
La inhabilitación	181
La inhabilitación en Perú	182
La inhabilitación en Colombia	185
Conclusiones	188
LA REPARACIÓN CIVIL EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN PERÚ	191
El contenido de la reparación civil en los delitos contra la administración pública	191
El cobro de la reparación civil en delitos contra la administración pública	195
Datos empíricos sobre la ejecución de la reparación civil en Perú	198

ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS RELEVANTES	205
Teoría racional y precipitadores sociales del delito adaptables a la corrupción	205
El populismo punitivo en delitos contra la administración pública	212
El derecho penal simbólico en delitos contra la administración pública	215
La necesidad de asumir un enfoque económico en delitos de corrupción	221
BIBLIOGRAFÍA	227

PRIMER PRÓLOGO

El autor de estas páginas, el doctor Omar Pezo Jiménez, me ha solicitado que escriba unas palabras a su excelente trabajo denominado *Teoría y dogmática de los delitos contra la administración pública*, circunstancia que he aceptado con gran alegría porque, en primer orden, se trata de un trabajo que corresponde a la rigurosidad científica que imponen los delitos contra la administración pública y, en segundo lugar, más allá de la amistad que nos une, porque se trata de una de las grandes promesas dentro de la comunidad académica del derecho penal de nuestro país.

El doctor Pezo Jiménez organiza su trabajo de investigación teniendo en consideración las legislaciones penales principalmente de Perú y Colombia —este último, país donde realizó sus estudios de posgrado—. Asimismo, según se puede observar, el presente trabajo consta hasta de tres grandes bloques que vale la pena mencionar: el primero, podríamos decir, trata de la parte general del derecho penal de la administración pública y analiza críticamente el concepto jurídico-penal de *funcionario* focalizado en el artículo 425 del Código Penal peruano. Además, se sigue la temática de análisis sobre la administración pública y su relación con el derecho penal y el derecho administrativo.

En el segundo bloque (especial) se analizan, de manera exegética, los principales tipos penales que componen los delitos cometidos por funcionarios en contra de la administración pública: concusión, exacción ilegal, colusión, peculado, peculado culposo, peculado de uso, malversación de fondos, retardo injustificado de pagos, rehusamiento de entrega de bienes y cohecho. Finalmente, el autor también describe una parte esencial vinculada al derecho de ejecución penitenciaria, en la cual se analiza, por ejemplo, la prohibición de los beneficios penitenciarios en los delitos contra la administración pública, específicamente los beneficios penitenciarios en Perú y Colombia.

En efecto, como bien lo aclara el doctor Omar Pezo, el combate contra la corrupción en la contratación pública cumple un papel decisivo, pero no único¹. El derecho penal es la rama del derecho de la que se espera una actuación más eficaz frente a comportamientos desleales de funcionarios a cargo de las contrataciones públicas. En esta línea de pensamiento, por ejemplo, consideramos que el delito de colusión, aun cuando su configuración típica ha generado enormes facultades desde el principio de legalidad², por la deficiente técnica legislativa empleada³ incorpora como notas esenciales que es formalmente un delito especial propio, materialmente un delito de infracción de deber y, de otro lado, un delito de (mala) gestión, de defraudación de la gestión⁴. Pero no solo eso, sino que también es un delito que sanciona una especie de la corrupción pública porque no solo 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 funcional⁵.

Finalmente, es mi deseo que el presente trabajo de investigación realizado por el doctor Omar Pezo Jiménez, docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada de Tacna, que tengo el honor de prologar en esta oportunidad, logre el objetivo de servir como línea de orientación a todos y cada uno de los operadores del sistema penal en nuestro país (por ejemplo, jueces, fiscales, Policía Nacional, abogados

¹ JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, “Compliance y self-cleaning en la contratación pública (especial referencia al derecho comunitario)”. En *La corrupción: criminología, derecho penal parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal*, ed. por Raúl Martínez Huamán (Lima, 2020), 871.

² PEDRO CRESPO BARQUERO, “Delitos contra la Administración Pública”. En *Código Penal de 1995. (comentarios y jurisprudencia)* (Granada: Comares, 1999), 1733. Dicho autor cita al Tribunal Supremo Español, concretamente la Sala Segunda: “En este tipo se recogen figuras muy abiertas de contornos poco definidos y, en consecuencia, merecedoras de algún reproche desde la perspectiva del principio de legalidad”.

³ CARLOS MIR PUIG, *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal* (Barcelona, 2000), 335-336.

⁴ Ejecutoria suprema del 29 de noviembre del 2019, recaído en la Casación 468-2019-Lima. Sala Penal Permanente. Fundamento tercero.

⁵ Ejecutoria suprema del 26 de junio del 2019, recaído en la Casación 9-2018-Junín. Sala Penal Permanente. Fundamento 1.6.

defensores, entre otros). Asimismo, exhorto a Omar a que siga brindándonos similares trabajos de investigación.

James Reátegui Sánchez

Doctor en Derecho, Universidad de Buenos Aires.

Especialista en Destrezas en Litigación Oral en la California

Western School of Law. Doctor *honoris causa* por la Universidad

la Barra Interamericana de Abogados, Lima, Perú

SEGUNDO PRÓLOGO

La corrupción es un mal que aqueja a todas las sociedades desde tiempos inmemoriales. Abundan casos en la literatura que dan cuenta de hechos de corrupción de muy diversa índole. Podría afirmarse, por ejemplo, que el juicio y la posterior condena de Sócrates estuvo motivada por un acto de corrupción de sus acusadores. En el Evangelio abundan los casos de corrupción tanto pública como privada: está el caso del administrador desleal que altera las cantidades que le adeudan a su señor en aras de congraciarse con los deudores y obtener posteriormente beneficios de estos. El mismo Cervantes fue acusado por la presunta comisión de actos de corrupción bajo el reinado de Felipe II y por eso ingresó a la cárcel de Sevilla, tiempo durante el cual escribió *El Quijote*. En fin, la corrupción siempre ha existido, pero no siempre se ha hablado de ella de la misma manera ni con el mismo enfoque. Podría pensarse, incluso, que los denominados “maestros de la sospecha” han apuntado a descifrar, desde una perspectiva netamente humana, las causas de la corrupción. Así, por ejemplo, Marx planteaba que al hombre lo movía un determinismo económico; Nietzsche, desde la filosofía, y luego Alvin Adler, desde la psiquiatría, consideraban que al ser humano lo movía la voluntad de poder. Freud, por su parte, también desde la psiquiatría, afirmaba que las personas estaban determinadas por la voluntad de placer. Todos ellos en el fondo coinciden con la visión teológica del catolicismo. En la doctrina católica se pregona que el camino que aleja a las personas de la virtud viene dado por tres tipos de tentaciones: la del poder, la del placer y la del dinero. En síntesis, se puede apreciar que todo acto de corrupción deriva de una o varias de estas tres tentaciones.

El Dr. Omar Pezo Jiménez nos presenta en su libro *Teoría y dogmática de los delitos contra la administración pública* una aproximación a las

manifestaciones de las conductas constitutivas de actos de corrupción desde una perspectiva no solo dogmática, sino también criminológica. Para ello, acude a una gran variedad de fuentes doctrinales a las que suma datos estadísticos de gran valía para realizar un análisis específico de los actos de corrupción que se aprecian en diversas regiones de Perú. Esos datos aluden a la cantidad de delitos cometidos y su impacto económico en los ámbitos local y nacional. Pero el texto ofrece mucho más: el estudio de la corrupción en Perú se hace a partir de una comparación con el ordenamiento jurídico colombiano. De hecho, se ofrece la equivalencia del impacto económico de los delitos contra la administración pública en ambos países, así como una conceptualización dogmática frente a ese par de ordenamientos.

El Dr. Pezo Jiménez nos presenta una gran obra, fruto de su estancia investigativa en la Universidad de los Andes. En Colombia estuvo trabajando y dejó huellas de su calidad personal y académica. Nos ha concedido el honor de prologar su obra. Tendría mucho más por decir, pero se trata solo de prologar. Finalmente agregaría que la nueva generación de académicos en Perú cuenta con un insigne jurista cuya huella intelectual apenas ha comenzado a labrar los senderos del derecho penal, pero con seguridad seguirá marcando con su impronta las generaciones por venir.

Ricardo León Molina López
Doctor en Derecho Penal y Procesal Penal por la
Universidad de Sevilla. Director del Área de Derecho Penal,
Universidad de los Andes. Bogotá, Colombia

PRESENTACIÓN

No hay un solo día en Latinoamérica en el que no se encuentren noticias sobre actos de corrupción. En mi trayectoria como académico y catedrático universitario he percibido un alto grado de interés entre jóvenes universitarios, abogados y la sociedad en general por comprender este fenómeno. Sin embargo, también he notado cierto rechazo académico debido a la complejidad de interpretar todas las normas, doctrinas y jurisprudencias relacionadas.

Este libro busca no solo que comprendas los delitos contra la administración pública y sus penas según la legislación penal, sino que entiendas este fenómeno como algo complejo que abarca diversas disciplinas. Como lector, te invito a aprender en términos sencillos los tipos penales, a concebir y detectar los cambios significativos en la política criminal, a conocer los debates teóricos más complejos que han llevado a estas transiciones y a abordar breves comparaciones entre Perú y Colombia, que comparten más que una frontera pues son hermanos con problemas similares.

Soy un firme creyente en que conocer al presunto enemigo es una de las mejores formas de combatirlo. Por lo tanto, considero deber de todo estudiante de derecho, abogado y ciudadano comprender qué son los delitos contra la administración pública, qué es la corrupción y hacia dónde apuntan los Estados para combatir este fenómeno que tanto daño causa a los pueblos.

Este libro representa el resultado de más de ocho años de investigación. Su fundamento principal reside en la identificación y el desarrollo de los aspectos más controvertidos de los delitos contra la administración pública, presentados de la manera más accesible posible para los estudiantes que buscan comprender el derecho penal, así como para los abogados interesados en conocer las discusiones en torno a

este tipo de delitos y para cualquier ciudadano que desee entenderlos como fenómeno social.

Comprender los delitos contra la administración pública en la actualidad es comparable con lo que enfrentaba un marinero del siglo XVI que se aventuraba en mar abierto sin conocer sus límites, pues las normas en este campo, tanto en Perú como en Colombia, cambian constantemente. Estas variaciones no solo afectan las penas, sino también las medidas procesales, los mecanismos de ejecución penal, los aspectos dogmáticos, entre otros.

Por ello, considero que comprender esta problemática es vital para abordarla en estos tiempos tan egoístas y mezquinos, en los que la mayoría de políticos y funcionarios solo buscan su propio beneficio, permitiendo que nuestros pueblos continúen sumidos en la miseria a pesar de las riquezas de nuestras tierras.

En última instancia, quisiera que leyeras esta obra con atención y detenimiento pues una vez comprendas que estos delitos son más complejos de lo que parecen en un código penal, desearás investigar más a fondo en busca de respuestas sobre por qué aún no hemos podido combatirlos efectivamente. Es el deber de cada estudiante de derecho abordar esta problemática, considerando que su solución no es un sueño posiblemente inalcanzable, sino un logro que merece ser alcanzado.

ASPECTOS GENERALES DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

LA CORRUPCIÓN

Es necesario iniciar expresando la posición del historiador Jorge Basadre Grohmann, quien señala que tres serían los grandes enemigos de un país:

Los congelados, los incendiarios y los podridos. Los congelados se encierran en sí mismos, los incendiarios se consumen en el pesimismo y los podridos, vale decir los corruptos, prostituyen cualquier ideal en beneficio propio y buscan convertir al Perú en un fango, en una chacra.¹

Evidentemente, la corrupción es el enemigo más repudiado por el citado autor, que expresó lo anterior en relación con el Perú de los siglos XIX y XX. Esto es relevante porque nos brinda contexto para considerar si la noción de *enemigos de un país* según Basadre se encuentra vigente y si se puede extender a otras sociedades.

Como punto de partida, aunque puede llegar a ser un trabajo arduo, es vital definir el término *corrupción* ya que tiene diversos significados. Para entenderlo es necesario precisar su delimitación semántica a partir de disciplinas como las ciencias sociales, la economía, la gestión pública, las ciencias políticas, el derecho y la historia. Estas brindan diversos enfoques que amplían la mirada de quien busca entender el tema.

Por supuesto, no existe un concepto unívoco de corrupción. Como señala Malem Seña,

¹ JORGE BASADRE GROHMANN, *La promesa de la vida peruana y otros ensayos* (Lima: Juan Mejía Baca, 1958), 50.

la historia conceptual de la corrupción es incierta. Mientras el origen etimológico es claro, ya que proviene del latín *corrumpere*, [se usa] en dos sentidos distintos, en un sentido general equivalente a destrucción, devastación o adulteración de un material orgánico, y en un sentido particular para designar una actividad humana específica, como ocurre cuando se lo asimila a soborno o extorsión².

Uniendo los dos sentidos de la palabra resultaría ser algo vil o repulsivo que afecta gravemente al ser humano.

Un concepto general de lo que es la corrupción para muchos autores es recogido por Castro Cuenca en su obra *Corrupción y delitos*:

Un gran número de autores considera que la corrupción implica el quebrantamiento del interés público en aras de satisfacción de un interés personal, esta posición la sostienen Tarkowski, Cugat, Bustos Gisbert, Rodríguez García, Valeije Álvarez, Contreras Alfaro, Rodríguez Collao, Domínguez Berrueta y Ossandow Widow.³

Se trata de un concepto simple planteado como una primera aproximación al tema. Frente a este aparecen tres reflexiones: la primera señala que dicha postura no define el fenómeno y solo aporta la consecuencia; la segunda resalta que dicho fenómeno está basado en comportamientos íntimamente ligados al sector público, y por último, la tercera identifica a la corrupción como la violación de un deber posicional efectuada con el objeto de obtener un beneficio extraposicional.

Ahora bien, si en el derecho la corrupción implica la violación de un deber posicional, para que se materialice se requiere una posición especial que permita realizar los actos corruptos. Es decir, no cualquiera en cualquier circunstancia puede hacerlo. Por eso en el derecho penal es uno de los denominados *delitos especiales*:

² JORGE MALEM SEÑA, *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos* (Barcelona: Gedisa, 2002), 23.

³ CARLOS CASTRO CUENCA, *Corrupción y delitos contra la administración pública* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2009), 27.

Se puede[n] definir los actos de corrupción, entonces, como aquellos que constituyen la violación, activa o pasiva de un deber posicional o del incumplimiento de alguna función específica realizados en un marco de discreción con el objeto de obtener un beneficio extraposicional, cualquiera sea su naturaleza.⁴

En este orden de ideas, la corrupción implica un deber posicional y un beneficio. Dicho de otro modo, estas dos exigencias son condiciones de posibilidad de la corrupción tal como la definimos.

Por otro lado, quien quiera entender la corrupción fácilmente puede llegar a pensar que el ser humano es corrupto por inherencia, es decir, que aquella es propia de nuestra naturaleza. Después de todo, los ejemplos sobran en las distintas etapas de la vida: desde el infante que coacciona con llanto a la madre para recibir lactancia hasta el adulto que regala bienes o da un buen trato a alguien no por el gusto de hacerlo, sino para recibir en el futuro algo a cambio.

De hecho, una gran variedad de autores establece que la corrupción es una consecuencia de la codicia humana. Esta visión nos la muestra como un sinónimo de *perversidad* que al final de cuentas teje una red de contagio desde la corrupción de altos funcionarios y empresarios particulares con grandes recursos económicos y niveles educativos superiores, pasando por la de los mandos medios y concluyendo en la pequeña corrupción⁵ normalmente ejercida por individuos de menor nivel educativo que acuden a ella como un complemento para sus escasos salarios.

El concepto de *corrupción* es uno de los más polisémicos que puede existir⁶. Aun así, se puede enfocar toda esa variedad desde tres

⁴ MALEM SEÑA, *La corrupción*, 35.

⁵ JAIME LOMBANA VILLALBA, *Corrupción, cohecho y tráfico de influencias en España y Colombia* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2014), 5.

⁶ SILVINA BACIGALUPO y JESÚS LIZCANO, *Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción* (Madrid: Eurosocietal, 2013), 13.

perspectivas: la jurídica, la sociohistórica y la económica⁷. La corrupción constituye entonces un fenómeno diverso que comprende distintos aspectos del quehacer humano en relación con el sistema público. Como fenómeno ha mostrado continuidad desde la aparición de los Estados y las primeras civilizaciones, teniendo una larga presencia histórica en todas las culturas⁸. La dificultad para analizarlo tiene que ver con que es una actividad clandestina, casi siempre oculta, de modo que la documentación, las fuentes y los datos son escasos o de muy baja confiabilidad⁹.

La falta de concientización cultural, producto del convulsionado recorrido histórico democrático de los países latinoamericanos, y la creencia de que la cosa pública es parte del patrimonio individual de quien ejerce la función pública son el caldo de cultivo para la expansión y normalización de la corrupción en los últimos siglos, muy típico de los regímenes políticos poco evolucionados o aún en desarrollo¹⁰.

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Si analizamos el título XVIII del Código Penal peruano, en el que se encuentran los delitos contra la administración pública, se observa que estos la protegen por medio de sus instituciones. Cabría, entonces, preguntarse qué se entiende por *administración pública*. Esta pregunta cuenta con diversas respuestas según la perspectiva que se asuma.

Desde una perspectiva organicista Frisancho Aparicio opina que

administración es ordenar económicamente los medios de que se dispone y usar convenientemente de ellos para proveer a las propias necesidades.

⁷ JUAN CARLOS VEGA, *La corrupción como modelo de poder político, económico y sindical* (Buenos Aires: Astrea, 2019), 4.

⁸ JOHN T. NONNAN JR., *Bribes: The intellectual history of a moral idea* (Berkeley: University of California Press, 1984), 124.

⁹ ALFONSO QUIROZ NORRIS, *Historia de la corrupción en el Perú* (Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2021), 39.

¹⁰ EDGARDO DONNA, *Delitos contra la administración pública* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008), 20.

Si se le adiciona a ese concepto el adjetivo *pública*, se estará vinculando a la idea de manejo, gestión o gobierno, esto es, la concepción del poder público o actuación del Estado a través de sus diversos organismos para vincularse con los particulares o para desarrollar sus propios planes o proyectos de desarrollo¹¹.

Por otra parte, si seguimos los lineamientos del funcionalista Rojas Vargas, la administración pública “comprende entonces a las funciones y competencias específicas de los órdenes legislativo, judicial, ejecutivo, electoral y organismos autónomos del Estado”¹². Esto es, la administración pública compete a todas las instituciones públicas sin excepción. Cabe mencionar que quedan fuera de estos ámbitos los bancos y regímenes jurídicos privados. También podemos mencionar un concepto general: que la administración pública es la organización del poder público con potestad administrativa¹³.

Un concepto muy bien diseñado desde la perspectiva del derecho administrativo es aquel al que adhieren Benavente y Calderón, que la conciben como un “sistema vivo y dinámico, dirigido, que participa activamente de la vida social y establece relaciones múltiples entre las propias entidades estatales y paraestatales o con entidades particulares o con ciudadanos”¹⁴. Es decir, la administración pública debe entenderse como un sistema social dinámico, un conjunto de engranajes que tiene por finalidad el beneficio de la sociedad y el Estado, siempre sometido a una jerarquía. De la misma forma, para los autores anteriormente citados la administración pública cuenta con cinco elementos esenciales:

- 1) La organización y las funciones.
- 2) Las normas y procedimientos.

¹¹ MANUEL FRISANCHO APARICIO, *Código Penal. Tomo VII* (Lima: Jurídica, 1998), 15.

¹² FIDEL ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública* (Lima: Grijley, 2002), 15.

¹³ ANTONIO ABRUÑA PIYOL, *Delimitación jurídica de la administración pública en el ordenamiento peruano* (Lima: Universidad de Piura, 2010), 67.

¹⁴ HESBERT BENAVENTE y LEONARDO CALDERÓN, *Delitos de corrupción de funcionarios* (Lima: Gaceta Jurídica, 2012), 78.

- 3) El potencial humano.
- 4) La toma de decisiones.
- 5) La orientación y determinación político-social.

Se podría decir, entonces, que la administración pública es, como lo dice Rubio Angulo, “toda actividad cumplida por quienes están encargados de poner en funcionamiento el Estado para el cumplimiento de sus fines, funciones sometidas a una jerarquía en todos sus órganos”¹⁵. Este parece ser el concepto que abarca la suma de aspectos necesarios sobre este tema.

Ahora bien, debemos tener en cuenta, como lo expresa Bernal Pinzón¹⁶, que “la tutela penal del Estado como organismo político se expresa a través de los delitos que ofenden su estructura y su personalidad”. Es decir, estos afectan de alguna forma la estructura del gobierno en la administración pública, en la medida en que impiden que cumpla a cabalidad su poder encargado de Estado-administrador por medio de las funciones establecidas en sus documentos de gestión.

Si observamos los diversos códigos penales en Latinoamérica —como los de Chile, Argentina, Ecuador, Perú y por supuesto Colombia— nos daremos cuenta de que los títulos de la parte especial relacionados con corrupción se conocen como *delitos contra la administración pública*. Por ello es sumamente importante que el estudiante, investigador o lector en derecho trate con mucho cuidado esta premisa y analice de forma amplia el concepto. Así nos lo expresa Molina Arrubla: “Una interpretación literal de administración pública puede llevarnos a equívocos y confusiones, como que el nombre mismo del título daría a entender que este solo se ocupa de las acciones dentro de la rama administrativa”¹⁷. Esto resultaría muy gravoso pues el ámbito de los delitos contra la administración pública

¹⁵ EDMUNDO RUBIO ANGULO, *El peculado* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1985), 5.

¹⁶ JESÚS BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública y asociación ilícita para delinquir* (Bogotá: Temis, 1965), 4.

¹⁷ CARLOS MARIO MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la administración pública* (Bogotá: Leyer, 1999), 12.

es vasto: abarca todos los circuitos donde el Gobierno interviene, incluidas hasta empresas del Estado de condición mixta.

LA FUNCIÓN PÚBLICA

Todo Estado, sea cual sea su naturaleza, realiza numerosas actividades a través de sus instituciones en pos de alcanzar los fines que considera importantes para la vida en sociedad. El conjunto completo de estas actividades compone la *función pública*.

La función pública, como parte del derecho público, es “una actividad que el ordenamiento jurídico-constitucional y legal, reserva a los órganos-instituciones y se manifiesta por la voluntad de los órganos individuales (funcionarios públicos[sic])”¹⁸. En Perú, por ejemplo, existen tres funciones estatales: la legislativa, la administrativa y la jurisdiccional. De estas se derivan diferentes funciones más precisas: policiales, electorales, diplomáticas, educativas, de salud pública, entre muchas otras.

En ese sentido, la ejecución de la función pública

es el ejercicio de las atribuciones esenciales del Estado, realizadas como actividades de gobierno, de poder público que implica soberanía e imperio, y si tal ejercicio lo realiza el Estado a través de personas jurídicas, el empleado público sea funcionario o servidor se identifica con el órgano de la función pública y su voluntad y acción trascienden como voluntad y acción del Estado, lo que justifica la creación de normas especiales para su responsabilidad¹⁹.

Esto significa que las acciones de los individuos llamados *funcionarios* son la materialización de la función pública. El derecho penal no

¹⁸ FIDEL ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública* (Lima: Grijley, 1999), 19.

¹⁹ ROBERTO BÁEZ MARTÍNEZ, *Manual de derecho administrativo* (Ciudad de México: Trillas, 1990), 36.

cuenta con un concepto propio de función pública, así que hace suyos los conceptos del derecho constitucional y el derecho público.

Para Rojas Vargas la función pública tiene ciertas características que la distinguen:

- 1) La actividad es al servicio de la Nación.
- 2) La función pública recae en personas físicas llamadas *funcionarios*.
- 3) Su contenido es diverso, con actividades de diferentes órdenes.
- 4) Compete a la totalidad de asuntos estatales.
- 5) Es continua y permanente.
- 6) Cuenta con deberes, obligaciones y derechos gestionados por medio de sus instituciones.

En síntesis, la función pública es el conjunto de las acciones realizadas por sujetos determinados que ejercen cargos del Estado como parte de un fin social. Naturalmente, del comportamiento de dichos sujetos depende en buena parte el correcto funcionamiento de los servicios públicos.

LOS SUJETOS

Analizar los sujetos en los delitos contra la administración pública es de vital importancia porque se trata de *delitos especiales*, es decir, que solo pueden ser realizados por individuos con una calidad determinada exigida por el tipo penal.

Tabla 1. Categorías de funcionarios en los códigos penales de Perú y Colombia

C. P. peruano	C. P. colombiano
Son funcionarios o servidores públicos: 1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa. 2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular. 3. 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. 4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. 5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. 6. Los designados, elegidos o proclamados por autoridad competente para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades. 7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.	Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política.

Fuente: elaboración propia con base en los códigos penales peruano (art. 425) y colombiano (art. 20).

El funcionario es el agente o trabajador del Estado que desempeña cierto rol en alguna institución pública determinada. Para Salinas Siccha

el funcionario público [sic] es aquella persona natural o física, con poder de decisión que presta servicios o trabaja para el Estado. Su poder de decisión y representación, en forma expresa, determina o ejecuta la voluntad estatal a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa, orientándolo a la realización del bien común que viene a ser su finalidad última²⁰.

Es decir, la principal característica del funcionario es su poder de decisión. Esto se corrobora en el artículo 4.1 de la Ley 28 175, ley marco del empleo público en Perú, que lo define textualmente como “el que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas del Estado y/o [sic] dirigen organismos o entidades públicas”. La misma norma habla también de una clasificación pues los funcionarios pueden ser, según la ley, de elección popular directa y universal, de confianza política originaria, de nombramiento y remoción regulada o de libre nombramiento y remoción.

Además, el artículo 425 del Código Penal peruano en sus disposiciones comunes nos dice que los funcionarios y servidores públicos son los que están comprendidos en la carrera administrativa; los que desempeñan cargos políticos o de confianza; 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; los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por la autoridad competente; los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional y los designados, elegidos o proclamados por la autoridad competente.

Además, para Salinas Siccha un servidor público “es aquella persona natural que también presta servicios al Estado, pero sin poder de decisión, es trabajador estatal sin mando que brinda al Estado sus conocimientos técnicos o profesionales”²¹. El concepto de *servidor público* es un terreno poco instruido en el derecho penal. En la antigüedad en

²⁰ RAMIRO SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública* (Lima: Grijley, 2014), 10.

²¹ *Ibíd.*

el Perú y en otros países contaba con otro nombre, como cuando se indica que el “servidor público tiene en nuestro ordenamiento legal identidad de significado con la frase ‘empleado público’”²². De esta manera, el empleado o servidor público vendría a ser también un trabajador del Estado pero sin mando, que brinda servicios específicamente técnicos o profesionales para facilitar las labores de los funcionarios.

Así pues, en la legislación peruana el servidor público es llamado también *empleado público*. Sin embargo, este es un agente sin mando, que brinda básicamente sus servicios técnicos, de oficio o profesionales para misiones o tareas requeridas. En tal sentido, el servidor público está en una posición de subordinación frente a los funcionarios.

Es importante mencionar que, mientras en Perú la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de diferenciar entre funcionarios y empleados públicos, en Colombia se ha generalizado esta última denominación tanto en el Código Penal como en la Constitución Política. De hecho, esta establece que

son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio²³.

En Colombia cuando hablamos de miembros de corporaciones públicas nos referimos a integrantes del Congreso de la República (senadores y representantes), diputados, concejales y miembros de las juntas administradoras locales. De igual manera, cuando nos referimos a empleados y trabajadores del Estado se trata de empleados de cualquier nivel, con o sin poder de decisión, vinculados bajo cualquier título

²² JORGE OLIVERA TORO, *Manual de derecho administrativo* (Ciudad de México: Porrúa, 1967), 481.

²³ C. P., art. 123.

a sus instituciones, sean de orden nacional, departamental o municipal o correspondientes a territorios indígenas.

También son servidores públicos los miembros de las Fuerzas Armadas (Ejército, Armada y Fuerza Aérea), así como los trabajadores del Banco de la República y los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción (tabla 1).

Es necesario considerar que siempre el tipo penal precisa en su estructura típica la condición especial que se exige al autor de los delitos contra la administración pública, sea funcionario o servidor público, o más específicamente aún, policía, juez o fiscal²⁴.

EL BIEN JURÍDICO

El bien jurídico es un punto de estudio indispensable en el derecho penal y se encuentra desde hace mucho tiempo en el arsenal conceptual de todo jurista. No obstante, existen multiplicidad de concepciones de aquel. En un sentido amplio podría decirse que es todo aquello que tiene valor para el ser humano desde la perspectiva de la relevancia jurídica. Para ahondar en tal concepto primero se debe comprender el postulado de que el delito lesiona o amenaza con lesionar bienes jurídicos. Aquí inicia el reino de la controversia pues en el transcurso de los últimos años este punto entró en debate al preguntarse si el derecho penal protege bienes jurídicos o la vigencia de la norma.

Originalmente, desde la filosofía neokantiana, se concibe al bien jurídico como

el valor cultural, entendida la cultura en el sentido más amplio, como un sistema normativo. Los bienes jurídicos tienen como fundamento

²⁴ AMADO ENCO TIRADO, *Los delitos de corrupción en el Perú* (Lima: Gaceta Jurídica, 2020), 57.

los valores culturales que se basan en necesidades individuales. Estas se convierten en valores culturales cuando son socialmente dominantes²⁵.

Es decir, desde esta perspectiva el bien jurídico depende de los valores de la sociedad en determinados espacio y tiempo.

Zaffaroni considera que el bien jurídico penalmente tutelado “es la relación de disponibilidad de una persona con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés a través de normas que prohíben determinadas conductas que las violan, aquellas que son expresadas con la tipificación de conductas”²⁶. Este concepto resulta muy completo pues da a entender que el derecho penal, específicamente los tipos penales, nace como una protección pura a los bienes jurídicos contra las acciones que los lesionan.

A su vez, Muñoz Conde entiende los bienes jurídicos como “los presupuestos que la persona necesita para su autorrealización en la vida social”²⁷. Como se puede ver, este concepto resulta general e idealista; pero concuerda con la parte de la doctrina que considera que

las alusiones a la naturaleza y desarrollo social parecen alzar una barrera al Estado y al derecho, a los que cabría reconocer los bienes jurídicos otorgados a los hombres por dichas fuentes, y no establecerlos, ni alterarlos, ni modificarlos²⁸.

En este contexto los bienes jurídicos son inherentes al ser humano y por ello no son modificables pues están basados en derechos fundamentales irrenunciables.

²⁵ IDALIA PATRICIA ESPINOSA LEAL, “Evolución histórica de la teoría del bien jurídico penal”, *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, n.º 29 (2022), 140-160.

²⁶ EUGENIO ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal. Vol. 1* (Buenos Aires: Ediar, 1982), 238.

²⁷ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Introducción al derecho penal* (Barcelona: Bosch, 1975), 48.

²⁸ LUIS FERNANDO NIÑO, *El bien jurídico como referencia garantista* (Buenos Aires: Del Puerto, 2008), 5.

Más allá de lo expresado en los párrafos anteriores, hay una controversia sobre la idoneidad del concepto de *bien jurídico*:

En Alemania se discute si es preciso mantener la teoría del bien jurídico o si, dada la falta de claridad y la ambigüedad de dicho concepto, debe considerarse como fracasada la base teórica y ser por ello rechazado o al menos completado con ulteriores criterios.²⁹

Es decir, aún existen dudas sobre la real existencia del bien jurídico en el derecho penal y si este en efecto necesita conceptualizarse o, al menos, aclararse.

De cualquier modo, como nos dice Regis Prado, “queda patente que la noción de bien jurídico deriva de las necesidades del hombre surgidas en la experiencia concreta de vida”³⁰. Así pues, pese a la multiplicidad de conceptos y controversias que el bien jurídico pueda generar, es un punto de neurálgico estudio en el derecho penal que por el momento no se debe dejar pasar.

Al profundizar sobre las nociones de *bien jurídico* en relación con los delitos contra la administración pública, se reconoce un bien jurídico general expresado en la ley como el correcto y regular desenvolvimiento de la actividad estatal. Este debe estar enmarcado siempre en los principios de dignidad, probidad y eficiencia. En ese sentido, Manzini nos dice que el objeto genérico de la tutela penal en esa clase de delitos es el interés público concerniente al normal y correcto funcionamiento de la administración pública en conjunción con ciertos principios rectores: probidad, desinterés, lealtad y disciplina³¹.

Así pues, el bien jurídico general debe corresponder siempre a ciertos principios que generan deberes también generales asociados a dicho bien. Estos se pueden dividir en seis mandatos institucionales que el funcionario o servidor público debe tener en cuenta para no incurrir

²⁹ ANDREW VON HIRSCH, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Madrid: Marcial Pons, 2007), 44.

³⁰ LUIZ REGIS PRADO, *Bien jurídico-penal y constitución* (Lima: ARA, 2003), 48.

³¹ VINCENZO MANZINI, *Tratado de derecho penal. Tomo VIII* (Buenos Aires: Ediar, 1961), 3.

en delitos penales contra la administración pública: (1) correcto ejercicio de sus funciones, (2) observancia de los deberes de cada cargo en relación con las normas generales y el manual de organización y funciones de cada institución, (3) normalidad en el ejercicio público, (4) protección del prestigio y la dignidad de la función, (5) probidad y honradez de sus agentes, (6) protección del patrimonio público. Todos estos son intereses y valores protegidos por la Constitución, que contribuyen con la mejora de la administración pública.

Debemos entender entonces que, como regla general frente a la comisión de cualquier delito contra la administración pública, existen dos dimensiones de la protección mediante la sanción penal.

Por un lado, esta última protege el correcto y normal funcionamiento o desenvolvimiento de la administración pública, en cumplimiento de los deberes de cada funcionario o servidor, siempre en observancia de los principios rectores de la función pública. El Tribunal Constitucional al respecto ha dejado claro que el bien jurídico general en relación con la administración pública es “la protección de la correcta marcha de las entidades estatales, evitando una desviación tanto del poder asumido por los funcionarios como de la población con respecto a esta investidura”³². En el mismo sentido se puede interpretar el artículo 138 de la Constitución Política del Perú, que determina que todos los funcionarios y servidores públicos están al servicio de la Nación.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que cada tipo penal, al tener sus propias características y su propio objetivo, protegerá un bien jurídico *específico*, como se podrá observar en los análisis que se realizarán en el presente volumen. Dicho de otro modo, en cada tipo penal correspondiente a los delitos contra la administración pública “el bien jurídico protegido no es el mismo”³³. El bien jurídico correspondiente al peculado no será igual al bien jurídico correspondiente al cohecho, pese a ser los dos tipos penales delitos contra la administración pública.

³² Exp. n.º 3194-2004-HC/TC, fundamento 26.

³³ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2001), 922.

Asimismo, se puede observar que los delitos contra la administración pública abordados por el derecho penal tienen sus correlatos en el derecho administrativo, los cuales son motivos de sanción administrativa.

No obstante, es menester crear una correcta distinción entre derecho administrativo y derecho penal pues no todo lo que afecta a la administración pública necesariamente tiene que ser delito. Como lo afirma Urquiza Olachea:

Será el propio derecho administrativo que se encargue de autoprotegerse de las posibles lesiones a las que se halla expuesto. Es así que, el derecho penal solo aparecerá para proteger a la administración pública en cuanto a la afirmación de su carácter fragmentario y de *ultima ratio*.³⁴

De ahí que, en la realidad, aun cuando los hechos no constituyan delito, no significará que quedarán impunes si implican menoscabo del bien público pues el derecho administrativo puede prever por su parte un procedimiento sancionador disciplinario a través de una secretaría técnica de la correspondiente institución afectada. Incluso, según competencia, un proceso de acción de control podría ser realizado por la Contraloría General de la República.

El Tribunal Constitucional peruano ha establecido que la persecución penal de los delitos contra la administración pública se justifica a partir del derecho penal en el “correcto funcionamiento de la administración pública”³⁵. A su vez, este tribunal señala que ello puede ser entendido también desde una perspectiva constitucional. Así, la intervención en derechos fundamentales (*v. gr.*, libertad personal) que implica esta clase de delitos persigue la oportuna represión de actos que atentan contra principios constitucionales derivados esencialmente del título I, capítulo IV de la Constitución Política del Perú, “De la función pública”.

³⁴ LAURENCE CHUNGA, “La posición del particular en el delito de abuso de autoridad”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, n.º 24 (2009): 72, http://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num24/4abusoaautoridad.pdf.

³⁵ Exp. n.º 00017-2011-PI/TC.

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana expresa que el bien jurídico que se pretende proteger con el tipo penal analizado no es el patrimonio de la administración, como tampoco la adecuada prestación del servicio contratado o cualquier otro diferente de la transparencia de la actividad contractual³⁶. De esta manera, se prevé que la confianza de los ciudadanos en la administración pública no se vea afectada por el comportamiento indebido de los servidores públicos que intervienen en aquella.

En definitiva, existen el bien jurídico general y el bien jurídico específico según el tipo penal a tratar concretamente. Cabe mencionar que me encuentro a favor de que el derecho penal debe apartarse del bien jurídico general para el desarrollo real de los procesos y ocuparse del bien jurídico específico según el proceso.

Un punto interesante es que, en gran parte de los procesos penales referidos a la función pública, durante el control de acusación se suele mencionar que el bien jurídico afectado es el correcto y regular funcionamiento de la administración pública, sin expresarse el bien jurídico concreto del proceso que se realiza. Como lo dice Vittorio Manes,

las líneas directrices de la reforma deberían estar dirigidas hacia el progresivo abandono de una dimensión exclusivamente abstracta del bien jurídico (tomado como bien jurídico genérico) a favor de una dimensión, en cuanto sea posible individual, particularista, del objeto de tutela, reconstruido con líneas específicas según cada norma³⁷.

LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN

Uno de los temas clave del derecho penal en la actualidad es sin duda la responsabilidad de quien ejecuta la acción típica pues, como sabemos,

³⁶ Sentencia C-128 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Gálvis.

³⁷ VITTORIO MANES, "Bien jurídico y reforma de los delitos contra la administración pública", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 1 (2000), http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_02-01.html

en el marco real de las relaciones sociales muchas veces los delitos son perpetrados por multiplicidad de individuos. En efecto, el sujeto que delinque no suele actuar solo, sino con la colaboración de otros. De esta manera, cuando se habla de un delito hay que entender “la doble problemática: la naturaleza de la aportación al delito de cada uno de los sujetos y el grado de responsabilidad penal de estos”³⁸. En ese sentido, existen dos puntos precisos que dilucidar frente a cualquier delito cometido por más de un sujeto activo: la autoría y la participación.

Ciertas teorías sirven para decidir en qué casos tienen qué calidad los intervinientes del delito, pero antes hay que considerar dos sistemas o caminos habitualmente usados para determinar la autoría: “un sistema unitario que considera autor a todo aquel que de algún modo interviene realizando un aporte causal al hecho delictivo; y un sistema que distingue entre el autor y partícipe”³⁹. Se hace hincapié en que tanto el Código Penal peruano como el colombiano adoptan el sistema diferenciador pues en ambos está debidamente regulada la distinción entre autoría y participación.

El sistema diferenciador aparece en el derecho penal como respuesta a las problemáticas del sistema unitario pues era necesaria una distinción de roles cumplidos en el *iter criminis*. La gravedad de las acciones no es la misma en la comparación entre el que realiza el tipo penal y el que solo aporta, así que todo Estado de derecho debe diferenciar entre autor y partícipe para otorgar mayor seguridad jurídica y evitar la impunidad. De este sistema se desprenden varias teorías de autoría y participación en el delito, pero para este estudio solo serán motivo de investigación dos, tal vez las más trascendentes en nuestro derecho penal. En primer lugar, tenemos la teoría del dominio de hecho y, en segundo lugar, la teoría de autoría y participación en los delitos especiales (infracción de deber).

La teoría del dominio del hecho, formulada por primera vez por el alemán Welzel en 1939,

³⁸ IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Lecciones de derecho penal. Parte general* (Barcelona: Praxis, 1999), 287.

³⁹ ANDRÉ SCHELLER, “La teoría del dominio del hecho en la legislación penal colombiana”, *Revista de Derecho*, n.º 35 (2011): 244-263, http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972011000100010.

surge de las determinaciones fundamentales de la teoría final de la acción y del concepto personal de lo injusto para la acción dolosa, dado que la teoría del autor no tiene otra finalidad que establecer el centro personal de la acción del hecho antijurídico⁴⁰.

Así, Welzel vio la necesidad de distinguir al autor pues este es el centro de los hechos y si no se pudiera distinguir, no podría juzgarse a los que colaboraron con él en el hecho típico. Pese a los años que han transcurrido desde que surgió, esta teoría sigue vigente con ciertos ajustes. “Actualmente, y a pesar de sus diferencias, la teoría del dominio del hecho sigue siendo dominante.”⁴¹ En particular, se mantiene vigente tanto en Perú como en otras latitudes. Pese a esto,

es posible pensar que, en el Código Penal peruano, existe algún rasgo de la teoría unitaria de autor, el cual queda reflejado en el trato igualitario que la ley concede a la inducción respecto de la autoría en referente de la pena⁴².

Es decir, aún quedan en el derecho penal rasgos del sistema unitario pues, como se observa en códigos penales latinoamericanos como el peruano, la pena de autor, coautor y cómplice primario es la misma, pero se incluye una pequeña distinción en el caso del cómplice secundario.

Asimismo, en cuanto a delitos contra la administración pública desde que fue *vox populi* en el derecho penal el concepto de *infracción de deber*, en los años sesenta y setenta, se inició una discusión sobre el tratamiento que tendría en el marco de la teoría de autoría y participación. Ahora bien, tal concepto apareció en el contexto de la hegemonía de la teoría del dominio del hecho. Como lo explica Caro John,

existen tipos penales que *per se* no precisan de ningún dominio del hecho para su realización, como es el caso de los tipos cuyo núcleo lo conforma la posición del autor en el mundo de los deberes. Es decir, tipos penales

⁴⁰ HANS WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte general* (Santiago: Jurídica de Chile, 1976), 145.

⁴¹ JOSÉ HURTADO POZO, *Manual de derecho penal. Parte general* (Lima: Grijley, 2005), 861.

⁴² NELSON SALAZAR SÁNCHEZ, *Dogmática actual de autoría y la participación criminal* (Lima: Idemsa, 2007), 597.

que dicho en términos más directos solo son imaginables mediante la infracción de un deber especial del actuante, como ocurre por ejemplo en los delitos de corrupción de funcionarios en los que solo el *intra-neus* puede ser autor⁴³.

En estos delitos no es el dominio del hecho lo que te convierte en autor, sino el deber infringido como portador de un deber estatal o una función específica.

Por lo tanto, la aplicación de las reglas de autoría y participación en los delitos de infracción de deber supone principalmente que el obligado a deber de protección, institucionalmente determinado a través de las normas, no necesariamente lo lesiona por propia mano pues el comportamiento incluso ajeno se puede imputar al especialmente obligado en tanto haya afectado sus deberes⁴⁴.

Por otro lado, como ya se mencionó, ciertos delitos no caben dentro de la teoría del dominio del hecho. En la doctrina alemana se conocen como *delitos especiales* (*Sonderdelikte*), muy distintos de los delitos comunes (*Jodermannsdelikte*). La doctrina distingue a grandes rasgos los primeros de los últimos pues estos pueden ser cometidos por cualquier sujeto. Por el contrario, en los delitos especiales existe un círculo cerrado de autores capaces de cometer el tipo penal. Tal es el caso de los tipos penales de los delitos contra la administración pública, que solo pueden ser cometidos por un funcionario o servidor público.

Esta teoría es de gran trascendencia para el derecho tanto en Europa continental como en Latinoamérica. Bien lo dice Pariona Arana: “Es recién con la teoría de los delitos de infracción de deber que la problemática de autoría y participación encuentra una solución clara y convincente”⁴⁵. En efecto, con la mencionada postura es posible sancionar de forma inequívoca a los *extraneus* (participantes en delitos especiales).

⁴³ JOSÉ ANTONIO CARO JOHN, *Problemas fundamentales de la parte general del Código Penal* (Lima: PUCP, 2009), 91.

⁴⁴ PERCY GARCÍA y RONALD VÍLCHEZ, *Delitos contra la administración pública* (Lima: Ideas, 2020), 26.

⁴⁵ RAÚL PARIONA ARANA, *La teoría de los delitos de infracción de deber* (Lima: Gaceta Penal, 2011), 71.

TIPOS PENALES EN DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

CONCUSIÓN

Evolución histórica

El origen etimológico de la palabra *concusión* está, como el de la gran mayoría de las figuras legales hispanas, en el derecho romano. Específicamente viene del latín *concutere*¹, que significa “agitar”, “sacudir”, “quebrantar” o “turbar”. Como palabra autónoma no tiene mucho significado en el derecho, pero si se aplica en conjunción con la legislación conocida como *Las Doce Tablas*, puede volverse significativa en materia de derecho penal. Para el esclarecimiento de este término Bernaldo de Quirós dice: “La palabra latina *concussioonis*, equivalente en español a ‘conmoción’ o ‘sacudida’, expresa pintorescamente el efecto y la actitud de quien sufre la impresión desagradable de la exacción misma, con la mordida con que no se contaba”². Esto debe ser interpretado como la acción de entregar algo no debido. Cabe señalar que este delito era muchas veces confundido con delitos como el cohecho y la extorsión. Sin embargo, debe también entenderse que la concusión en la época de la antigua Roma no contaba con los elementos objetivos actuales pues tenía un perfil diferente.

¹ Diccionario etimológico, última modificación el 23 de mayo de 2024, <http://etimologias.dechile.net/?concusio.n>

² CONSTANCIO BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho penal. Vol. II* (Puebla: J. M. Cajica, 1957), 344.

En Colombia la concusión se amparaba ya en el Código Penal de 1936, que en su artículo 157 detallaba:

El funcionario o empleado público o encargado de un servicio público, que, abusando de su cargo o de sus funciones, constriñe o induce a alguien a dar o prometer al mismo funcionario o a un tercero, dinero, o cualquier otra utilidad, incurre en prisión de uno a seis años.

Este lineamiento del tipo penal continuó con el Código Penal de 1980.

Por su parte, los artículos 382 a 386 del Código Penal peruano abordan los delitos de concusión. Estos son la concusión explícita, llamada *inducción*; la exacción ilegal, conocida también como *coacción de funcionarios*; la colusión simple y la agravada, conocidas como *concertación*, y por último, el patrocinio ilegal de intereses. Todos esos delitos son imputables solo a los funcionarios y servidores públicos. Cabe mencionar que para Rojas Vargas “no resulta coherente reunir bajo el *nomen iuris* ‘concusión’ conductas típicas tan disímiles”³. Asimismo, es necesario mencionar que estamos de acuerdo con tal posición, toda vez que las conductas detalladas en la exacción ilegal, la concusión y la colusión son distintas, por ello sus bienes jurídicos, sus elementos objetivos y su estructura típica en general también resultan distintos.

³ FIDEL ROJAS VARGAS, *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos* (Lima: Nomos y Thesis, 2016), 166.

Tabla 2. El tipo penal *concusión* en las legislaciones peruana y colombiana

C. P. peruano	C. P. colombiano
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	El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses

Fuente: elaboración propia con base en los códigos penales peruano (art. 382) y colombiano (art. 404).

Se puede observar que la primera exigencia de las legislaciones señaladas con respecto al tipo penal en cuestión (tabla 2) es el sujeto activo, el cual es el funcionario o servidor público, que ya ha sido considerado en el capítulo anterior del presente título. Luego aparece el mismo verbo rector en ambas legislaciones, *abusar*, aparejado al dolo de obligar o inducir como si se tratara de una extorsión o una estafa, pero cometida por un funcionario o servidor público.

Bien jurídico protegido

Sobre el bien jurídico tutelado por el delito de concusión Rojas Vargas⁴, Portocarrero Hidalgo⁵, Salinas Siccha⁶ y Reátegui Sánchez⁷ señalan que

⁴ Cfr. ROJAS VARGAS, *Delitos*, 1999; *Delitos*, 2002.

⁵ Cfr. JUAN PORTOCARRERO HIDALGO, *Delitos contra la administración pública* (Lima: Portocarrero, 1997).

⁶ Cfr. SALINAS SICCHA, *Delitos*.

⁷ Cfr. JAMES REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública en el Código Penal* (Lima: Jurista Editores, 2015).

es el recto y regular funcionamiento, el prestigio y la buena reputación de la administración pública. Algo similar precisó la Corte Suprema de Justicia peruana en el 2006: “El delito de concusión tiene como bien jurídico tutelado el proteger el regular funcionamiento, prestigio y la buena reputación de la administración pública, expresados en la idoneidad moral y celo profesional”⁸. Si uno es observador, puede concluir que ese es el bien jurídico general de los delitos contra la administración pública con el añadido del prestigio y la buena reputación ante la sociedad. Ese añadido refiere a los deberes éticos de la función pública, los cuales en el caso peruano están enmarcados en el Código de Ética de la Función Pública (Ley 27 815), pues quien trasgrede sus roles como funcionario lesiona los intereses estatales desde una óptica del prestigio y la buena reputación del Estado.

De esta manera, se puede decir que existe un consenso dentro del derecho latinoamericano al respecto. En el mismo sentido, el italiano Maggiore señala que “el objeto jurídico de esta acriminación es el interés de la administración pública por la probidad y fidelidad del funcionario”⁹, es decir, que el bien jurídico específico en el delito de concusión, más allá del bien jurídico general del correcto y regular funcionamiento de la administración pública, es el prestigio y la buena reputación de dicha administración. Además, autores como Peña Cabrera¹⁰ afirman que el bien jurídico en este delito es pluriofensivo pues no solo afecta lo mencionado anteriormente, sino también la libertad y el patrimonio económico del sujeto pasivo de la infracción, es decir, el administrado.

Por su parte, Uribe García sostiene que “el objeto jurídico [...] es la rectitud, fidelidad, transparencia y honestidad con la que debe actuar todo servidor público [...] ya que por el servicio prestado el Estado paga”¹¹. Como ya se mencionó, la concusión resulta ser un tipo penal pluriofensivo pues protege la administración pública y su

⁸ CSJ, Cas Penal, Recurso de Nulidad 4470-2005. Villa Stein.

⁹ GIUSEPPE MAGGIORE, *Derecho penal. Parte especial. Vol. III* (Bogotá: Temis, 1989), 182.

¹⁰ ALONSO PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal. Parte especial, Tomo V* (Lima: Idemsa, 2010), 278.

¹¹ SAÚL URIBE GARCÍA, *Delitos contra la administración pública* (Medellín: Unaula, 2012), 307.

buena reputación, el patrimonio económico del Estado y la autonomía funcional del servidor.

Tipicidad objetiva

Abuso de cargo

Consiste en alterar los alcances previamente establecidos en el empleo público excediendo dichas atribuciones. En caso de que el delito se cometa con finalidades patrimoniales que benefician a sí mismo o a terceros, como medio por el cual el sujeto activo del delito obliga o induce a dar un bien o un beneficio patrimonial, “no es estrictamente solo abuso de funciones o de atribuciones, sino que supone, en una comprensión más amplia, abuso de la calidad poseída”¹². Es decir, es abuso de la posición y el poder otorgados, contraviniendo los principios rectores de la función pública, como el respeto al cumplimiento de los actos administrativos, la probidad —es decir, la honradez—, la honestidad en la función pública y la eficiencia —pues entra en colisión con el cumplimiento de las funciones—. Todo esto está expresado en el artículo 39 de la Constitución Política del Perú, el cual dice que todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación.

Comportamientos típicos

En el presente tipo penal hay dos modos de ejecución del delito. El primero es obligar a dar o prometer y el segundo, inducir a dar o prometer.

- 1) *Obligar*: muy semejante al delito de coacción, como señala el código penal peruano en el delito de coacción en su artículo 150, *obligar a hacer lo que la ley no manda o [impedir] hacer lo que ella no prohíbe*. Es decir, ejercer violencia, amenaza o presión de cualquier tipo sobre un sujeto de tal modo que se haya perturbado

¹² ROJAS VARGAS, *Manual operativo*, 170.

su voluntad en el presente delito afectando su patrimonio. Para Reátegui Sánchez “el agente tendrá que doblegar la voluntad de la víctima, ejercitando violencia de baja intensidad, amenaza o presión sobre una persona, de modo que altere, el proceso formativo de su voluntad”¹³. Cabe resaltar que Reátegui habla de *violencia de baja intensidad*, es decir, no considera necesario imponer una gran fuerza o usar medios de amenaza tradicionales de los delitos comunes para que se configure el delito de concusión. Abanto Vásquez, por su parte, dice que

no se requiere expresión física del consentimiento 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 funcionario¹⁴.

Esto significa que no hay mayor poder de amenaza en estos delitos que el del funcionario ejercido en contra del particular. Debe mencionarse, además, que la violencia moral es el tipo de violencia que admite la concusión. Puede ser verbal, escrita, directa, indirecta, implícita, clara o simbólica. No interesa sino que constituya el primer elemento explicado anteriormente: el abuso de poder por parte del funcionario o servidor público en las atribuciones que se le han otorgado, sin importar que esté bajo su dependencia o no lo que se pretende.

Es trascendente recalcar que el Código Penal colombiano utiliza, en lugar de *obligar*, el verbo *constreñir*, que significa “apretar, presionar, oprimir”. Es decir, el funcionario o servidor presiona al usuario del servicio público de tal forma que dicho sujeto accede a los solicitado.

¹³ REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos*, 332.

¹⁴ MANUEL ABANTO VÁSQUEZ, *Delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano* (Lima: Palestra, 2003), 289.

- 2) *Inducir*: supone persuadir o convencer a la víctima para que ofrezca un beneficio patrimonial al funcionario o servidor público o a un tercero. Para Maggiore inducir consiste en “dirigir el entendimiento e inclinar la voluntad”¹⁵. En el tipo penal la inducción acarrea las mismas consecuencias y tiene el mismo valor que la violencia, en el sentido de constituir un abuso de las funciones del funcionario o servidor público. En ninguna de las dos conductas cabe atribuir negligencia o argumentar que se encuentran dentro del rol o la discrecionalidad del funcionario. Reátegui Sánchez señala que “la inducción en el delito de concusión tiene que estar relacionada con el engaño o mentiras”¹⁶. A diferencia de la primera modalidad, que es una especie de coacción, esta resulta más semejante a una estafa pues mediante engaños o ardides el funcionario o servidor público busca que un sujeto se desprenda de su patrimonio.

En el proceso penal la imputación requiere necesariamente señalar cuál es la modalidad que configuran los hechos pues si no se llega a establecer ninguna de las dos, no estaríamos hablando del delito de concusión.

Dar o prometer

Además de las exigencias antes mencionadas de la conducta ilícita de concusión, esta debe ser dirigida a una persona natural o jurídica. Aunque el sujeto pasivo del delito no será esta, sino el Estado, en Perú representado por la Procuraduría Pública Anticorrupción y de forma directa la institución a la que pertenece el funcionario o servidor público.

La conducta de dar es básicamente la entrega de algo, la consolidación del desprendimiento patrimonial. Para Ranieri “no solo debe referirse a la recepción, sino también a la retención de la cosa indebida”¹⁷.

¹⁵ MAGGIORE, *Derecho penal. Parte especial*, 185.

¹⁶ REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos*, 335.

¹⁷ PORTOCARRERO HIDALGO, *Delitos*, 147.

Por otra parte, la promesa es una declaración unilateral de dar o hacer algo en el futuro. Es decir, el sujeto pasivo promete un desprendimiento patrimonial a favor del funcionario o servidor público o de un tercero.

Dicha promesa debe ser indebida, ilegítima, entendiéndose como toda declaración de futuro desprendimiento patrimonial que no corresponda al funcionario o servidor público por ley o por costumbre pues si fuese así no correspondería al delito de concusión.

Bien o beneficio patrimonial

Es la última exigencia del tipo penal: lo dado o prometido debe ser una cosa cierta, tangible y concreta, no algo impreciso. Se entiende por *bien* todo lo que constituye un patrimonio, incluidos bienes muebles o inmuebles, según sea el caso. Por otra parte, *beneficio patrimonial* es todo lo que satisface la codicia económica, como licencias, empleos, promociones o regalos. Es decir, el delito de concusión reprime exclusivamente hechos relativos al patrimonio del sujeto afectado, no al del Estado.

La penalidad

En Perú la pena privativa de libertad es no menor a dos ni mayor a ocho años. Es decir, el juzgador cuenta con un rango de seis años de penalidad a decidir según los componentes de determinación de esta. La inhabilitación, según corresponda, está determinada por los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal e incluye entre 180 y 365 días-multa.

Por otro lado, en el caso colombiano la pena oscila entre 96 y 180 meses de prisión (es decir, 8 a 15 años, un rango de 7 años), multa de 66,66 a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 80 a 144 meses.

Conclusiones comparativas trascendentes

- 1) El Código Penal colombiano utiliza el verbo rector *constreñir*, que se puede equiparar al verbo rector peruano *obligar* pues cuenta con las mismas características. Dado el componente de violencia de baja intensidad que establece la doctrina, se considera la diferencia existente en este caso solo como un hecho histórico pues el uso del verbo *constreñir* es herencia del Código Penal colombiano de 1936, que lo utilizaba en su artículo 157.
- 2) La legislación colombiana desarrolla la penalidad desde una perspectiva mucho más gravosa pues la pena máxima en Perú es de ocho años de privación de la libertad, mientras que este mismo lapso es la pena mínima en Colombia. La relativa severidad en la legislación puede deberse a muchos factores, desde un alto índice de comisión de este delito hasta una fórmula de populismo punitivo. Esto deberá ser materia de investigación pues se puede considerar una pena desproporcionada en comparación con las de otros tipos penales de la misma especie y con mayor gravedad.
- 3) El abuso del cargo en las dos legislaciones se encuentra enmarcado en la misma interpretación, esto es, exceder los alcances previamente establecidos en el manual de funciones correspondiente.
- 4) En ninguna de las dos legislaciones se puede confundir el delito de concusión con el de peculado. En este último existe una apropiación o uso de los bienes del Estado que no se presenta en aquel. Tampoco es posible confundirlo con el cohecho o soborno pues la concusión es un delito unilateral, mientras que aquel es bilateral y el consentimiento sin ningún tipo de sesgos debe existir para consolidarlo.

EXACCIÓN ILEGAL

Llamada también *cobro indebido*. Se encontraba en el ya derogado Código Penal peruano de 1924, en el artículo 343. Es el más común

en el legajo de delitos contra la administración pública y se encuentra en casi todos los códigos penales del mundo, en muchos como *exacción ilegal, cobro indebido, concusión implícita, abuso de autoridad patrimonial*, entre otros.

En el Código Penal peruano (art. 383) el tipo penal en cuestión se define así:

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.

Bien jurídico protegido

En el delito en cuestión el bien jurídico general protegido es la base de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios: el normal, regular, correcto funcionamiento, prestigio y la reputación de aquella, todo ello en razón a la probidad de los funcionarios o servidores públicos.

También pueden señalarse la transparencia y el deber de protección del patrimonio de los administrados, que no debe ser afectado por ningún cobro no estipulado por ley, ni siquiera cuando la exigencia beneficie los fondos de la propia administración pública favoreciendo el erario. Así lo plantea la jurisprudencia española:

El bien jurídico protegido en el art. 437 no es únicamente el buen funcionamiento de la administración pública, sino que también tutela de manera mediata el patrimonio de los administrados y su derecho a que la administración no le exija en ningún caso el pago de derechos a los que no esté obligado.¹⁸

¹⁸ rs, Madrid, Cas. Mar. 31/2016, sts 1302/2016. M. P. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

En todo caso, lo importante no sería evitar el incremento patrimonial del funcionario o servidor público, pues eso implica otro tipo de delitos, sino evitar el abuso que aquel pueda cometer en virtud de su posición.

Tipicidad objetiva

Abuso de cargo

Es igual que el abuso de cargo en la concusión: uso inapropiado del poder otorgado, contraviniendo principios rectores de la función pública como el respeto al cumplimiento de los actos administrativos, la probidad (es decir, la honradez), la honestidad e incluso la eficiencia pues tal abuso obstruye el cumplimiento de las propias funciones.

Comportamientos típicos

- 1) *Exigir contribuciones no debidas.* Según las normas tributarias, se trata de solicitar tributos ilegales para obtener beneficios derivados de la realización de obras públicas o actividades estatales. Para muchos autores nacionales e internacionales el concepto de *contribución* tendría aquí una definición amplia pues incluiría tributos como derechos, tasas e impuestos en general. También incluiría hacer cobros por encima de la tarifa legal, sosteniendo que el ciudadano está obligado a pagarlos, o solicitar imperiosamente ingresos económicos no debidos bajo las formas de emolumentos¹⁹, honorarios, sueldos o remuneraciones que aumenten el patrimonio del funcionario o servidor público.
- 2) *Hacer pagar contribuciones o emolumentos no debidos o excesivos,* esto es, la ejecución material de la anterior modalidad. Se mantiene la misma concepción de *contribuciones* o *emolumentos*, pero

¹⁹ Se deberá entender como *emolumento* cualquier tipo de utilidad, propina o comisión, es decir, cualquier remuneración no prevista por el sujeto activo, adicional a lo ganado en su cargo o empleo.

referida al pago efectivo de estos o aquellas cuando tal pago o bien no está estipulado en la norma o bien lo está, pero en un monto menor al exigido.

En relación con la tarifa excesiva se entiende que el servidor público, en el marco de un acto propio de su función, en lugar de cobrar la cantidad impuesta y establecida por ley, decide cobrar una cantidad superior, sin importar si como sujeto activo se apropia o no del monto adicional.

- 3) *Hacer entregar contribuciones o emolumentos no debidos.* Como se prefigura en el párrafo anterior, para que el tipo penal se configure los montos cobrados ilegalmente no necesariamente deben ir a los caudales del funcionario o servidor público que los exija o reciba pues pueden destinarse a una tercera persona.

COLUSIÓN

El delito de colusión recibe diferentes denominaciones en el mundo: *fraude contra la administración pública*, *celebración indebida de contratos* o *fraude contra el Estado*. Reátegui Sánchez indica que “en el Perú, a diferencia de otras latitudes en donde expresamente se reconoce la escasa aplicación práctica del delito o de figuras similares”²⁰, la colusión tiene como antecedente directo el artículo 344 del Código Penal derogado en 1924. Posteriormente aparece en el Código Penal de 1991, en su artículo original 384 modificado mediante las leyes 29 703 y 29 758, publicadas en el diario oficial *El Peruano* el 10 de junio y el 21 de julio respectivamente. Luego de una fuerte presión mediática, en dichas leyes la concertación y la defraudación no fueron modificadas y se mantuvieron como los verbos rectores del tipo penal, pero se dio el gran cambio de la distinción entre la colusión simple y la agravada. Por último, dicho artículo fue modificado por la Ley 30 111, publicada el 26 de noviembre del 2013.

²⁰ REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos*, 355.

Sobre el tipo penal de colusión simple el Código Penal peruano (art. 384) señala:

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.

Sobre la colusión agravada el mismo artículo señala:

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.

El delito de colusión, también llamado *colusión desleal* o *ilegal*, muestra por la simple denominación del tipo penal que se trata de una confabulación, un pacto, un concierto o un arreglo que trasgrede el derecho.

Para Rojas Vargas²¹ en la legislación peruana hay dos tipos de colusión: de peligro y de resultado. Estas corresponden respectivamente a la colusión simple y la agravada. El bien jurídico es uno y el mismo en ambos casos, así como es una su tipicidad objetiva. La única diferencia es que en la agravada ya se dio el *resultado*: la defraudación patrimonial. En el primer caso no se requiere la afectación patrimonial, solo basta con la concertación, mientras que el segundo es el momento consumativo del primer supuesto. En cualquier caso, sea la colusión desleal simple o agravada,

²¹ ROJAS VARGAS, *Manual operativo*, 195.

el núcleo rector de este tipo penal es el “defraudar al Estado”, entendiéndose esto como el quebrantamiento del principio de confianza depositado al ente funcional por parte del Estado al incumplir sus deberes especiales, con el consiguiente engaño al interés público, asumiendo roles incompatibles con su esfera institucional²².

En síntesis, la distinción es entre el peligro y el resultado de la concertación, pero siempre en el marco de la defraudación al Estado.

Por otro lado, es importante tener en cuenta que en la legislación colombiana el delito de colusión no existe como lo conocemos, sino que se encuentra enmarcado en distintos tipos penales conocidos como *celebración indebida de contratos* (tabla 3).

Tabla 3. El tipo penal *colusión* en las legislaciones peruana y colombiana

C. P. peruano	C. P. colombiano
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; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.	El servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.

²² Ejecutoria Suprema Exp. 4564-2007/Piura, 26 de marzo del 2008.

C. P. peruano	C. P. colombiano
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 a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos: 1) El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella. 2) La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las diez unidades impositivas tributarias. 3) El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.	El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos [sic], incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses. El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

Fuente: elaboración propia con base en los códigos penales peruano (art. 384) y colombiano (art. 408).

Bien jurídico protegido

En el delito de colusión, al igual que en los delitos precedentes, el bien jurídico general protegido es el normal y correcto funcionamiento de la administración pública, que se ve afectado cuando los funcionarios o servidores públicos infringen sus deberes de lealtad, probidad, imparcialidad y otros indicados en el código de ética de la función pública o en normas semejantes sobre la gestión pública.

Cabe resaltar que adicionalmente a este bien jurídico existe otra protección en los delitos de colusión. Como nos dice Frisancho Aparicio,

la colusión ilegal pone en peligro los intereses patrimoniales de la administración al impedir la libre competencia que puede servir para la obtención de un justo precio de los bienes objeto de contrato, suministro, licitación, concurso, subasta o cualquier otra operación semejante²³.

Así pues, la colusión tiene una vertiente patrimonial por la afectación que podría ocasionar la ejecución del delito, lo cual ha de ser considerado para determinar la pretensión civil.

Es preciso mencionar que el delito de colusión es muy grave pues resulta una traición a los deberes y principios del funcionario, afectando como ya se dijo no solo la correcta administración pública, sino también el patrimonio estatal. Para Rojas Vargas este delito tiene varios aspectos negativos²⁴:

- 1) El quiebre del funcionamiento que traiciona el interés estatal y los intereses patrimoniales públicos.
- 2) El carácter desleal del funcionario para con la Nación.
- 3) La falta de cuidado del interés público.

²³ MANUEL FRISANCHO APARICIO, *Delitos contra la administración pública* (Lima: Fecat, 2011), 311.

²⁴ ROJAS VARGAS, *Manual operativo*, 188.

- 4) Propiciar o facilitar que las empresas o los interesados enfatizen y potencien sus intereses lucrativos contra la administración pública.

Lo que este tipo penal busca proteger es la correcta contratación pública, resultado de un contrato muy diferente a cualquier acuerdo de voluntades común entre particulares. En efecto, en la contratación estatal están inmersos los recursos públicos, que son el dinero de todos los ciudadanos, y por lo tanto su finalidad debe ser netamente pública y beneficiar al colectivo, siempre mediante una adecuada transparencia de las operaciones. El Tribunal Constitucional peruano en el Expediente 020-2003-AI/TC, en su punto 16, señala que “la eficiencia y transparencia en el manejo de recursos, así como la imparcialidad y el trato igualitario frente a los postores, son los objetivos principales de las adquisiciones estatales”. Esto debe ser interpretado en consonancia con el artículo 76 de la Constitución Política del Perú, cuyo párrafo primero dice que “las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes”. Se demuestra así la relevancia del delito de colusión en nuestro ordenamiento jurídico, que como se ha mostrado lo desarrolla a profundidad.

Tipicidad objetiva

Concertación

El verbo rector y de mayor trascendencia en el tipo penal de colusión es *concertar*. La concertación se debe producir entre un sujeto investido de función pública, llamado *intraneus* por la doctrina, y una persona extraña a la administración pública, llamada *extraneus*. Dicha concertación debe ser dolosa, conducir a una lesión de los intereses estatales y producir una afectación patrimonial mediante otro delito, como el peculado.

La concertación consiste en ponerse de acuerdo el funcionario o servidor público con un interesado externo para defraudar al Estado.

Rojas Vargas²⁵ advierte que la concertación supone acuerdos no autorizados y perjudiciales para el Estado, sobre conductas tales como aceptar la sobrevaloración de un bien, servicio u obra, pactar su calidad inferior, recibir beneficios en negociaciones y obtener pagos de obras no concluidas. En ese sentido, García y Castillo sostienen que “en el delito de colusión debe existir por imperativo legal una concertación entre los funcionarios públicos [sic] y los interesados en la suscripción de convenios, contratos, suministros o licitaciones”²⁶. En resumen, el verbo rector en cuestión se puede entender en el ámbito penal como la “conducta de dos sujetos que acuerdan una actividad contractual ilícita, en perjuicio de la administración pública”²⁷.

La concertación puede comprenderse bajo dos tipologías:

- 1) *Clandestina*: exige que la colusión se realice de forma oculta, buscando burlar la ley. La Corte Suprema peruana apunta:

Para la configuración del delito de colusión ilegal es necesaria la concurrencia de los siguientes elementos: a) el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito, b) perjudicar a un tercero, en este caso el Estado, c) [la ejecución] mediante formas contractuales, para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial.²⁸

- 2) *Defraudadora*: para Reátegui Sánchez la defraudación “implica una violación de los deberes inherentes a sus cargos, ya que [los funcionarios] debían actuar a nombre y representación del Estado, protegiendo o promoviendo sus intereses”²⁹. Esta exigencia nos dice que la concertación debe ser defraudadora en el sentido de que el Estado debe haber sufrido un perjuicio económico específico.

²⁵ *Ibid.*, 197.

²⁶ PERCY GARCÍA Y JOSÉ LUIS CASTILLO, *El delito de colusión* (Lima: Grijley, 2008), 102.

²⁷ MARTÍNEZ HUMAN, RAÚL, *Delito de colusión. Doctrina y jurisprudencia* (Lima: Editores del Centro, 2019), 181.

²⁸ Ejecutoria Suprema Exp. 3611-2002/Huánuco, 16 de mayo del 2003.

²⁹ REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos*, 372.

Vínculo funcional

En este espacio de la estructuración del tipo objetivo se debe señalar que el delito de colusión desleal o defraudatoria es uno de los ilícitos penales en los cuales es necesaria la vinculación funcional del sujeto activo con el objeto normativo materia del delito porque este último no existe sin aquella:

El núcleo rector del delito de colusión desleal consiste en que 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 y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado.³⁰

Es claro entonces que solo puede ser autor del delito de colusión desleal el funcionario o servidor público que tiene un vínculo funcional cierto con la contratación, licitación, suministro o cualquier otra forma de adquisición estatal. Dicha relación se materializa por su función específica dentro de la administración pública o a partir de una comisión especial, ostentando el deber de proteger el interés y el patrimonio del Estado.

Es decir, este tipo penal implica la utilización de un cargo público para perjudicar al Estado:

Los elementos del delito de colusión desleal vienen a ser el acuerdo clandestino entre dos o más agentes para lograr un fin ilícito, perjudicando a un tercero, el Estado, en este caso mediante diversas formas contractuales, para lo cual se utiliza cargo o comisión especial.³¹

En resumen, el vínculo funcional es elemento necesario para la realización del tipo penal, como lo reitera variedad de jurisprudencia nacional.

³⁰ Ejecutoria Suprema Exp. 4661-2007/Ucayali, 30 de marzo del 2009.

³¹ Ejecutoria Suprema Exp. 5201-1999/Loreto, 14 de enero del 2000.

Instrumentos del delito

Existe una serie de elementos, que el tipo penal describe, los cuales conforman el ámbito de comprensión típica del delito de colusión. Se trata de todos los actos jurídicos en los cuales el Estado es parte: contratos, compras de suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas y otras operaciones semejantes. Todas deben ser interpretadas en el marco de sus propias normas. En el caso peruano se trata de la Ley 30 225, Ley de Contrataciones del Estado, y su reglamento. Ahora bien, para mayor ilustración se debe revisar el Decreto Legislativo 1017, antigua Ley de Contrataciones del Estado.

- 1) *Contratos*: cualquier proceso administrativo en el que intervenga el Estado deberá celebrarse por escrito y ajustarse a las bases normativas correspondientes. Justamente, los contratos son acuerdos formales con particulares para la provisión de bienes o la prestación de servicios, de modo que son la forma general de establecer procesos con el Estado en el marco previsto por la ley.
- 2) *Compras de suministros*: son acuerdos de voluntad entre el Estado y los particulares para proveer o abastecer periódicamente bienes de adquisición habitual requeridos por una entidad para el desarrollo de sus actividades. En palabras de Dromi tienen la forma de un contrato con un particular “en el cual [este] se encarga, por su cuenta o riesgo, y mediante una remuneración pagada por la administración, de proporcionar prestaciones mobiliarias (por ejemplo, combustibles para vehículos del Estado, alimentos para un regimiento, armas, ropas, mercaderías, etc.)”³².
- 3) *Licitación*: para Báez Martínez “la licitación es el procedimiento legal y técnico de interesados contratistas que permite a la administración pública conocer quiénes pueden, en mejores

³² JOSÉ ROBERTO DROMI, *Derecho administrativo* (Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 1994), 323.

condiciones de idoneidad y conveniencia, prestar servicios públicos o realizar obras”³³. Es un procedimiento que tiene trasfondo constitucional, una forma de proceso de selección que permite al Estado la posibilidad de adquirir bienes o servicios con estándares de calidad requeridos y precios justos.

La licitación se compone de un conjunto de fases u actos ordenados: autorización, publicación, pliego de condiciones, convocatoria, presentación de propuestas, selección, adjudicación y aprobación.

La fase de convocatoria propiamente dicha tiene ciertas etapas internas: plazo para consultas, resolución de consultas, observaciones, elevación de observaciones, resolución de observaciones, publicación de bases.

- 4) *Concurso de precios*: procedimiento por el cual postores presentan sus propuestas para ejecutar una obra pública, previa invitación cursada por una entidad estatal. Como su nombre lo indica, es la elección del mejor postor para conseguir el mejor precio.
- 5) *Subastas*: en contraste con el anterior mecanismo, son ventas públicas de bienes al mejor postor. Se pueden hacer por vía jurisdiccional o administrativa.
- 6) *Otras operaciones semejantes*: el tipo penal admite que otros mecanismos similares que el Estado use pueden ser susceptibles al acto colusorio, pero esta posibilidad debe enmarcarse siempre en un contexto de contratación o selección en torno a bienes, obras y servicios del Estado.

Conclusiones comparativas trascendentes

- 1) Se puede observar que las dos legislaciones requieren un vínculo funcional con los instrumentos del delito. No obstante, se debe considerar que en la legislación peruana la conducta recae en

³³ BÁEZ MARTÍNEZ, *Manual*, 146.

concertar, mientras que en Colombia se requiere la violación de normas para la concurrencia del tipo penal y solo hasta el párrafo tercero del artículo correspondiente del Código Penal encontramos el verbo *concertar*.

- 2) La legislación colombiana, a diferencia de la peruana, no prevé la posibilidad de la defraudación patrimonial como agravante.
- 3) La legislación peruana ha detallado claramente los instrumentos del delito: adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación administrativa a cargo del Estado, dejando un posible *numerus apertus* a fin de evitar impunidad. Mientras tanto, la legislación colombiana señala como instrumentos la licitación pública, la subasta pública, la selección abreviada o el concurso.
- 4) El delito de colusión en el Código Penal peruano permite mayores tipos de agravantes y por ello apunta a penas más altas, de hasta veinte años en su forma agravada.

PECULADO

Evolución histórica

El delito de peculado es uno de los más antiguos que conoce el derecho penal. Nació junto a los primeros imperios y gobiernos en el mundo, y era castigado severamente en Oriente y Occidente. En India, por ejemplo, tenemos el Código de Manu³⁴, que en su artículo 124 del libro séptimo, sobre la conducta de los reyes y los militares, nos dice: “Los empleados que llevan su perversidad hasta sacar dinero de los que tienen que tratar con ellos, deben ser despojados por el rey de todos sus bienes y desterrados del reino”. Era un delito que cometían las clases más poderosas —la nobleza, la burocracia y los militares—, consistente en apropiarse de dinero del reino que estuviera bajo su cuidado. Era castigado con penas muy severas, como las mencionadas en el fragmento citado.

³⁴ Texto que regulaba las normas en la antigua India.

La palabra *peculado*³⁵ proviene del latín *peculatus*, que significa “hurto de caudales públicos por el encargado de la ciudad”, de la raíz *pecus* (“ganado” y, por extensión, “riqueza”). Ahora bien, el mencionado latinismo no está relacionado con *latus*, que sería “amplio” o “lado”, sino más bien con *peculium*, que se refiere a los bienes privados de un esclavo o hijo bajo la autoridad de su amo o padre, y por extensión, a la apropiación indebida de estos bienes. En la antigua Roma se entendía como la retención, sustracción y uso de dinero sagrado (*pecunia sacra*) que, como nos dice Reátegui Sánchez, “requería el rito de consagración pública, de manera que la ausencia de este impedía la calificación de *peculatus* y se transformaba en hurto”³⁶. Esto equivale a la exigencia actual de ser funcionario o servidor público para cometer el delito pues, si el sujeto activo no lo es, sería un simple hurto.

La figura penal del delito de peculado se ha ido desarrollando a través de las épocas a la par con la paulatina complejización que el paso del tiempo brindó al Estado y sus formas de gobierno. El mayor cambio en los delitos contra la administración pública llegó con la Revolución francesa, momento decisivo en la historia que sentó las bases de la democracia moderna. En ese contexto nace el Código Penal francés de 1791, que representó en su momento la cumbre legislativa del derecho penal con aportes de la filosofía del iluminismo de Montesquieu, Rousseau, Voltaire y Beccaria. En su segunda parte, título I, sección V, que trata los crímenes de los funcionarios en ejercicio de los poderes que les son confiados, en su artículo 12, dice:

Todo funcionario u oficial público que resultare convicto de haber malversado o substraído caudales, efectos, escrituras, documentos o títulos de que fuese depositario en razón de las funciones públicas que él ejerce y por efecto de una confianza necesaria, será castigado con la pena de doce años de hierros.³⁷

³⁵ *Diccionario etimológico*, última modificación el 1° de junio de 2024, <http://etimologias.dechile.net/?peculado>

³⁶ REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos*, 409.

³⁷ JOSÉ LUIS DALBORA, “El Código Penal francés de 1791”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 1 (2009): 481-517.

Como se puede observar, este código ya otorga las connotaciones vigentes del tipo penal objetivo actual: los causales y efectos, y el vínculo funcional del sujeto activo.

El delito de peculado se hace presente en los códigos penales peruanos de 1863 y 1924. Las fuentes extranjeras de este último fueron el Código Penal argentino de 1922, el uruguayo de 1889 y el español de 1870. Aunque el peruano tiene ciertas particularidades, como nos dice Pariona Arana:

Ha preferido utilizar los verbos rectores “apropia o utiliza” para definir los comportamientos típicos del sujeto activo. Se aparta así de las fórmulas española y francesa que emplean el verbo “sustraer”, pero conserva la alusión a los conceptos “caudales y efectos” contenidos en las referidas legislaciones.³⁸

Siguiendo el mismo lineamiento, el peculado en el mundo ha tomado dos caminos principales: el del peculado propio, llamado también *tipo básico*, y el del peculado impropio, llamado también *peculado por extensión*. El primero tiene un vasto número de modalidades, como las referencia Rojas Vargas³⁹:

- 1) Por apropiación.
- 2) Por sustracción.
- 3) Por utilización o distracción genérica.
- 4) Por distracción o uso específico.
- 5) Por aplicación distinta o malversación.
- 6) Por aprovechamiento del error de otro.
- 7) Por aprovechamiento o empleo de trabajos o servicios pagados por el Estado.
- 8) Por demora injustificada en los pagos ordinarios.
- 9) Por rehusamiento a la entrega de bienes.

³⁸ RAÚL PARIONA ARANA, *El delito de peculado como delito de infracción de deber* (Lima: Universidad San Martín de Porres, 2011).

³⁹ ROJAS VARGAS, *Manual operativo*, 234.

Cabe mencionar, siguiendo a Pariona Arana, que las modalidades (2), (6) y (7) no se encuentran reguladas por el derecho penal peruano.

En el derecho penal extranjero varían las nomenclaturas o *nomen iuris*. En España, por ejemplo, el delito de peculado se conoce como *malversación de los caudales públicos*. Así aparece en el Código Penal español de 1995, que en su capítulo VII se ocupa de las malversaciones desde el artículo 432 hasta el 435. En dichos artículos se definen las conductas de apropiación dolosa y culposa, uso propio y ajeno y retención.

En el Código Penal italiano de 1990 existe la figura del *peculato*, específicamente en el título II, “De los atentados contra la administración pública”, capítulo I, que en su artículo 314 dice textualmente:

El funcionario o el encargado de un servicio público que, por razón de su cargo o servicio, tiene la posesión o de cualquier manera la disponibilidad de dinero u otra cosa mueble ajena, se la apropia, es castigado con la reclusión de tres a diez años. Se aplica la pena de reclusión de seis meses a tres años cuando el culpable ha actuado con el único propósito de hacer un uso momentáneo de la cosa, y esta, después del uso momentáneo, ha sido inmediatamente restituida.⁴⁰

El artículo expresa los mismos elementos típicos del delito de peculado, empezando por la condición de funcionario del autor, salvo por un pequeño detalle: el servidor público es conocido como *empleado público*. Por lo demás, el tipo penal de peculado en Italia incluye las modalidades de malversación, sustracción, empleo en provecho propio o de un tercero y sustracción culposa.

El Código Penal argentino de 1984, en su título XI, “Delitos contra la administración pública”, capítulo VII, se ocupa del delito de malversación de caudales públicos —*nomen iuris* que también existe en

⁴⁰ “Il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, se ne appropria, è punito con la reclusione da tre a dieci anni. Si applica la pena della reclusione da sei mesi a tre anni quando il colpevole ha agito al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa, e questa, dopo l’uso momentaneo, è stata immediatamente restituita.”

España—, previsto en los artículos 260 a 264. Dicho delito comprende diferentes figuras, como la aplicación diferente de caudales, la sustracción, el empleo en provecho propio, la sustracción culposa, la demora injustificada de pagos o el rehusamiento de entrega de bienes.

En Colombia fue conocido como *apropiación o distracción de bienes públicos*, consagrado en el Código Penal de 1890, cuyo título noveno, en su artículo 458, cobijaba los delitos *contra la hacienda pública* —extravío, usurpación y malversación de caudales—, siguiendo claramente los lineamientos del Código Penal español de 1870.

El Código Penal colombiano de 1936 y su congénere peruano siguieron fuentes italianas al consagrar el peculado propiamente dicho, tanto por apropiación como por uso de caudales, en sus artículos 151 y 152 respectivamente. Por su parte, el Código Penal colombiano de 1980 extendió las modalidades de peculado a la lista que conocemos hoy.

En la tabla 4 se recogen las definiciones del tipo penal de peculado por apropiación, tanto en el código peruano como en el colombiano.

Tabla 4. El tipo penal *peculado* en las legislaciones peruana y colombiana

C. P. peruano	C. P. colombiano
El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años, y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.	El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

C. P. peruano	C. P. colombiano
La pena será privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos: 1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella. 2. Los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social o de desarrollo. 3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional. 4. El valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias.	Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.

Fuente: elaboración propia con base en los códigos penales peruano (art. 387) y colombiano (art. 397).

La norma peruana fue motivo de distintas modificaciones en el transcurso del tiempo, tal vez por la relevancia del delito. Las últimas modificaciones quedaron establecidas en la Ley 26 198 del 13 de junio de 1993, cuyo texto base quedó así:

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.

Es decir, solo prevenía el peculado doloso por apropiación y utilización y el peculado culposo. Posteriormente, en la Ley 29 703 del 10 de junio del 2011 se realizan los cambios más significativos agregando los agravantes que hoy conocemos: cuando el valor de lo apropiado sobrepase las diez unidades impositivas tributarias (UIT) o sea parte de los recursos destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social. Por último, se aprobaron pequeños cambios mediante la Ley 29 758 y se consolidó el texto vigente promulgado con la Ley 30 111 del 26 de noviembre del 2013.

Debemos tener en cuenta que la evolución legislativa también ha sido amplia en Colombia. En 1980 a través del Decreto 100 se eliminó la expresión utilizada por el Código Penal de 1923 “o permita que lo haga” para dar acceso al tercero en el delito de peculado. Otro cambio importante fue la exclusión de la enumeración taxativa de los bienes públicos⁴¹ pues se pensó que era limitativa, quedando así:

Bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones.

Bajo esa premisa el objeto del delito peruano, *caudales y efectos*, resulta ser más reducido que la visión colombiana, pero esto se aclaró mediante la doctrina y la jurisprudencia.

⁴¹ ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ, *Delitos contra la administración pública* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000), 62.

Bien jurídico protegido

Este tema fue objeto de un amplio debate doctrinario entre dos posiciones válidas. La primera, la patrimonialista, impone la defensa del patrimonio público sobre todo. Es tomada del derecho penal alemán, que considera al peculado como un delito patrimonial con una agravante por ser el sujeto activo un funcionario público. La segunda, por su parte, prioriza la defensa de los deberes de lealtad con el Estado por parte del funcionario o servidor público o, si se prefiere, la defensa ante la gravedad del delito por estar en juego los caudales o efectos del Estado, pero siempre priorizando los valores extrapatrimoniales del Estado como la lealtad y probidad.

Para Pagliaro, en su libro *Principi di diritto penale*,

el delito de peculado es un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico penal: a) garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública, asegurando una correcta administración del patrimonio público, b) evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad⁴².

Este es el punto medio que la doctrina peruana ha tomado para comprender el bien jurídico protegido en el delito de peculado: los intereses del Estado, abarcando tanto lo patrimonial como la correcta administración. Esto último incluye la defensa de los deberes del funcionario o servidor público.

Para fortalecer dicha posición doctrinaria la Corte Suprema peruana, por medio de sus plenos jurisdiccionales de vocales supremos en lo penal, estableció el Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116 del 30 de septiembre del 2005, el cual trata sobre la definición y estructura típica del delito de peculado:

⁴² FIDEL ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública* (Lima: Grijley, 2011), 480.

Tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se dobla 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 de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público.⁴³

De esta manera quedó consolidado en Perú que el delito de peculado es pluriofensivo pues afecta desde dos vertientes al bien jurídico protegido. Dicho sea de paso, es el delito que más se comete en el país entre los delitos contra la administración pública, además de afectar gravemente al Estado por lo anteriormente señalado.

Tipicidad objetiva

Apropiación

Como se ha mencionado anteriormente, en ciertas legislaciones extranjeras la mera sustracción genera el tipo penal de peculado. Por el contrario, en la legislación peruana no existe el peculado por sustracción pues el primer punto que menciona el tipo penal es la apropiación para sí o para un tercero, la palabra *apropiación* engloba distintos términos y expande la acción típica. Esto es, cuando el agente se apodera, adueña, atribuye o hace suyos caudales o efectos del Estado, aparece el conocido *animus rem sibi habendi*, expresión latina que significa “ánimo de quedarse con la cosa”; es decir, el sujeto activo muestra su intención de quedarse con los caudales o efectos del Estado incorporándolos a su patrimonio o el de otro. Se produce así una apropiación ilegítima que pone fin a los deberes funcionales del sujeto activo.

⁴³ Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116, fundamento 6.

Utilización

A diferencia del peculado por apropiación, en el peculado por utilización el sujeto activo no está impulsado por el *animus rem sibi habendi* pues no pretende hacer suyos los caudales o efectos del Estado, sino aprovecharse de las ventajas que puede brindar el bien sin tener que apropiárselo o integrarlo a su patrimonio o al de un tercero. Esta modalidad se configura cuando el sujeto activo usa, emplea, aprovecha, disfruta o se beneficia de modo indebido de los caudales o efectos del Estado.

Esta modalidad solo supone un apoderamiento temporal. En ciertos casos con mucho tino la doctrina le llama *peculado con animus de aprovechamiento*, como nos dice la ejecutoria suprema peruana del 20 de septiembre del 2005:

La modalidad de peculado por distracción o utilización implica una separación del bien de la esfera pública y una aplicación privada temporal del mismo [sic] sin consumirlo, para regresarlo luego a la esfera pública, lo que no es posible tratándose de dinero.⁴⁴

Cabe mencionar que el artículo 387 del Código Penal peruano en relación con la modalidad de utilización es idéntico al artículo 388, sobre el peculado de uso. El primero trata básicamente de caudales o efectos del Estado, mientras el segundo, habla de vehículos, maquinarias o instrumentos de trabajo que pertenecen a la administración pública. Es decir, la diferencia es que el artículo 387 excluye todos los bienes considerados instrumentos de trabajo de dicha administración.

Objetos materiales del delito

El tipo penal señala a simple vista que el patrimonio estatal está conformado por *caudales* y *efectos*. El derecho penal desde hace ya muchos siglos usa esos dos vocablos franceses. Como nos dice Abanto Vásquez⁴⁵,

⁴⁴ Ejecutoria Suprema 3632-2004-Arequipa.

⁴⁵ ABANTO VÁSQUEZ, *Delitos*, 32.

existen dos teorías para explicar cuál es el momento en el que los objetos materia del delito ingresan a los caudales y efectos públicos. La primera, la teoría de la incorporación, dice que los bienes son públicos cuando son incorporados de un modo formal al fondo público —por ejemplo, por medio de un inventario—; la segunda, la teoría del destino, dice que el bien es público en el momento en el cual se destina al tesoro público.

Si se asume la primera teoría, habría muchos vacíos en la legislación penal que los sujetos activos aprovecharían para encontrar el momento exacto de apropiarse de los caudales y efectos del Estado. Por ello la teoría que más se aproxima a la realidad peruana es la segunda, que se adelanta al sujeto activo, evitando impunidad.

Ahora bien, en relación con los caudales y efectos existe un consenso entre los autores peruanos que hablan del peculado como delito contra la administración pública. El vocablo *caudal* se refiere a cualquier objeto o bien, incluido el dinero, dotado de una naturaleza económica, que tenga un precio en el mercado, que sea susceptible de compra y venta. Por otra parte, los *efectos* son todos los documentos de crédito, es decir, que no valen por sí mismos, como los caudales, sino por lo que representan (documentos con valor, títulos valores, distintivos oficiales, estampillas, sellos, entre otros).

Percepción, administración o custodia por razón de su cargo

Al igual que en el delito de colusión, para que se configure el peculado por utilización o apropiación debe existir necesariamente la vinculación directa o indirecta entre el funcionario y los caudales o efectos del Estado. Esta vinculación se materializa mediante las palabras “percepción, administración o custodia por razón de su cargo”. Desde esta perspectiva el delito de peculado no sanciona a cualquier funcionario, sino a quien se ha confiado la percepción, administración o custodia de los caudales o efectos del Estado.

La expresión “por razón de su cargo” constituye un limitante de vínculo funcional que, dice Reátegui Sánchez⁴⁶, puede interpretarse en dos

⁴⁶ REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos*, 430.

sentidos. En sentido lato se refiere a la expresión “con ocasión de” o “en consideración a”, una vinculación demasiado extensiva que el referido autor considera exagerada. En sentido estricto, por su parte, la función pública y los caudales o efectos deben tener una vinculación de dependencia normativa. Es decir, si un funcionario no posee un determinado vínculo funcional con el objeto material del delito de peculado, no puede cometerlo. Se trata de la llamada *disponibilidad jurídica*: que el funcionario tenga la posibilidad de libre disposición con respecto a los caudales o efectos involucrados.

En el mismo sentido, Rojas Vargas⁴⁷ dice que el elemento de la relación funcional es el más importante componente típico del delito de peculado, y considera que se materializa en cuatro puntos:

- 1) Existencia de competencia por razón del cargo para percibir, administrar o custodiar.
- 2) Relación de confianza de la administración pública derivada de los roles especiales asumidos institucionalmente por atribuciones del cargo.
- 3) Poder de vigilancia y cuidado.
- 4) Deber de garantizar la posesión a nombre del Estado.

Al observar cada punto de esta lista se pueden sacar ciertas conclusiones. En primer lugar, el uso de la palabra *percepción* alude a la acción de captar o recibir los caudales o efectos que de forma lícita ingresan o integran el patrimonio del Estado. En segundo lugar, la palabra *administrar* no es más que la forma de designar la posesión jurídica de los caudales o efectos del Estado. Esto es, la facultad que tiene el funcionario o servidor público de disponer de los bienes estatales para utilizarlos con distintas finalidades apropiadamente establecidas. Esto implica el manejo y la conducción de dichos bienes de forma directa o indirecta (sin necesidad de tener contacto directo con los bienes el funcionario puede disponer de estos). Por último, la *custodia* hace referencia a la

⁴⁷ ROJAS VARGAS, *Delitos*, 2011, 485-486.

vigilancia que ejerce el funcionario o servidor público, la cual implica el deber de protección y conservación de los caudales y efectos del Estado.

Agravantes

Los párrafos segundo y tercero del tipo penal de peculado en el Código Penal peruano señalan las modalidades agravadas del delito. La primera agravante es el valor del objeto apropiado o utilizado, introducida mediante la Ley 29 758 del 21 de julio del 2011. La agravante por cuantía se configura cuando el funcionario o servidor público se apropia o utiliza caudales o efectos cuyo valor supera las diez UIT (cabe mencionar que este monto varía según el año). Según Salinas Siccha, “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”⁴⁸.

Esta agravante está vinculada directamente a la protección del patrimonio estatal, que es una de las vertientes del bien jurídico protegido por el tipo penal bajo análisis. Su sanción será una pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años con 365 a 730 días-multa.

Por otro lado, el tercer párrafo del tipo penal nos presenta la agravante de peculado doloso por la finalidad del objeto del delito. Como se ha dicho con anterioridad, los objetos materia del delito son los caudales o efectos del Estado. Así, esta agravante determina que será merecedor de mayor pena el que se apropie o utilice bienes públicos destinado a fines asistenciales o a programas de apoyo social.

Los fines asistenciales, como señala Salinas Siccha, “son aquellas campañas de ayuda o auxilio destinadas a cubrir urgencias coyunturales de la población necesitada (salud, educación, alimento, abrigo)”⁴⁹. Estos son, por ejemplo, los recursos que el Estado brinda frente a las heladas en las zonas altoandinas o los alimentos que provee por desastres naturales. Además, esto incluye los programas de apoyo social.

⁴⁸ SALINAS SICCHA, *Delitos*, 313.

⁴⁹ *Ibid.*

Por otro lado, los auxilios son destinados de manera permanente y con una condición presupuestaria ya establecida dirigida a la población con menos recursos. Entre otros podemos encontrar en la actualidad los programas Pensión 65 o Qaliwarma.

Cabe mencionar que la Corte Suprema ya estableció en diferentes casaciones que dicho agravante debe ser específico y no general. Por último, la sanción correspondiente es la pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años con 365 a 730 días-multa.

Conclusiones comparativas trascendentes

- 1) En las dos legislaciones la conducta de apropiarse prevalece, mientras que la de utilización solo se encuentra en la legislación peruana.
- 2) La legislación colombiana utiliza como objeto material del delito el conjunto *bienes*, dividiéndolo en bienes del Estado, bienes parafiscales y bienes en administración, tenencia o custodia. La legislación peruana, por su parte, prevé como objetos materiales los caudales y los efectos, lo que resulta necesario sobre todo para evitar algún posible vacío legal con respecto al valor simbólico más que patrimonial de los efectos del Estado.
- 3) Se debe considerar que la legislación colombiana ha decidido asumir los agravantes por cuantía como prioridad, mientras que la peruana, si bien cuenta con agravante por cuantía, también tiene agravantes por el tipo de objeto del delito del que se trate.
- 4) Las dos legislaciones requieren la existencia del vínculo funcional entre el sujeto activo y los objetos del delito.
- 5) Por último, las dos legislaciones asumen la posibilidad de la existencia de un tercero que realice directamente la apropiación mientras el sujeto activo lo permite.

PECULADO CULPOSO

El delito de peculado culposo se encuentra amparado en la legislación peruana, en el cuarto párrafo del tipo penal base. El Código Penal colombiano, por su parte, lo prevé como un tipo penal independiente (tabla 5).

Tabla 5. El tipo penal *peculado culposo* en las legislaciones peruana y colombiana

C. P. peruano	C. P. colombiano
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.	El servidor público que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses, multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término señalado.

Fuente: elaboración propia con base en los códigos penales peruano (art. 387, último párrafo) y colombiano (art. 400).

Esta figura no se refiere a la utilización o apropiación por parte del propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos del Estado, sino a la sustracción que realiza una tercera persona aprovechándose del descuido, la dejadez, la desidia, la imprudencia, la impericia, la negligencia o la omisión imputable al funcionario o servidor público encargado de aquellos.

Así, este tipo penal implica que por culpa de un *intrañeus* un tercero *intrañeus* o *extrañeus* cometa el delito doloso de sustraer los caudales o efectos del Estado para apropiación o utilización. El tercero puede

ser un particular o un funcionario o servidor público que no tenga la percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos pues no se castiga la sustracción de los caudales o efectos, sino dar lugar culposamente a que otro los sustraiga dolosamente, como dice el Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116 de la normativa peruana.

Esta modalidad de peculado no tiene una presencia nueva en dicha legislación pues ya estaba en el Código Penal peruano de 1924, en el segundo párrafo del artículo 346, que dice textualmente: “La pena será [...] de tres a noventa días de multa si el delincuente, por negligencia, hubiese dado ocasión a que se efectúe por otra persona [la sustracción de] caudales o efectos”. Como se puede observar, la pena resultaba benigna y el texto —a diferencia del actual, que usa la expresión *por culpa*— utiliza las palabras *por negligencia*. Esto viene de una de las fuentes de dicha legislación, el Código Penal español del 17 de junio de 1870, que en su libro II, título VII, “De los delitos de los empleados públicos en ejercicio de sus cargos”, en el artículo 406, dice textualmente: “El funcionario público [sic] que por abandono o negligencia inexcusables diera ocasión a que se efectuare por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos”. Como se puede ver en dicho código normativo se utiliza la negligencia como verbo rector y se resalta claramente la participación de un tercero.

Bien jurídico protegido

El bien jurídico asociado al delito de peculado culposo es el mismo que el del peculado doloso, tanto en su protección general como en su protección específica, imponiéndose su condición de doble faz: protege el patrimonio público y la lealtad del funcionario al deber de protección y preservación de los caudales y efectos del Estado.

Tratamiento jurídico de la culpa

Sobre el tratamiento de la culpa o imprudencia en el delito de peculado culposo, y en general en los delitos contra la administración pública, cabe

señalar que no es igual a la culpa en delitos como el homicidio culposo o las lesiones culposas. En ese sentido, Reátegui Sánchez⁵⁰ muestra dos modelos de tratamiento jurídico del tema:

- 1) *Imprudencia por autonomía del propio sujeto*: la expresión clave es “el propio sujeto” pues la imprudencia, negligencia o impericia provoca en este caso una afectación a un bien jurídico protegido sin intervención de una tercera persona. En este modelo se encuentra ubicada la mayoría de delitos del Código Penal, como el homicidio culposo o las lesiones culposas, tipificados en el C. P. peruano en los artículos 111 y 124 respectivamente. En dichos comportamientos típicos ningún tercero se aprovechará de la culpa y cometerá una conducta dolosa, salvo los casos de instigación.
- 2) *Imprudencia por aprovechamiento de un tercero*: la imprudencia del sujeto activo del delito es usada por otros sujetos o terceros que, al ver la oportunidad, cometen un comportamiento doloso. Este aprovechamiento se puede manifestar en la ley de modo implícito o explícito. Como ejemplos del primer caso el segundo párrafo del artículo 304 del C. P., sobre la contaminación del ambiente, o el artículo 282, sobre el atentado contra la seguridad común, de forma tácita entienden que hay culpa por negligencia si un funcionario permite que un tercero contamine o afecte la seguridad común.

Por otra parte, el párrafo cuarto del artículo 387, sobre el delito de peculado culposo, expresa explícitamente que un funcionario es culpable por dar ocasión a que otra persona cometa un delito que afecta dos bienes jurídicos: el deber de protección de los bienes del Estado por parte del funcionario negligente y el patrimonio público mismo, afectado por el dolo del tercero.

⁵⁰ REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos*, 508-509.

Tipicidad objetiva

La sustracción

En primer lugar, el verbo rector es *sustraer*, lo cual significa “el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la administración pública, por parte de un tercero”⁵¹. De esta manera, se entiende como quitar, desfaltar, retirar o alejar el bien del lugar donde se debería encontrar: en el presente caso, dentro de los caudales o efectos de la administración pública.

Ahora bien, la elección de la palabra *sustraer* no es casual. Como lo dice Reátegui Sánchez, “técnico-legislativamente se ha preferido usar el verbo *sustraer*, que apropiar o apoderarse, por ser más adecuado a la acción de un tercero que no participa en características inherentes a la posesión de bien, esto es a la vinculación funcional”⁵². En efecto, el verbo seleccionado permite que el tercero sea un *extraneus*, decir, una persona extraña a la administración pública o, mejor dicho, un delincuente común.

La culpa del funcionario o servidor público

Este es el segundo componente de la tipicidad objetiva del delito de peculado culposo. La culpa es un concepto que se originó en Roma y de ahí en adelante siguió preocupando a los estudiosos del derecho. Como nos dice Plascencia Villanueva⁵³, existen dos tipos de teorías en relación con la culpa. La primera es la de la culpa objetiva, en la cual destacan los aspectos externos de esta; por otro lado, están las teorías subjetivas, que se ocupan de cuestiones relativas a la previsibilidad, la provisiabilidad, la violación del deber o el error, en contraste con el dolo, la fuerza mayor o el caso fortuito.

⁵¹ SALINAS SICCHA, *Delitos*, 357.

⁵² REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos*, 508-509.

⁵³ RAÚL PLASCENCIA VILLANUEVA, *Teoría del delito* (Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2004), 123.

Hay muchas formas en las que la culpa se articula al delito penal, pero en el caso de los delitos contra la administración pública podemos recurrir a lo dicho por el Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116:

Habría culpa en el sujeto activo del delito cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar la sustracción (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de las pérdidas), vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional, que mantiene el patrimonio público.⁵⁴

En resumidas cuentas, el comportamiento del sujeto activo, sea funcionario o servidor público, solo implica una violación por inobservancia de sus deberes de cuidado de cada bien a su cargo, sea caudal o efecto del Estado.

Afectación patrimonial

Es de suma importancia observar el resultado patrimonial como elemento del delito en cuestión. Para que pueda materializarse el tipo penal de peculado culposo se exige una afectación patrimonial al Estado. Como dice Reátegui Sánchez: “Para configurar el delito de peculado culposo no basta la infracción de deber del cuidado, sino que se exige un resultado típico previsto en el Código Penal”⁵⁵. Este resultado típico es la sustracción de caudales o efectos, lo cual afecta el patrimonio público. Dicho de otro modo, el peculado culposo exige un perjuicio económico. Cabe mencionar que esto resultaría muy distinto a la prueba de la afectación por infracción de deber.

Ahora bien, la exigencia de un perjuicio económico no aparece de forma literal en el tipo penal pues este solamente señala la culpa y la sustracción. Además, en el peculado culposo resultaría imposible reprimir la tentativa como elemento propio del delito. Por último, el tipo penal

⁵⁴ Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116, fundamentos 8 y 9.

⁵⁵ REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos*, 528.

no define montos mínimos, así que cualquier perjuicio patrimonial está enmarcado en el delito. En este sentido son relevantes un debate y un juicio crítico pues

el sistema penal no puede asumir cualquier conducta de apropiación de un bien por parte del funcionario, desplegando todos sus recursos, con abstracción del valor de lo apropiado. Esto revela una actitud moralizante y demagoga por parte del legislador⁵⁶.

En efecto, al no existir un mínimo legal de la afectación patrimonial es posible iniciar un proceso penal, y con ello activar toda la maquinaria estatal, por grapas, hojas de papel o lapiceros. Como lo señala Abanto Vásquez, “el tipo penal peruano no contempla la cuantía y podría llevar a una aplicación ciega para los casos realmente ridículos”⁵⁷.

Agravantes

La causal agravante requiere que los caudales o efectos del Estado bajo protección o custodia del sujeto activo estén destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, siempre presuponiendo la culpa por negligencia y la sustracción de un tercero. Esta agravante lógicamente aumenta la penalidad para el funcionario o servidor público, es igual a la agravante del peculado doloso y fue creada en la legislación peruana mediante la Ley 29 703 del 10 de junio del 2011.

Posibles causas de atipicidad y justificación

En primer lugar, se entiende por *atipicidad* aquel fenómeno en el que una acción o conducta examinada no se subsume en ningún tipo penal, pese a ser muy semejante a alguno vigente. Para identificar tales casos se realiza un juicio de tipicidad, esto es, se verifica si todos los elementos

⁵⁶ EDUARDO ORE SOSA, *Recientes modificatorias a los delitos contra la administración pública* (Lima: Gaceta Penal, 2011), 20.

⁵⁷ Citado en ORE SOSA, *Recientes modificatorias*, 20.

objetivos y subjetivos del tipo penal se adecuan al caso en cuestión. Para Rojas Vargas⁵⁸ existe atipicidad cuando:

- Existe fuerza física irresistible.
- Se trata de simples infracciones administrativas sin sustracción por tercero.
- Los bienes sustraídos por el sujeto activo no son de propiedad pública ni se hallan sometidos a la disponibilidad jurídica.

Y la causa de justificación es que el estado de desprotección se debió a orden obligatoria de la autoridad competente.

Conclusiones comparativas trascendentes

- 1) La legislación peruana asume al peculado culposo dentro del último párrafo del peculado por apropiación, mientras que el Código Penal colombiano lo establece como un delito independiente.
- 2) La legislación colombiana identifica el objeto material del delito mediante la palabra *bienes*, y divide el conjunto así denominado en bienes del Estado, bienes parafiscales y bienes bajo administración, tenencia o custodia. Mientras tanto, la legislación peruana prevé como objetos materiales del delito a los caudales y los efectos, distinción que resulta necesaria sobre todo para evitar algún posible vacío legal en cuanto a bienes con valor simbólico más que patrimonial (*efectos* del Estado).
- 3) La acción en la legislación peruana recae en dar ocasión a la sustracción, mientras que la legislación colombiana incluye la posibilidad de extravío, pérdida o daño del bien en cuestión.
- 4) Por último, las dos legislaciones requieren la existencia del vínculo funcional entre el sujeto activo y los objetos del delito.

⁵⁸ ROJAS VARGAS, *Delitos*, 2011, 532.

PECULADO DE USO

El peculado de uso, conocido por muchas legislaciones extranjeras como *peculado por distracción*, consiste en usar un bien del Estado con una finalidad o destino distintos a los designados por la función pública. Los operadores del derecho deben cuidarse de confundirlo con el peculado por utilización, un tipo base muy diferente. Se encuentra tipificado en el artículo 388 del Código Penal peruano y en el artículo 398 del Código Penal colombiano (tabla 6).

Tabla 6. El tipo penal *peculado de uso* en las legislaciones peruana y colombiana

C. P. peruano	C. P. colombiano
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.	El servidor público que indebidamente use o permita que otro use bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Fuente: elaboración propia con base en los códigos penales peruano (art. 388) y colombiano (art. 398).

Es evidente que la norma protege específicamente cierto grupo restringido de bienes como elementos del tipo objetivo requeridos para que pueda configurarse el tipo penal: vehículos, máquinas o bienes muebles de valor apreciable en dinero por su uso en la función pública.

Se trata de una novedad incluida en el Código Penal peruano de 1991 pues los códigos de 1863 y 1924 no contemplaban dichas conductas. Diferentes autores, tanto nacionales como internacionales, dicen que el peculado de uso nace con el artículo 425 del código portugués de 1932, reafirmado en el código portugués vigente de 1995, que reitera la figura en su artículo 376, el cual dice: “El funcionario que haga uso, o permita que otra persona haga uso, para fines ajenos a aquellos a los que están destinados, de vehículos u otras cosas muebles de valor apreciable, públicos o particulares”⁵⁹.

El texto primigenio del Código Penal peruano de 1991 fue modificado por el artículo 1° de la Ley 29 703 del 10 de junio del 2011, que añade al tipo penal la frase “independientemente del grado de la afectación de la obra”. Esto resultó de mucha controversia pues permitía que fuera procesado por dicho tipo penal cualquier funcionario o servidor público que usara para fines ajenos a su labor cualquier bien mueble del Estado sin importar su insignificancia. Por eso la formulación fue devuelta a su estadio inicial mediante la Ley 29 758 del 21 de julio del 2011. Finalmente, el texto vigente quedó establecido en la Ley 30 111 del 26 de noviembre del 2013, que añade a la pena los días-multa.

Además, cabe resaltar que hay una diferencia clara entre el peculado de uso y el llamado *hurto de uso*, tipificado en el artículo 187 del Código Penal peruano, que dice: “El que sustrae un bien mueble ajeno con el fin de hacer uso momentáneo y lo devuelve será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año”. Si bien ambas conductas afectan el patrimonio (un bien mueble), el hurto de uso afecta el de un particular, es decir, de un individuo o una persona jurídica; por el contrario, el peculado de uso afecta el patrimonio del Estado y por ello

⁵⁹ “O funcionário que fizer uso, ou permitir que outra pessoa faça uso, para fins alheios àqueles a que se destinam, de veículos ou outras coisas móveis de valor apreciável, públicos ou particulares.”

supone un nivel punitivo mayor: no menos de dos ni más de cuatro años de pena privativa de libertad.

Bien jurídico protegido

Como la mayor parte de delitos contra la administración pública, el peculado de uso cuenta con un bien jurídico protegido general y otro específico. El primero consiste en el normal desenvolvimiento de la administración pública y la buena imagen institucional; el segundo, en proteger el deber de lealtad y probidad de funcionarios y servidores públicos. Como dice Reátegui Sánchez: “Trata de evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad”⁶⁰, en el sentido de defender el adecuado uso de los bienes muebles estatales que estén bajo el resguardo de un funcionario o servidor público.

Tipicidad objetiva

Usar o permitir usar

En primer lugar, los verbos rectores *usar* o *permitir* (*que otro use*) deben interpretarse en su sentido literal. Es decir, el delito se configura cuando el agente usa, utiliza, emplea, aprovecha, disfruta o se beneficia inapropiadamente de vehículos, maquinarias u otros instrumentos de trabajo destinados al servicio oficial del Estado, pero sin el propósito de apropiarse de estos. Para la RAE *usar* es hacer servir una cosa para algo; referido a una persona, disfrutar algo. Usar es, pues, el comportamiento de un sujeto que aprovecha o goza personalmente de un bien.

Ahora bien, otra posibilidad es que otro se aproveche de un bien bajo custodia de un funcionario o servidor público. Esto supone un comportamiento omisivo imputable al sujeto activo que dolosamente

⁶⁰ REÁTEGUI SANCHEZ, *Delitos*, 477.

permite la referida apropiación por parte de un tercero. Cabe resaltar que este es un comportamiento doloso omisivo y no negligente o culposo. Por otra parte, el termino *otro* se refiere a una persona natural o jurídica, particular o funcionaria o servidora pública.

El tipo penal de peculado de uso se hace presente en el artículo 13 del Código Penal peruano, asociado al sujeto activo en su posición de garante de los bienes públicos. Por otra parte, es importante tener en cuenta la diferencia entre el artículo 387, con relación al peculado por *utilización*, y el artículo 388, con relación al peculado de uso. A simple vista parecerían idénticos, pero analizando los tipos penales respectivos resalta una diferencia muy clara: en el peculado por utilización el objeto del delito son todos los caudales y efectos del Estado, mientras que el peculado de uso solo se refiere a los objetos especificados (vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento perteneciente a la administración pública). Como consecuencia, se entiende que todos los bienes que no se encuentren asociados al artículo 388 son susceptibles de un proceso de peculado doloso por utilización, previsto en el artículo 387.

Bienes muebles del Estado

El tipo penal especifica que el delito en cuestión se refiere solamente a los bienes muebles de propiedad del Estado, es decir, bienes como vehículos, computadoras, *laptops*, maquinarias, camiones, herramientas, entre otros de la misma índole que pertenezcan a la administración pública. Por otra parte, Abanto Vásquez dice que “no pueden ser dinero, títulos valores, bienes consumibles como el papel, los alimentos, la mano de obra, los inmuebles, etc.”⁶¹. Otros bienes de índole diferente a la caracterizada no serán susceptibles de peculado de uso, sino más bien de peculado por utilización o en todo caso por apropiación. A continuación se analizan punto por punto los bienes muebles asociados al presente tipo penal:

⁶¹ ABANTO VÁSQUEZ, *Delitos*, 375.

- 1) *Vehículos*: medios físicos para el transporte o desplazamiento de personas u objetos de un lugar a otro. Pueden ser públicos o privados, con motor o sin motor (como una bicicleta), terrestres (como un auto o un camión), aéreos (como un helicóptero), marinos (como barcos) o fluviales (como planchones o cargueiros a vapor aún populares en la selva).
- 2) *Maquinarias*: aparatos mecánicos o eléctricos creados con una finalidad específica, que permiten concentrar fuerzas físicas para simplificar la vida humana. Las máquinas que se denotan en el tipo penal son de dos tipos: de construcción (sierras eléctricas, cortadoras, pulidoras, aplanadoras, entre otras) y de oficina (fotocopiadoras, impresoras y similares).
- 3) *Cualquier otro instrumento*: modo genérico mediante el cual el tipo penal refiere un *numerus apertus* de bienes no contemplados, que no correspondan a ninguna de las anteriores categorías y sean útiles para cualquier tipo de labores.

Fines ajenos al servicio

Los bienes muebles del Estado tienen la finalidad de contribuir a que los funcionarios o servidores públicos cumplan a cabalidad sus funciones para que en conjunto alcancen los fines de la administración pública. En consecuencia, funcionarios y servidores tienen el deber intrínseco de usar apropiadamente dichos bienes.

Cualquier uso ajeno al servicio de la función pública de los bienes en cuestión se considera un delito (por ejemplo, su aprovechamiento para beneficio de familiares, amigos, empresas u otras personas). “Dicho uso en fines ajenos al servicio presupone ya la presencia de beneficio para el sujeto activo o para los terceros que resultan favorecidos.”⁶² Es decir, el simple hecho de que alguien use los bienes de forma distinta ya implica un aprovechamiento indebido de estos. Los funcionarios o servidores públicos que cometen el delito de peculado de uso faltan a la confianza pública depositada en ellos.

⁶² ROJAS VARGAS, *Delitos*, 2011, 540.

Magnitud del perjuicio

El tipo penal no hace referencia a la magnitud patrimonial del perjuicio, que se encuentra implícito pues el uso ilegal de todo bien mueble estatal lo genera, por mínimo que sea. En efecto, el hecho de que el desgaste natural de los objetos no haya sido en función del servicio público produce automáticamente un perjuicio. En ese sentido, Salinas Siccha señala que

no se exige que la afectación al servicio o función encomendada sea 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 verifica⁶³.

Esto crea una cierta incertidumbre jurídica pues sería posible procesar a los funcionarios o servidores públicos por hechos irrelevantes que si acaso se asemejarían a infracciones administrativas.

En Perú el proyecto de ley 4187/2010-PJ propuso modificar dicha norma legal, añadiendo al tipo penal un mínimo exigible: que el perjuicio afectara gravemente el servicio o la función encomendada. El adverbio *gravemente* cambiaba por completo el tipo penal apuntando la norma a casos concretos de un real interés público. La exposición de motivos de dicho proyecto decía:

No se pueden distraer los limitados recursos del sistema, en casos de bagatela o en los que el uso privado del bien no genere una grave afectación del servicio o la función encomendada. Otra vez el derecho administrativo disciplinario es un instrumento primario para hacerse cargo de estos casos.⁶⁴

Como se sabe, el derecho penal es *ultima ratio* y más aún en un sistema con excesiva carga procesal en el Poder Judicial y las fiscalías.

⁶³ SALINAS SICCHA, *Delitos*, 377.

⁶⁴ *Ibid.*

Resulta insólito procesar penalmente delitos de peculado de uso que afecten de forma mínima la administración pública, que además generan costos innecesarios al Estado, debiéndose tratar otros delitos de mayor gravedad. Sin embargo, dicho proyecto de ley no fue aceptado por el Congreso de la República de ese entonces, que argumentó así:

Resulta sintomático que solo las afectaciones graves que se causen al servicio o función encomendadas, con la utilización de automotores, máquinas e instrumental de trabajo, sean objeto de intervención penal. Si bien el control administrativo tiene que jugar sus roles, cuando dichas utilizaciones de bienes públicos impliquen comportamientos dolosos, se entiende que la injerencia punitiva mantiene su ámbito de aplicación.⁶⁵

Los contenidos citados anteriormente fueron muy polémicos y las posiciones en torno al tema dividieron a la comunidad jurídica. Cabe señalar que hubo más intentos de cualificar la fórmula patrimonial.

Causas de atipicidad y justificación

Se entiende por *atipicidad* el fenómeno en el que una acción o conducta examinada no se subsume bajo ningún tipo penal, pese a ser muy semejante a alguno vigente. Para determinarlo se realiza un juicio de tipicidad. Esto es, se verifica si todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal se adecuan al hecho analizado. Para Rojas Vargas⁶⁶ existe atipicidad en casos de delitos de peculado de uso cuando hay error invencible sobre el carácter público de los bienes, es decir, cuando se desconoce completamente y es improbable saber que los bienes son públicos.

Por su parte, las causas de justificación para el tipo penal de peculado de uso son:

- El consentimiento o la autorización del superior jerárquico para el uso de bienes indicados en el tipo.

⁶⁵ *Ibid.*, 378.

⁶⁶ ROJAS VARGAS, *Delitos*, 2011, 544.

- El estado de necesidad pública o de urgencia de salvaguarda de bienes jurídicos valiosos (vida, salud, entre otros).

Grados de desarrollo del delito

Se debe señalar que el peculado de uso es un delito de resultado lesivo, es decir, requiere un resultado y no un mero peligro. El hecho de que el sujeto activo use bienes del Estado o permita que otro los use para finalidades distintas a las establecidas ya genera un resultado lesivo. Ahora bien, se admite la posibilidad de una tentativa, amparada en el artículo 16 del Código Penal peruano. Por ejemplo, la Fiscalía o la Policía podrían detener a un funcionario en el justo instante en que se dispusiera a subir a un vehículo del Estado para llevar a sus hijos a la universidad. No obstante, el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal peruano justamente contiene una cláusula de exoneración típica para algunos casos de ese tipo: “No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo”. Este punto siempre estuvo presente en el tipo penal desde 1991. El legislador se está refiriendo aquí solamente a la exclusión en relación con el cargo específico de ciertos funcionarios: presidentes de las cortes superiores, presidentes de las juntas de fiscales, entre otros, que por razón de su cargo tienen asignado un vehículo del Estado las 24 horas del día.

Esta exoneración típica se refiere exclusivamente a vehículos motorizados y no a instrumentos de trabajo o máquinas. La cláusula en cuestión debe interpretarse de forma restringida pues solo un cierto número de funcionarios tiene ese privilegio y solo por motivo de ley previamente impuesta. En efecto, el artículo 10 del Código Penal, sobre el principio de igualdad, precisa: “Las prerrogativas que por razón de la función o cargo se reconocen a ciertas personas habrán de estar taxativamente previstas en las leyes o tratados internacionales”.

Conclusiones comparativas trascendentes

- 1) Las dos legislaciones asumen el uso o el permiso de uso como conductas características del presente tipo penal.
- 2) La legislación colombiana enmarca a los objetos del delito en el uso de bienes en general. Es decir, cualquier bien puede caer dentro de este tipo penal, razón por la cual el peculado por apropiación en Colombia no cuenta como un extremo del peculado doloso, como ocurre en la legislación peruana. En esta última el peculado de uso solamente se refiere a ciertos bienes (vehículos, maquinaria o herramientas).
- 3) Se debe tener en cuenta la distinción entre el peculado por utilización y el peculado de uso en la legislación peruana, derivada de la diferencia entre los bienes materia del delito.

MALVERSACIÓN DE FONDOS

Para entender este tipo penal se debe considerar que es una modalidad de peculado, pero de menor gravedad que el peculado doloso propiamente dicho. En efecto, el artículo 389 del Código Penal peruano vigente textualmente dice:

El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los [sic] 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.

Si uno es minucioso al comparar el tipo penal de peculado con el de malversación de fondos, la diferencia es clara. Pese a que en muchas legislaciones el peculado doloso es llamado *malversación de fondos*, en la legislación peruana son delitos distintos. Mientras en el peculado los caudales o efectos son apartados del Estado con fines de apropiación o utilización, en la malversación de fondos, en primer lugar, no se usa la acepción *caudales o efectos*, sino las palabras *dinero o bienes*, y en segundo lugar, el dinero o los bienes permanecen bajo administración pública pues se trata de un desvío de fondos, no de una sustracción de estos, con lo que no habría perjuicio patrimonial. La confusión entre un delito y el otro es solucionada por la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, que ofrece a los Estados parte recomendaciones sobre las medidas legislativas necesarias para tipificarlos.

Como antecedente, el Código Penal peruano de 1924 en su artículo 348 dice:

El funcionario o empleado público que teniendo a su cargo caudales, efectos o bienes del Estado les diera una aplicación pública distinta de la señalada por las leyes, será reprimido con inhabilitación, conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27, por tiempo no mayor de un año y multa de la renta de tres a treinta días, o con una de estas penas.

Cabe mencionar que esta norma se aparta de muchas legislaciones que prefieren referirse a dinero o bienes, no a caudales y efectos.

En la doctrina nacional e internacional hay una discusión abierta sobre este delito pues algunos consideran que la malversación de fondos es un ilícito perteneciente al derecho administrativo sancionador, dado su escaso nivel de lesividad. Así lo expresa, por ejemplo, Abanto Vásquez, quien propone la descriminalización de esta figura delictiva.

Etimológicamente *malversar* proviene de los términos latinos *male* y *versare*, que en conjunto significan “invertir mal”. La malversación de fondos es, pues, la mala inversión del dinero o los bienes del Estado, en el sentido de destinarlos a un fin específico distinto al presupuestado por deficiente administración o malos manejos de los funcionarios que

los tienen a su cargo. Cabe mencionar que no es lo mismo el dinero para construir un hospital o una comisaría, que el dinero para encargar un arreglo floral o arreglar las calzadas de la ciudad. El cambio de uso no solo afecta el patrimonio, sino la planificación estatal.

La mayor parte de tipos penales asociados a la corrupción de funcionarios ha sido materia de modificación exhaustiva por el Legislativo peruano en diferentes ocasiones. La Ley 27 151 del 7 de julio de 1999, por ejemplo, modifica el artículo 389 del Código Penal en el siguiente sentido:

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.

Este artículo fue modificado nuevamente para alcanzar su forma actual en la Ley 30 111 del 26 de noviembre del 2013 (tabla 7).

Tabla 7. El tipo penal *malversación de fondos* en las legislaciones peruana y colombiana

C. P. peruano	C. P. colombiano
El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los [sic] que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años, y ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. La pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza	El servidor público que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en este, en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses, multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios

C. P. peruano	C. P. colombiano
perpetua, y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos: 1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella. 2. La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las diez unidades impositivas tributarias. 3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.	mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Fuente: elaboración propia con base en los códigos penales peruano (art. 399) y colombiano (art. 399).

Bien jurídico protegido

Las fuentes históricas desde un comienzo señalaron que el patrimonio del Estado era el bien jurídico protegido por el tipo penal en cuestión. Como relata Sabrina Namer, “la base era el *peculatus*, caracterizado en su época más lejana como el hurto de determinados bienes de especial relevancia entre los públicos”⁶⁷. No obstante, esa visión fue cambiando con el tiempo hacia concepciones más modernas, asociadas con la aparición del ciudadano como destinatario de la actividad estatal o al concepto de *legalidad presupuestal*.

⁶⁷ SABRINA NAMER, *Peculado y malversación de fondos públicos* (Buenos Aires: Hammurabi, 2019), 41.

La malversación de fondos, como la mayor parte de delitos, cuenta con un bien jurídico protegido general y un bien jurídico protegido específico. El general o genérico es el normal desenvolvimiento de la administración pública y la buena imagen institucional; el específico, como lo señala Rojas Vargas, es “la necesidad de cautelar el principio de legalidad presupuestal como criterio rector de las asignaciones y disposiciones de los dineros y bienes públicos”⁶⁸.

Debe considerarse que el principio de legalidad presupuestal o presupuestaria, nomenclatura que cambia entre un país hispanohablante y otro, nace y es reconocido en el derecho peruano con base en el artículo 77 de la Constitución Política, que dice textualmente:

La administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso. La estructura del presupuesto del sector público contiene dos secciones: gobierno central e instancias descentralizadas. El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización. Corresponden [sic] a las respectivas circunscripciones, conforme a ley, recibir una participación adecuada del total de los ingresos y rentas obtenidos por el Estado en la explotación de los recursos naturales en cada zona en calidad de canon.

Es decir, existe un fondo anual de dinero del Estado con un plan para cada acción que se realizará por el bien de la comunidad. De esta manera se defiende la correcta utilización de los dineros públicos.

Precisando, “el principio común de legalidad y el del gasto o presupuesto en particular, deben entenderse en sus justos términos; es decir, dentro del sistema o contexto al efecto consagrado por la Constitución”⁶⁹. En efecto, como ya se mencionó, este principio tiene su fuente en la Constitución Política y los dineros que preserva se viabilizan mediante las leyes anuales de presupuesto. Debe comprenderse,

⁶⁸ ROJAS VARGAS, *Manual operativo*, 265.

⁶⁹ JOSÉ LUIS CEA EGAÑA, “Sobre el principio de legalidad presupuestaria”, *Revista Chilena de Derecho*, n.º 3 (1992): 429.

pues, como una máxima legal directamente derivada de la Constitución para el uso de los dineros del Estado.

Tipicidad objetiva

Administración de dinero o bienes

Lo primero que se nota son las palabras *dinero* y *bienes* en el tipo penal, en contraste con las modalidades de peculado, que se refieren a *caudales* y *efectos*. En cuanto a *dinero*, su referencia es clara; el problema, como dice Salinas Siccha⁷⁰, es la interpretación de la palabra *bienes* pues los hay de dos tipos: los que tienen precio y los que no. El autor mencionado prefiere configurar el tipo penal a partir de los bienes que tiene un valor económico (muebles e inmuebles), por mínimo que sea este.

Sobre la relación entre el tipo objetivo y los dineros o bienes públicos cabe resaltar el vínculo funcional pues la primera premisa es que los únicos que pueden malversarlos son los funcionarios o servidores públicos que los tienen bajo su cargo. Ahora bien, “dicha vinculación es de carácter legal no exclusivamente en función al cargo, puede ser también por delegación de funciones o por mandato de autoridad competente”⁷¹, lo que amplía el rango de la vinculación funcional en los comportamientos típicos. Así pues, en la tipicidad objetiva de la malversación es un requisito *sine qua non* que el bien público objeto del delito esté en posesión directa o indirecta del funcionario o servidor público en virtud de los deberes o atribuciones del cargo que desempeña, sea por ley o por mandato de su autoridad inmediata o mediata.

En cuanto a la doctrina nacional peruana, ya estableció que no serán autores de malversación los funcionarios o servidores públicos que solo cumplen la función de recibir o custodiar los bienes del Estado, toda vez que ellos no cuenta con la autorización para disponer de los bienes, así

⁷⁰ SALINAS SICCHA, *Delitos*, 390.

⁷¹ ROJAS VARGAS, *Delitos*, 2011, 551.

en realidad lo hagan, pues simplemente están encargados de cuidarlos, custodiarlos o recepcionarlos.

Así pues, solo malversa el que tiene la facultad de administrar los dineros o bienes públicos y que aprovechándose de esa relación funcional les otorga un destino diferente al preestablecido por ley de presupuestos o por emanación del canon o sobrecanon.

Aplicación definitiva diferente

El artículo 399 del Código Penal peruano tipifica objetivamente la malversación de fondos mencionando como elemento central la *aplicación definitiva o diferente*. La palabra *definitiva* refiere a algo decisorio, resuelto o concluyente: el dinero o los bienes no deben salir del ámbito de la función pública. Lo definitivo implica la irrecuperabilidad del dinero o los bienes estatales, la imposibilidad de su reintegro al destino inicialmente asignado.

Por otra parte, con respecto a la aplicación *diferente* del dinero o los bienes por parte del funcionario o servidor público —es decir, la mala inversión o el mal destino de los fondos públicos— la jurisprudencia de la Corte Suprema señaló que, aun existiendo irregularidades en su manejo, no se aprueba una asignación distinta a la fijada: “El ámbito de aplicación diferente puede incluir tanto malversaciones producidas al interior de la repartición o unidad administrativa, como las producidas fuera de la repartición con la condición [de] que siga dentro de la esfera pública”⁷². Dicho de otro modo, el tipo penal supone como requisito que la aplicación diferente siga estando dentro de la esfera de la administración pública, pues si no fuera así se configuraría alguna modalidad de peculado.

Ahora bien, hay diferentes formas o modalidades de la malversación de fondos. Los distintos casos concretos pueden sintetizarse en cuatro comportamientos, según Molina Arrubla⁷³:

⁷² *Ibid.*, 552.

⁷³ CARLOS MARIO MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la administración pública* (Bogotá: Diké, 1995), 131.

- 1) Dar aplicación diferente de aquella destinada.
- 2) Comprometer sumas superiores a las fijadas.
- 3) Invertir en forma no prevista.
- 4) Utilizar los fondos en forma no prevista.

Pueden existir otras formas de realizar el delito de malversación de fondos, pero estas cuatro son las más comunes en América Latina.

Por último, Rojas Vargas dice:

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 albedrío, pues se entiende que se ha dejado a criterio del funcionario su aplicación siempre para fines públicos.⁷⁴

Hechos como el descrito son atípicos pues es claro que el tipo objetivo exige un destino diferente al fijado previamente.

Consumación y tentativa

La malversación de fondos es un delito de resultado y no de peligro, es decir, es susceptible a la tentativa. El delito se consuma cuando se verifica el empleo definitivo y diferente del dinero o los bienes administrados. “No es suficiente la orden, el giro de cheques o la provisión de bienes, mientras estos no se ejecuten o apliquen materialmente”⁷⁵, debe existir siempre el destino definitivo como elemento objetivo.

Agravante

El segundo párrafo del artículo 399 del Código Penal peruano regula la agravante del tipo penal en cuestión así:

⁷⁴ SALINAS SICCHA, *Delitos*, 395.

⁷⁵ ROJAS VARGAS, *Delitos*, 2011, 556.

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.

La agravante mencionada radica no en el valor patrimonial del bien, sino en el resultado del delito, por no tratarse de dinero o bienes cualesquiera, sino de aquellos que pertenecen a programas de apoyo social o asistencia.

La comisión de este delito, como lo especifica el tipo base, presupone el dolo: el sujeto activo tiene pleno conocimiento del delito y de cada uno de los elementos objetivos del tipo penal.

Conclusiones comparativas trascendentes

- 1) En la legislación peruana la conducta recae en dar una aplicación *definitiva* diferente a dinero o bienes públicos, mientras que en la colombiana, en dar una aplicación *oficial* diferente. El fundamento normativo es igual: malversar bienes del Estado es cambiar su destinación ya establecida por otra distinta.
- 2) Las dos legislaciones requieren la existencia de un vínculo funcional entre los bienes y la conducta.
- 3) La legislación peruana nuevamente asume diversas formas de agravantes para el tipo penal: por la calidad del agente, por el tipo de bien o por el contexto en el que se realiza.

RETARDO INJUSTIFICADO DE PAGOS

Este tipo penal, llamado también *demora injustificada de pago*, solamente se encuentra amparado en el artículo 390 del Código Penal actual. No tiene antecedentes legales ni en el sistema penal, ni en el Código Penal de 1924 ni mucho menos en el de 1863. Se define textualmente

así: “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”. Cabe mencionar que este tipo penal, a diferencia de los otros delitos contra la administración pública, no ha sufrido modificación alguna desde que entró en vigencia en 1991.

Se trata de un delito muy discutido entre la comunidad jurídica pues una gran parte del derecho comparado no contempla el tipo penal correspondiente, y cuando lo hace, sus penas son mínimas, como en el caso peruano. Uno de los países en los que está tipificado es Argentina, que de hecho es una fuente directa de su presencia en el sistema penal de Perú.

El artículo 264 del Código Penal argentino de 1984 dice en su primer párrafo: “Será reprimido con inhabilitación especial por uno a seis meses el funcionario público que, teniendo fondos expeditos, demorare injustificadamente un pago ordinario o decretado por autoridad competente”. Como se puede observar, la redacción del texto argentino es muy semejante a la del peruano, siendo este una “fotografía” de aquel, solo que el tipo penal argentino presenta un segundo párrafo con especificaciones no amparadas en la legislación peruana.

Bien jurídico protegido

Como gran parte de los delitos que se han mencionado, el tipo penal en cuestión tiene una doble tarea. Por un lado, protege un bien jurídico general: el correcto funcionamiento de la administración pública en beneficio de los ciudadanos. Por otro, protege un bien jurídico específico que Rojas Vargas describe como

la correcta administración pública en el ejercicio de las funciones, garantizando el principio de la no lesividad a los deberes especiales inherentes al cargo o al estatus funcional, evitando el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público⁷⁶.

⁷⁶ REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos*, 568.

Por otra parte, Villada nos dice que “se trata de asegurar una fluidez absoluta en la circulación de los bienes públicos”⁷⁷. Así, el delito de retardo injustificado de pago es un claro ejemplo de la infracción de deber, de modo que el tipo penal busca asegurar el correcto destino de los bienes públicos. Además, también se estaría defendiendo la buena imagen institucional, al penalizarse la demora arbitraria de un pago en concreto.

Tipicidad objetiva

Demora injustificada

Demorar es el verbo central de este tipo penal. Hace alusión a la omisión de un mandato legal o de autoridad superior. Se debe entender por ello que la administración pública tiene plazos preestablecidos para el pago de sus obligaciones, pudiéndose observar una “ley penal en blanco” pues dichos plazos se encontrarán en las normatividades generales o de cada institución, según sea el caso. Dicho de otro modo, el pago está sometido a un plazo establecido cuya inobservancia u omisión podría desencadenar una conducta típica.

Cabe mencionar que si dicha demora se da por un cambio ilegal en el destino de los fondos o por la apropiación ilegal de caudales o efectos, ya no aplicaría el tipo penal de retardo injustificado de pagos, sino más bien, según el caso, el de malversación de fondos o el de peculado por apropiación.

Ahora bien, al hablar de demora *injustificada* se hace una clara alusión al artículo 20 de la parte general del Código Penal peruano, que contiene las causales de justificación penal, pues para que el tipo penal se realice no debe existir justificación válida alguna.

⁷⁷ JORGE LUIS VILLADA, *Delitos contra la función pública* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999), 448.

Fondos expeditos

Los caudales deben estar disponibles de forma inmediata para el pago que se requiera. Si no existen dichos fondos, o si en todo caso existen pero están destinados a otros pagos o rubros, claramente no habrá tipicidad en el hecho por no poderse consolidar el tipo objetivo de fondos expeditos.

Pagos ordinarios o decretados por la autoridad competente

Un tercer elemento es el carácter de *pago ordinario*. Este es el tipo de pago que se realiza normalmente en la administración pública, por meras actividades comunes en una institución. Un ejemplo sería la demora injustificada de los haberes mensuales de algún trabajador u otra obligación periódica que se pague comúnmente.

Por otro lado, están los pagos decretados, que se entienden como los emitidos por resolución especial de la autoridad en específicas relaciones jurídicas. Es decir, pagos por obligaciones judiciales a proveedores. Para que se pueda configurar este elemento se requiere una resolución administrativa o jurisdiccional.

Consumación y tentativa

El delito de retardo injustificado de pago es permanente y solo cesa con el pago correspondiente. No admite por ello la tentativa. La consumación se da al sobrepasar los límites de los plazos establecidos para el pago.

REHUSAMIENTO DE ENTREGA DE BIENES

Al igual que el tipo penal anterior, el delito de rehusamiento de entrega de bienes no cuenta con antecedentes en la legislación peruana, ni en el Código Penal de 1924 ni en el de 1863. Solo se encuentra amparado en el Código Penal vigente, en su artículo 391, que dice textualmente:

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.

Además, este tipo penal, a diferencia de otros delitos contra la administración pública, no ha sufrido modificación alguna desde que entró en vigencia en 1991.

Como el anterior tipo penal, ha sido muy discutido y otro de los países que lo contempla es Argentina, que también fue una fuente directa para su aplicación en Perú. El artículo 264 del Código Penal argentino de 1984 en su segundo párrafo dice: “En la misma pena incurrirá el funcionario público [sic] que, requerido por la autoridad competente, rehusare entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración”, formulación muy semejante a la del tipo penal peruano.

Uno de los debates al respecto es la ubicación de este delito en el Código Penal pues actualmente se encuentra como una forma de peculado. No obstante, autores como Soler señalan que “posee mayores acercamientos con una forma de desobediencia a la autoridad pública”⁷⁸.

Bien jurídico protegido

Como gran parte de los delitos que se han mencionado, el tipo penal en cuestión cumple una doble tarea. Por un lado, protege el bien jurídico general del correcto funcionamiento de la administración pública en beneficio de los ciudadanos; por otro, protege el bien jurídico específico de “evitar las distracciones arbitrarias del patrimonio público afirmando el principio de autoridad”⁷⁹, que se quebranta cuando un funcionario se rehúsa ilegítimamente a entregar efectos, dinero u otros bienes bajo su custodia.

⁷⁸ REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos*, 582.

⁷⁹ ROJAS VARGAS, *Delitos*, 2011, 572.

Tipicidad objetiva

Rehúsa a entregar

El verbo rector de este delito, como lo dice textualmente el artículo 391 del Código Penal, es *rehusar*: negarse a entregar manifiesta o tácitamente un objeto del que se dispone. Es necesario citar la jurisprudencia vinculante sobre la naturaleza típica del tipo penal que nos ocupa:

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 la autoridad competente.

Por tanto, en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad no hay en el agente un *animus 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.⁸⁰

Es decir, la conducta es netamente dolosa al no entregar los bienes que custodia la administración pública, pero no existe el ánimo de quedarse con la cosa, toda vez que ello se configuraría como peculado por apropiación.

Objeto del delito

Los objetos materia del delito se encuentran de forma expresa en el tipo penal: dinero, efectos o cosas. Se entiende por *dinero* todo medio físico de intercambio de valor económico o activo aceptado como medio de pago (monedas o billetes). Por otra parte, los *efectos* son todo tipo de documentos de crédito negociables (títulos valores, sellos, estampillas, bonos, si bien estos conceptos ya los conocíamos). Por último, el tipo penal también señala la palabra *cosas*, que corresponde en derecho a todo objeto en una relación jurídica. En el tipo penal en cuestión indica

⁸⁰ CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante, selección de ejecutorias de la Corte Suprema* (Lima: Palestra, 2006), 109.

bienes muebles o inmuebles con valor patrimonial pertenecientes a la administración pública⁸¹.

Relación funcional

Un elemento de la tipicidad objetiva en muchos de los delitos contra la administración pública, por ser delitos especiales, es la relación funcional que debe existir entre el agente (funcionario o servidor público) y el objeto materia del delito (en el presente tipo penal, dinero, efectos o cosas). Se trata de una exigencia *sine qua non* que refiere a una posesión del agente en virtud de los deberes o atribuciones propios de su cargo dentro de la administración pública. Si no existe forma legal de que el agente disponga del dinero, los efectos o las cosas requeridos por la autoridad competente, es imposible la configuración del tipo penal.

La posesión ya mencionada se refiere a tres puntos exclusivos. El primero es el depósito, acto jurídico por el cual se entregan cosas, dinero o efectos a una persona natural o jurídica, de forma temporal, con una obligación de retorno. El segundo es la custodia, que se refiere a la vigilancia y cuidado del dinero, las cosas o los efectos depositados. El tercero es la administración, que se refiere básicamente al funcionario o servidor público vinculado a tales bienes en calidad de responsable administrativo, civil y penal.

Requerimiento

El tipo penal exige textualmente un requerimiento, es decir, una orden o mandato para el cumplimiento de una obligación, proveniente de una autoridad competente que tenga el cargo, la función o la jerarquía para expedirlo. Si no se cumplen estas condiciones de forma expresa, el hecho resultaría atípico.

⁸¹ Se trata de un concepto restringido de la palabra. Un concepto amplio abarca todo objeto que ocupe un espacio físico, tenga o no valor patrimonial.

Consumación y tentativa

Este tipo penal es un delito de comisión por omisión, el cual se perfecciona cuando el agente hace caso omiso al requerimiento realizado por la autoridad competente. Basta simplemente la negativa, expresa o tácita, al requerimiento de devolución del bien. Cabe mencionar que en este delito no existe la posibilidad de la tentativa.

COHECHO

Etimológicamente la palabra *cohecho* proviene del vocablo *confectare*, que significa “arreglo”. La población no iniciada en los estudios del derecho conoce este tipo penal como *soborno*, que proviene del latín *subornare*, “corromper o quebrantar la voluntad”. Bajo esas definiciones tiene sentido pensar que el cohecho es la forma más evidente de corrupción y la que más conoce la población.

El delito de cohecho en su concepción más amplia es tan antiguo como el peculado. Ortiz Rodríguez nos dice: “El cohecho al igual que la concusión deriva del crimen *repetundarum*, que en Roma se refería a la acción de obtener la repetición de pagar o sencillamente de lo percibido por ciertos funcionarios que debían desempeñar sus funciones gratuitamente”⁸². Es decir, en sus inicios consistía en el cobro de la función pública a fin de realizar un acto propio del cargo.

Históricamente el cohecho se puede entender como la acción de corrupción por excelencia. Bernal Pinzón señala que “es la lesión más grave al prestigio, al normal desarrollo de la administración pública”⁸³. Si bien en muchas ocasiones no afecta de manera directa el patrimonio del Estado, es la acción más vergonzosa de prostitución de la función pública pues la venalidad de su perpetrador somete a indignidad la función que ejerce.

Tanto la legislación peruana como la colombiana tienen dos tipos penales principales para abordar el cohecho: el propio y el impropio

⁸² ALFONSO ORTIZ RODRÍGUEZ, *Manual de derecho penal, parte especial* (Medellín: Universidad de Medellín, 1985), 93.

⁸³ BERNAL PINZÓN, *Delitos*, 99.

(tablas 8 y 9). De esta tipología se desprenden otras conductas, pero por lo pronto cabe señalar que hay amplias diferencias en las calidades del cohechante pasivo y el cohechante activo, como se conocen en Perú los respectivos sujetos procesales.

Cohecho pasivo propio

Tabla 8. El tipo penal *cohecho pasivo propio* en las legislaciones peruana y colombiana

C. P. peruano	C. P. colombiano
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 servidor público que reciba para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

C. P. peruano	C. P. colombiano
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.	

Fuente: elaboración propia con base en los códigos penales peruano (art. 393) y colombiano (art. 405).

En el artículo 393 del Código Penal peruano se observan tres supuestos generales muy diferenciados entre sí y cuatro verbos rectores. Por otro lado, el Código Penal colombiano simplifica el tipo penal con dos verbos rectores principales. Se trata de los verbos *aceptar* y *recibir*, que también aparecen en el primer párrafo de la normativa peruana.

El verbo *aceptar* debe comprenderse como admitir algo, tolerar alguna acción, consentir de forma expresa o tácita algo. Así pues, en los dos códigos el delito en este sentido se configura cuando el funcionario o servidor público admite, tolera o consiente cualquier ventaja o beneficio impropio, entendido como dinero, utilidad o promesa remuneratoria por ejercer sus funciones. El delito se configurará independientemente de que lo ofrecido se haga realidad pues el solo hecho de aceptar por parte del sujeto perfecciona el delito. Es decir, se trata de un delito de actividad pues solo bastaría demostrar la aceptación por parte del funcionario o servidor público, la cual tendrá como fin violar sus obligaciones, transgredir sus deberes funcionales, retardar u omitir actos propios de su cargo.

El verbo *recibir*, por su parte, se puede entender como percibir, tomar o acoger algo para sí. Es decir, el delito se materializa cuando el sujeto recibe donativo, ventaja o dinero con el fin de violar sus obligaciones, transgredir sus deberes funcionales, retardar u omitir actos propios de

su cargo. No es necesario acreditar que el agente utilizó o se benefició con el donativo, ventaja o dinero pues el delito se configura independientemente de lo que suceda luego de la recepción o desembolso de la dádiva. Al igual que en el caso del verbo *aceptar*, se trata de un delito de mera actividad. Es más, la jurisprudencia colombiana ha hecho énfasis en que no es necesario obtener beneficios pues basta la mera aceptación para lesionar el bien jurídico⁸⁴.

Por otra parte, en el segundo párrafo del artículo 393 del Código Penal peruano aparece el verbo *solicitar*, que se entiende como la acción de pedir o requerir algo de forma directa —el mismo agente— o indirecta —a través de terceros—. El delito se materializa simplemente por hacer la solicitud y se configura aunque el agente no reciba lo solicitado u obtenga menos de lo esperado, o incluso aunque reciba lo solicitado pero no realice lo acordado. En todo caso, es un acierto la existencia de este verbo rector pues, más que aceptar o recibir, es mediante el acto de solicitar una dádiva que el funcionario o servidor público quebranta sus deberes.

El tercer párrafo resulta más gravoso aún que los anteriores pues supone que el funcionario o servidor público condiciona su acción y promete al usuario que la entrega de un donativo o beneficio le permitirá obtener beneficios de acciones correspondientes al tipo penal en cuestión. Paradójicamente, eso significa que el sujeto realizará actos funcionales que perjudican o afectan al usuario, en la medida en que lesionan la función pública.

Objetos corruptores

Como se ha podido observar, en la conducta del agente siempre está presente algún medio o mecanismo de interés. El código penal peruano lo denomina *donativo, promesa, ventaja o beneficio*; el colombiano, *dinero, utilidad o promesa*.

El donativo se entiende como dádiva, obsequio o regalo y su naturaleza es material, corpórea o física (lógicamente, aquí se incluye el

⁸⁴ CSJ, Cas. Penal, Sent. Abr. 6/2005. Rad. 13 155. M. P. Herman Galán Castellanos.

dinero). En la legislación colombiana se puede equiparar con el dinero o cualquier otra utilidad que suponga un beneficio económico.

Por su parte, en la legislación peruana la promesa es abierta, mientras que en la colombiana es remunerativa. Una promesa es una ventaja a futuro, sea a corto o mediano plazo, bajo los lineamientos del derecho civil. Es decir, debe ser material y jurídicamente posible. Una diferencia muy notoria entre las dos legislaciones es que en la peruana no necesariamente la promesa debe ser remunerativa —esto es, el beneficio no tiene que ser económico—. Se trata de una interpretación muy amplia de la promesa y sus posibilidades, mucho menos restringida que la colombiana, que exige el agregado patrimonial.

Por último, la legislación peruana dispone del *numerus apertus* de *cualquier otra ventaja o beneficio*, que no es más que un objeto subsidiario o complementario para evitar impunidades. Se cubre así todo lo susceptible de ofrecer algún tipo de beneficio de cualquier índole al sujeto.

Conductas punibles en la legislación peruana

Dicha legislación cuenta con ocho conductas punibles dentro del delito de cohecho pasivo propio, a saber:

- 1) Aceptar o recibir donativo, promesa o cualquier tipo de ventaja o beneficio para realizar un acto violatorio de una obligación.
- 2) Aceptar o recibir donativo, promesa o cualquier tipo de ventaja o beneficio para omitir una obligación.
- 3) Recibir donativo, promesa o cualquier tipo de ventaja o beneficio como consecuencia de haber faltado a una obligación.
- 4) Solicitar, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier tipo de ventaja o beneficio para realizar un acto violatorio de una obligación.
- 5) Solicitar, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier tipo de ventaja o beneficio para omitir una obligación.
- 6) Solicitar, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier tipo de ventaja o beneficio como consecuencia de faltar a una obligación.

- 7) Condicionar la conducta derivada del cargo a la entrega de donativos o ventajas.
- 8) Condicionar la conducta derivada del cargo a la promesa de donativos o ventajas.

Conductas punibles en la legislación colombiana

- 1) Recibir, para sí o para otro, dinero u otra utilidad por retardar un acto propio del cargo.
- 2) Recibir, para sí o para otro, dinero u otra utilidad por omitir un acto propio del cargo.
- 3) Aceptar una promesa remuneratoria, directa o indirectamente, por retardar un acto propio del cargo.
- 4) Aceptar una promesa remuneratoria, directa o indirectamente, por omitir un acto propio del cargo.
- 5) Recibir, para sí o para otro, dinero u otra utilidad por ejecutar un acto contrario a los deberes oficiales.
- 6) Aceptar promesa remuneratoria, directa o indirectamente, por ejecutar un acto contrario a los deberes oficiales.

Cohecho impropio

Tabla 9. El tipo penal *cohecho impropio* en las legislaciones peruana y colombiana

C. P. peruano	C. P. colombiano
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	El servidor público que acepte para sí o para otro, dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento veintiséis (126) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales

C. P. peruano	C. P. colombiano
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.	vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses. El servidor público que reciba dinero u otra utilidad de persona que tenga interés en asunto sometido a su conocimiento, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses, multa de cuarenta (40) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses.

Fuente: elaboración propia con base en los códigos penales peruano (art. 394) y colombiano (art. 406).

Suele haber confusiones en torno al cohecho propio y el impropio. Se debe tener muy en cuenta que en el cohecho impropio el funcionario o servidor público acepta o recibe dinero o promesas por un acto que debe ejecutar en desempeño de sus funciones. “No se espera nada torcido por parte del servidor, los funcionarios cumplen sus funciones a cabalidad conforme a la Constitución y la Ley.”⁸⁵

Es decir, para el presente tipo penal no se exige que el sujeto activo cumpla con realizar el acto en función de su interés y no es necesario que afecte de alguna forma sus obligaciones para con el Estado, pero es de vital importancia la existencia de vinculación funcional entre los actos en cuestión y el objeto corruptor.

⁸⁵ URIBE GARCÍA, *Delitos*, 318.

Bien jurídico protegido

Como ya se ha dicho en los anteriores tipos penales, el bien jurídico genérico es el correcto y normal funcionamiento de la administración pública, pero además en este caso es posible observar dos bienes jurídicos específicos trascendentes. El primero es la tutela de los deberes del cargo, entendida como la fidelidad o respeto de la función pública; el segundo es el principio de imparcialidad en el desenvolvimiento de las funciones. El fin es que las decisiones del sujeto activo estén enmarcadas en un ambiente sin interferencias externas que modifiquen su actuar público.

Objetos corruptores

Al igual que en el cohecho propio, en la conducta del agente del impropio siempre está presente algún medio o mecanismo de interés. En el Código Penal peruano se denomina *donativo, promesa, ventaja o beneficio*; en el colombiano, *dinero, utilidad o promesa*.

El donativo se entiende como dádiva, obsequio o regalo y su naturaleza es material, corpórea o física (lógicamente, aquí se incluye el dinero). En la legislación colombiana se puede equiparar con el dinero o cualquier otra utilidad que suponga un beneficio económico.

Por su parte, en la legislación peruana la promesa es abierta, mientras que en la colombiana es remunerativa. Una promesa es una ventaja a futuro, sea a corto o mediano plazo, bajo los lineamientos del derecho civil. Es decir, debe ser material y jurídicamente posible. Una diferencia muy notoria entre las dos legislaciones es que en la peruana no necesariamente la promesa debe ser remunerativa —esto es, el beneficio no tiene que ser económico—. Se trata de una interpretación muy amplia de la promesa y sus posibilidades, mucho menos restringida que la colombiana, que exige el agregado patrimonial.

Por último, la legislación peruana dispone del *numerus apertus* de *cualquier otra ventaja o beneficio*, que no es más que un objeto subsidiario o complementario para evitar impunidades. Se cubre así todo lo susceptible de ofrecer algún tipo de beneficio de cualquier índole al sujeto.

Conductas punibles en la legislación peruana

Dicha legislación cuenta con seis conductas punibles dentro del delito de cohecho pasivo impropio, a saber:

- 1) Aceptar donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido por realizar un acto propio del cargo o empleo sin faltas a sus obligaciones.
- 2) Aceptar donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido como consecuencia de haber realizado ya las obligaciones propias del cargo.
- 3) Recibir donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido por realizar un acto propio del cargo o empleo sin faltas a sus obligaciones.
- 4) Recibir donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido como consecuencia de haber realizado ya las obligaciones propias del cargo.
- 5) Solicitar de forma directa o indirecta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido por realizar un acto propio del cargo o empleo sin faltas a sus obligaciones.
- 6) Solicitar de forma directa o indirecta, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido como consecuencia de haber realizado ya las obligaciones propias del cargo.

Conductas punibles en la legislación colombiana

- a) Aceptar, para sí o para otro, dinero u otra utilidad por un acto que deba ejecutarse en el desempeño de las funciones propias del cargo.
- b) Aceptar, para sí o para otro, una promesa remuneratoria directa o indirecta por un acto que deba ejecutarse en el desempeño de las funciones propias del cargo.
- c) Recibir dinero u otra utilidad de una persona que tenga interés en cualquier asunto sometido al conocimiento propio del cargo.

Cohecho activo

Tabla 10. El tipo penal *cohecho activo* en las legislaciones peruana y colombiana

C. P. peruano	C. P. colombiano
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.	El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público, en los casos previstos en los dos artículos anteriores, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses, multa de sesenta y seis puntos sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

Fuente: elaboración propia con base en los códigos penales peruano (art. 397) y colombiano (art. 407).

Por el carácter bilateral del cohecho, tanto en Perú⁸⁶ como en Colombia⁸⁷ cuando es cometido involucra a un funcionario o servidor público y simultáneamente a un particular. Este último es el sujeto asociado a los verbos rectores *dar* u *ofrecer* en las dos legislaciones y *prometer* en la peruana.

El legislador, tanto en Perú como en Colombia, ha tipificado el cohecho activo tanto propio como impropio en el mismo tipo penal, en sus modalidades de comisión y omisión.

⁸⁶ CSJL Lima, Penal, ene. 05/2012, Exp. 17-07, M. P. Marco Antonio Lizarraga Rebaza.

⁸⁷ CSJ, CAS, Penal, Sen. 26/2003, Exp. 17674, M. P. Mauro Solarte Portilla.

Es importante tener en cuenta que el delito de soborno activo o cohecho activo se materializa con el hecho de ofrecer o dar, en la legislación peruana y colombiana, o el de prometer en la peruana, en relación con cualquiera de los objetos corruptores señalados. El objetivo principal del agente con su accionar es favorecerse del cumplimiento de sus deberes como funcionario o servidor público. Este favorecimiento puede analizarse desde muchas perspectivas.

Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es la función pública contra actos realizados por externos que intentan corromper a los funcionarios y servidores públicos. Es decir, garantizar el respeto de la ciudadanía al desarrollo funcional de la administración del Estado

Cohecho pasivo específico

El tipo penal de cohecho pasivo específico se presenta en el artículo 395 del Código Penal peruano, en la sección IV, “Corrupción de funcionarios”, de los delitos contra la administración pública:

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.

La diferencia más clara con los otros tipos de cohecho es la delimitación del autor: en este caso son exclusivamente jueces, árbitros, fiscales, peritos y miembros de tribunales administrativos o cualquier otro funcionario análogo que tome cierto tipo de decisiones o influya

directamente en un proceso judicial o administrativo. Existe además una forma agravada igual que en los anteriores tipos penales, cuyo verbo rector es *solicitar*:

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 peruano y con trescientos sesenta y cinco a setecientos días-multa.

Bien jurídico protegido

Rojas Vargas señala que el bien jurídico que tutela específicamente el presente tipo penal es “preservar la regularidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccional y administrativo, así como los criterios de objetividad que rigen igualmente en dichos ámbitos de ejercicio público”⁸⁸.

Sujeto activo

Como se ha venido señalando, en los delitos contra la administración pública los sujetos activos son los funcionarios o servidores públicos.

No obstante, el presente tipo penal se refiere exclusivamente a magistrados, árbitros, fiscales, peritos, miembros de tribunales administrativos u otros funcionarios análogos. Esta última especificación (*funcionarios análogos*) busca incluir a otros sujetos con poder de decisión en el sistema jurisdiccional o administrativo (por ejemplo, los integrantes del Consejo Nacional de la Magistratura), pero persiste el debate sobre si, por ejemplo, estarían incluidos en dicha categoría los jefes de las comunidades campesinas.

⁸⁸ ROJAS VARGAS, *Delitos*, 2011, 715.

Corrupción de auxiliares jurisdiccionales

Este novedoso tipo penal, enfocado como el anterior en funcionarios y servidores públicos del sistema jurisdiccional, recién aparece en un artículo de la Ley 28 355 del 2004, modificada por la Ley 30 111. El texto dice:

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.

Bien jurídico protegido

De igual manera que el anterior tipo penal, el bien jurídico sería preservar la regularidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccional y administrativo, así como los criterios de objetividad que rigen igualmente en dichos ámbitos de ejercicio público.

Sujeto activo

Esta norma aplica exclusivamente a un conjunto de funcionarios y servidores públicos del ámbito judicial: secretarios judiciales, relatores, especialistas, auxiliares judiciales o quienes desempeñen cargos análogos. Nuevamente, esta última especificación constituye un *numerus apertus* para evitar la impunidad por principio de legalidad.

NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

El tipo penal en cuestión se encuentra amparado por el artículo 399 del Código Penal peruano, entre los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios. En Colombia, por su parte, aparece en el artículo 409 del Código Penal (tabla 11).

Tabla 11. El tipo penal *negociación incompatible* en las legislaciones peruana y colombiana

C. P. peruano	C. P. colombiano
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.	El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.

Fuente: elaboración propia con base en los códigos penales peruano (art. 399) y colombiano (art. 409).

Bien jurídico protegido

Como ya se ha observado en anteriores delitos contra la administración pública, estos tipos penales comparten un bien jurídico general y se distinguen por su bien jurídico específico. Con relación al tipo penal de negociación incompatible, para Rojas Vargas “el objeto específico radica en la necesidad de preservar normativamente la administración pública del interés privado de sus agentes”⁸⁹. Es decir, se trata del fiel y debido desempeño de cada funcionario y servidor público que represente al Estado y a su respectiva institución.

A su vez, la jurisprudencia peruana, específicamente la Sala Penal de Apelaciones de Lima, señala:

⁸⁹ ROJAS VARGAS, *Delitos*, 2002, 818.

El bien jurídico que se tutela subyace en la necesidad de preservar normativamente el normal funcionamiento de la administración pública del interés privado de sus agentes (funcionarios o servidor público) que anteponen sus intereses a la [sic] de ella, en rigor [...] se trata de preservar los deberes funcionales y/o [sic] deberes especiales positivos de incumbencia institucional (imparcialidad, rectitud, objetividad, etc.) en su actuación funcionarial frente a los administradores en general y frente a los competidores ofertantes en los contratos o negocios estatales.⁹⁰

Existe consenso en que se trata de una protección a los bienes públicos a través del cuidado de los comportamientos de los funcionarios y servidores públicos involucrados en las contrataciones estatales. No obstante, actualmente hay un debate sobre si la negociación incompatible es un delito de daño o de peligro. No se discutirá acá sobre esas perspectivas doctrinarias, pero sí vale la pena rescatar lo dicho por César Nakazaki: “Entendemos que, según nuestra regulación actual, no es posible considerar el delito de negociación incompatible como un delito de resultado, ya que incluso es posible que el delito se haya configurado cuando exista algún beneficio para la administración pública”⁹¹.

En suma, el delito de negociación incompatible no protege únicamente el correcto funcionamiento de la administración pública. Así lo dice Sancinetti:

Se ha sostenido uniformemente, del mismo modo que en España e Italia, que este delito tutela el interés de la colectividad en la imparcialidad de la administración pública y el prestigio de los funcionarios. Se pretende el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no solo sea plenamente imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad. Es decir, se protege ante todo la transparencia de los actos administrativos. Solo de modo mediato esta incriminación estaría orientada

⁹⁰ Exp. 036-2012, Sala Penal de Apelaciones de Lima.

⁹¹ CÉSAR NAKAZAKI SERVIGÓN, *Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos* (Lima: Gaceta Jurídica, 2016), 429.

también a proteger el interés económico de la administración que, desde luego, con frecuencia quedaría afectado si se admitiera de modo general que quienes se hallan al cuidado de los negocios públicos actúen de modo interesado o parcial.⁹²

Ámbito de aplicación

Ahora bien, el delito de negociación incompatible recae sobre contratos u operaciones. En relación con los contratos, que son acuerdos de voluntades formalizados, el Estado interviene en aquellos establecidos para provisión de bienes y prestación de servicios (por ejemplo, contratos de suministro, de servicios profesionales, de adquisición, entre otros). Los actos irregulares que los afectan caen dentro del marco de las contrataciones públicas.

Por otra parte, las operaciones son los actos dispuestos por el Estado que no requieren características formales, a diferencia de los contratos, pues son dispuestos unilateralmente por la administración pública. Se incluyen en el presente tipo penal porque la norma busca abarcar la mayor parte de intervenciones estatales.

El interés como comportamiento típico

Por último, un elemento necesario para la configuración del delito de negociación incompatible es el *interés*. A diferencia del delito de colusión, en el cual existe concierto entre las partes, el interés en particular puede tomar distintas formas (directa, indirecta, por medio de actos simulados), como nos lo muestran las modalidades del tipo penal bajo análisis:

⁹² MARCELO SANCINETTI, *Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas* (Madrid: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1986), 878-879.

- 1) Interés directo: implica que el funcionario o servidor público, como sujeto activo del delito, pone de manifiesto su interés particular en algún momento de la contratación u operación.
- 2) Interés indirecto: se manifiesta a través de terceros, como apoyarse en otros funcionarios que tienen cierto nivel de injerencia sobre la negociación.
- 3) Interés mediante acto simulado: adelantar el contrato u operación aparentando que se trata de interés por la administración pública y no como sujeto activo. Un ejemplo claro de ello son los contratos con empresas cuya representación recae sobre otra persona, pero en las que el funcionario o servidor público tiene algún tipo de participación.

Conclusiones comparativas trascendentes

- 1) En la legislación peruana el delito es conocido como *negociación incompatible*, mientras que en la colombiana se conoce como *interés indebido en la celebración de contratos*.
- 2) La conducta en las dos legislaciones es el interés indebido en provecho propio o de un tercero.
- 3) En cuanto al ámbito de aplicación las dos legislaciones establecen que abarca cualquier contrato u operación estatal, siempre considerando que debe existir un vínculo funcional entre el sujeto activo y el contrato u operación.

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

El delito en cuestión se encuentra amparado en el artículo 401 del Código Penal peruano, entre los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios. En Colombia, por su parte, aparece en el artículo 412 del Código Penal (tabla 12).

Tabla 12. El tipo penal *enriquecimiento ilícito* en las legislaciones peruana y colombiana

C. P. peruano	C. P. colombiano
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 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.	El servidor público, o quien haya desempeñado funciones públicas, que durante su vinculación con la administración o dentro de los cinco (5) años posteriores a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, incurrirá, siempre que la conducta no constituya otro delito, en prisión de nueve (9) a quince (15) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50 000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses.

Fuente: elaboración propia con base en los códigos penales peruano (art. 401) y colombiano (art. 412).

Bien jurídico protegido

A diferencia de otros delitos, como el de cohecho o el de colusión, en este caso no se pueden alegar criterios de imparcialidad frente a la función pública o a sus funciones o roles específicos dentro de esta pues enriquecerse ilícitamente no quiebra dichos criterios. Para Rojas Vargas

el artículo 401 del Código Penal peruano busca garantizar el normal y correcto ejercicio de los cargos y empleos públicos conminando jurídicamente a funcionarios y servidores a que ajusten sus actos a las pautas de honradez y servicio a la nación⁹³.

Es decir, se protege el deber de los funcionarios o servidores públicos de guardar fidelidad a la nación y actuar con honestidad en sus cargos. Por otro lado, en palabras de Gálvez Villegas, “debe considerarse como bien jurídico u objeto de protección de este tipo penal la funcionalidad, el prestigio, dignidad y confianza de la función pública”⁹⁴. De esta manera, se trata del bien jurídico protegido más apegado a los valores de la administración y la función pública, que se materializa en el funcionario o servidor público en el desarrollo de sus funciones. De ahí la afirmación según la cual dicho ejercicio es determinante para mantener el prestigio de las instituciones públicas.

Tipicidad objetiva

Incremento patrimonial

Ya que uno puede aumentar su patrimonio de forma legal, compatible con algún cargo u otro tipo de gestión, herencia, lotería, docencia, libros, patrimonio familiar, entre otros, se entiende que este tipo penal

⁹³ ALONSO PEÑA CABRERA FREYRE, *Estudios críticos del derecho penal peruano* (Lima: Gaceta Penal, 2011), 466.

⁹⁴ *Ibid.*

no sanciona cualquier forma de enriquecimiento, sino más bien el incremento patrimonial ilegal que se atribuye a un funcionario o servidor público. Molina Arrubla dice: “Lo que sanciona la norma no es el hecho de que los servidores públicos obtengan incrementos patrimoniales, sino que estos sean injustificados”⁹⁵. Estas palabras implican la justificación obligatoria del patrimonio enriquecido.

Otra forma ilegal o ilícita de incremento del patrimonio ocurre cuando el funcionario o servidor público no consigna ciertos bienes, rentas, ingresos o activos en sus declaraciones correspondientes. Este incremento patrimonial, como dice Molina Arrubla, puede mostrarse de dos formas: “Mayor cuantificación de sus activos o una disminución de sus pasivos”⁹⁶. Además, esto incluye el pago de deudas por parte de terceros.

Nexo funcional

Como en los anteriores tipos penales, en este también debe existir un vínculo funcional para proceder a la imputación. Es decir, el agente debió usar su cargo público, que ostenta u ostentó, para obtener fuentes de ingreso ilícitas que lógicamente generarán un incremento patrimonial. Esto ocurre cuando el funcionario o servidor público tuerce los fines de la función pública para servirse de esta y hacer negocios ilícitos.

Solo entonces se concluye que este enriquecimiento debe ser obra o consecuencia de actos ilícitos que hayan sido efectuados por el agente en el marco de sus actividades funcionales, es decir, de sus roles ya establecidos y no de otros ámbitos de su vida.

Momento del enriquecimiento

Un requisito de este tipo penal es que el incremento patrimonial debe haberse realizado durante el ejercicio de las funciones. El enriquecimiento debe exteriorizarse generalmente en el ejercicio del cargo, es decir,

⁹⁵ CARLOS MARIO MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la administración pública conforme el nuevo Código Penal* (Bogotá: Leyer, 2000), 376.

⁹⁶ *Ibid.*, 369.

antes del cese y después del nombramiento, cuando el sujeto aún sea servidor o funcionario. Si el sujeto activo del delito experimenta un notable incremento patrimonial sin justificación antes de la asunción del cargo, podrá ser responsable de otros delitos, como el lavado de activos.

Conclusiones comparativas trascendentes

- 1) La conducta en las dos legislaciones consiste en incrementar el patrimonio injustificadamente.
- 2) La legislación colombiana asume para ese incremento una brecha temporal de cinco años tras la desvinculación del cargo, mientras que la legislación peruana deja este tiempo abierto a interpretaciones.
- 3) Nuevamente, la legislación peruana toma en consideración una agravante por la condición del agente como alto funcionario público.
- 4) El propio tipo penal asume el enriquecimiento a través de indicios. Por ejemplo, el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público o una declaración jurada de bienes y rentas notoriamente superior a la normal en virtud de los sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de capital o de los ingresos por cualquier otra causa lícita.

LA POLÍTICA CRIMINAL Y LA PROCURADURÍA PÚBLICA ANTICORRUPCIÓN (PPA)

POLÍTICA CRIMINAL

La política criminal es un punto neurálgico del derecho penal. En Latinoamérica no se le brinda el tratamiento y estudio que requiere. Para poder entenderla se deben comprender dos conceptos previos, el de *criminología*, pues esta rama científica es punto de partida de la política criminal, y el de *política* en su abordaje del delito.

Para entender qué estudia la criminología debemos adentrarnos en la obra de diferentes autores. Zipf dice que es “la ciencia de la esencia de la personalidad infractora del derecho, así como de los factores determinantes y formas de manifestación del delito en la vida de la sociedad como en la existencia del individuo”¹. Por otra parte, Reyes Echandía señala que la criminología “tiene por objeto el estudio de la criminalidad, de las personas a ella vinculadas y de la reacción social que pueda suscitar”². Como se puede ver, estos conceptos resultan muy escuetos y dejan demasiados vacíos.

En las universidades y en los libros se da a entender que la criminología es la búsqueda del porqué del delito y del delincuente, la investigación sobre las causas de estos fenómenos y de todo lo relacionado con ellos. Pero esta ciencia va más allá. Desde la perspectiva del autor de la presente obra existe un concepto muy preciso de lo que es criminología, que no deja ningún vacío:

¹ HEINZ ZIPF, *Introducción a la política criminal* (Madrid: Edersa, 1979), 12.

² ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Criminología* (Bogotá: UEC, 1984), 46.

La criminología se ocupa de la personalidad del delincuente, de su desarrollo, de sus características físicas y psíquicas y de sus probabilidades de educación, así como de las formas de aparición del delito, de sus causas, de su significación tanto para la sociedad como para la vida del individuo y, finalmente, de la forma de incidencia de los medios de reacción jurídico-penal.³

Como se puede observar, la criminología no solo estudia el génesis de los sucesos y sujetos del delito, también se ocupa del tratamiento de estos. En ese sentido, va de la mano de distintas ramas del saber, como la antropología, la sociología, la biología y la psicología en sus vertientes que permiten abordar el fenómeno criminal.

Ahora bien, una vez comprendida la concepción de *criminología*, rama base de la política criminal, se deberá entender qué es *política*. Esta palabra cuenta con varias acepciones. Para nuestro propósito se tomará una de las que ofrece la Real Academia Española: “Arte, doctrina u opinión referente al gobierno de los Estados; como la actividad de los que rigen o finalmente, como el arte o traza con que se conduce un asunto o se emplean medios para alcanzar un fin determinado”⁴. Es decir, se entenderá como la posibilidad de tomar decisiones que obliguen a otros, en este caso relacionadas con el tema específico del crimen.

Una vez comprendidos los conceptos anteriormente expresados, ahondaremos en el tema de la política criminal. En primer lugar, debemos entender que se trata de una de las primordiales fuentes que el legislador toma para emanar una norma penal. Kleinshord, a quien se le atribuye haber sido el primero en usar la expresión *política criminal*, dice que es “el conocimiento de aquellos medios que el legislador puede y debe hallar según la especial disposición de cada Estado, para impedir los delitos y proteger los derechos”⁵.

³ HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal. Parte general* (Barcelona: Bosch, 1981), 62.

⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española* (Madrid: Espasa-Calpe, 1970), 1045.

⁵ FRANZ VON LISTZ, *Tratado de derecho penal. Tomo II* (Madrid: Reus, 2020), 53.

Para sintetizar, “se entiende por política criminal, la reforma regular de la ley penal, en provecho del bien común. Pues la política criminal es la política de legislación penal”⁶. Como se puede ver, la política criminal es el conjunto de mecanismos que el Estado utiliza para luchar contra la delincuencia. Cuervo Pontón, por su parte, resalta la importancia de la política criminal como “fuente de la legislación penal, como instrumento contra el delito, área dentro de la política general del Estado y como el deber ser del derecho penal”⁷. Como se puede observar, la política criminal es de importancia capital para el derecho penal y sus investigaciones plantean posibles soluciones a problemas vitales de la sociedad y de nuestra legislación.

Cuando hablamos de política criminal en materia de corrupción, la fórmula se complejiza más. Los estudios tanto dogmático-penales como de las ciencias auxiliares sobre el tema aún no se consolidan. Para García Caveró⁸ el problema de la corrupción se maneja mediante dos formas de intervención por parte del Estado: el nivel preventivo y el nivel represivo. Es importante cuestionarnos la medida de las intervenciones por parte de los Estados en la lucha contra la corrupción en Latinoamérica pues no es un secreto que aquí predominan las políticas públicas represivas y las modificaciones legislativas sin un sentido criminológico real de búsqueda de soluciones a largo plazo para esa problemática.

En el presente capítulo mostraremos la intervención predominante del populismo punitivo en las políticas públicas represivas de los países latinoamericanos. Para ello, iniciaremos con una definición común de *populismo*: “Es un término peyorativo ya que hace referencias a las medidas políticas que no buscan el bienestar o el progreso de un país, sino que tratan de conseguir la aceptación de los votantes sin importar las consecuencias”⁹.

⁶ EMILIO LANGLE, *La teoría de la política criminal* (Madrid: Reus, 1927), 16.

⁷ LUIS ENRIQUE CUERVO PONTÓN, *Política criminal* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1988), 71.

⁸ PERCY GARCÍA CAVERO, “La corrupción del Estado, la economía y la sociedad”, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n.º 23 (2016): 78.

⁹ JULIÁN PÉREZ y ANA GARDEY, “Populismo. Qué es, definición y concepto”, modificado el 6 de abril de 2022, <http://definicion.de/populismo/>.

El concepto es amplio y la reflexión ha ido avanzando en las últimas décadas hasta abarcar estudios serios a nivel mundial tanto en la sociología como en el derecho.

Con el tiempo ha ido surgiendo todo un cuerpo de investigación, mucho más sólido, que ha tratado de conocer en profundidad las actitudes hacia el castigo, poniendo en cuestión el denominado “populismo punitivo” y que ha presentado una opinión pública, en ocasiones, incluso, más benevolente con la respuesta que se ha de dar frente al delito que la presentada por políticos, profesionales de la justicia y medios de comunicación.¹⁰

Por otra parte, desde una perspectiva antropológica “el populismo constituye un mito que pretende resolver los problemas por la sola magia del discurso y sus representaciones Prometiendo un supuesto acercamiento del pueblo al poder político garantizando lo imposible: la esperanza de representarlo todo”¹¹. Así, se puede entender por populismo toda cercanía que los políticos profesionales —potentes electores— pretenden tener con el pueblo para dar legitimidad a sus actos y acogida a sus propuestas, aprovechando los temores y consensos de las masas.

Bajo esas perspectivas las propuestas de los políticos populistas, inmersas en el derecho penal del enemigo, suelen contravenir principios generales del derecho, rangos normativos o derechos fundamentales. A este tipo de políticos solo les interesa ganar séquitos dentro de las masas en histerias colectivas por medio de decisiones políticas cuya validez únicamente requiera del respaldo popular.

Ya comprendidos los aspectos y conceptos generales podemos ingresar con total libertad al tema del populismo punitivo. Uno de los pioneros en las investigaciones al respecto es Antony Bottoms, acuñador y artífice del concepto que nos ocupa. Él dice que el populismo punitivo

¹⁰ ESTHER FERNÁNDEZ y PILAR TARANCÓN, “Populismo punitivo y delincuencia juvenil: mito o realidad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 10 (2010).

¹¹ NELSON ARTEGA BOTELLO, *Administrar la violencia: racionalidad, populismo y desincorporación de la punición en México* (Ciudad de México: Espiral, 2002), 45.

es la utilización del derecho penal por parte de políticos que buscan sacar réditos electorales defendiendo tesis político-criminales, tales como el incremento en las penas, [que] conllevarían automáticamente una reducción de las tasas del delito o el postulado de que las penas refuerzan determinados consensos morales esenciales para la vida en sociedad¹².

Lo que Simon identificó como “la acción gubernamental de solucionar los problemas sociales a través del sistema penal”¹³. Es decir, el uso desmedido del derecho penal y sus ramas conexas para solucionar los problemas sociales de forma represiva, perdiéndose el análisis previo criminológico.

Si bien esta discusión ha arrojado luces sobre una problemática real mundial, con el transcurrir de los años el concepto central ha llegado a requerir algunas precisiones. Siguiendo el mismo lineamiento de Bottoms, por ejemplo, Roberts añade que el populismo punitivo se caracteriza por “el hecho de que determinadas propuestas en torno a la política criminal busquen únicamente lanzar mensajes a la opinión pública, despojándose de una articulación más compleja que proponga hacer frente al problema de criminalidad”¹⁴. Este añadido, aunque parezca de poca relevancia, señala nuevos puntos de análisis. Para empezar, resalta que las opiniones de los políticos en relación con la criminalidad solo buscan captar la atención de los medios para difundir mensajes excesivamente simples en relación con los problemas de delincuencia. Solo como un ejemplo recordaremos al líder político peruano y expresidente Alan García, que inició su mandato en julio del 2006. En agosto de ese mismo año dio la siguiente declaración:

Yo creo que la sociedad necesita más rigor, más orden y que los delincuentes necesitan sanciones más severas y ante el crimen atroz que es la

¹² LUIS PÉREZ NETO, “El populismo punitivo en España: del Estado social al Estado penal” (ponencia presentada en el simposio *Surveillance in Latin America*. Vigilancia, Segurança e Controle Social, Curitiba, Brasil, 4-6 de marzo de 2009).

¹³ JONATHAN SIMON, *Governing through crime: How the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear* (Nueva York: OUP, 2010), 693-694.

¹⁴ *Ibid.*

violación seguida de asesinato de niños menores, creo que esa gente no tiene derecho a vivir.

Por su parte, Newburn y Jones, siguiendo la perspectiva de los anteriores autores, señalan la importancia de la política criminal para acercarnos a una conceptualización apropiada del populismo punitivo. Así llegamos a Mir Puig, que define la política criminal como “el conjunto de actividades encaminadas por el Estado a reducir —ya que no a eliminar— la criminalidad”¹⁵. Dicho de otro modo, es el conjunto de acciones, planeamientos y estrategias que despliega el Estado para luchar contra la delincuencia.

El populismo punitivo se volvió una parte esencial del discurso de los políticos para responder al llamado de emergencia por parte de la ciudadanía. Sozzo dice que el “carácter de emergencia, progresivamente enfatizado un poco por todos lados, presentaba a la inseguridad urbana como una cuestión sobre la que se debía actuar ‘ya’ rápida y decididamente desde las competencias estatales”¹⁶. Esto se puede observar con claridad en la actualidad en todos los índices existentes que miden las preocupaciones de la opinión pública, con la corrupción como prioridad de lucha.

Se puede afirmar que el concepto de *populismo punitivo* resulta nuevo hasta en países anglosajones pues su estudio allí inicia apenas a finales de los noventa del siglo pasado. Resulta muy interesante el análisis de su persistencia en sociedades políticamente inestables como las latinoamericanas. Juan Antón-Mellón y otros señalan que “el populismo punitivo ha sido uno de los instrumentos utilizados como punto de inserción entre los cambios socioeconómicos estructurales, la hegemonía ideológica

¹⁵ SANTIAGO MIR PUIG, *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho* (Barcelona: Ariel, 2010), 60.

¹⁶ MÁXIMO SOZZO, “¿Metamorfosis de la prisión? Proyecto normalizador, populismo punitivo y ‘prisión-depósito’ en Argentina”, *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, n.º 1 (2007): 88-116, <https://revistas.flacsoandes.edu.ec/urvio/article/view/88-116/1628>.

neoliberal, el derecho y las políticas públicas”¹⁷. Por ejemplo, podemos afirmar que ha habido cambios políticos abruptos en los últimos años en Perú. Tenemos la inestabilidad política que vive el Perú en torno a los altos índices de vacancias presidenciales, cuestiones de confianza y destapes de corrupción que obligan a la ciudadanía a exigir medidas. Otro ejemplo ya no tan cercano fue el de Alberto Fujimori, quien renunció por fax a la Presidencia de la República pasando el gobierno a manos del entonces presidente del Congreso, Valentín Paniagua Corazao.

El populismo siempre tiene la pretensión de usar las herramientas del Estado para luchar contra la delincuencia. Se trata de las clásicas *guerras contra el delito* o, como son denominadas por Young en palabras de Ruggiero, *criminalizing wars*¹⁸. La guerra contra las drogas, la guerra contra la violencia, la guerra contra la corrupción entre otras que los Estados han ido proclamando a fin de combatir los respectivos delitos. Pero el análisis debe ser más profundo: realmente son guerras, con sus propios combates y batallas, para erradicar delitos sin tener en cuenta que estos son conductas existentes desde el inicio de los tiempos. En una guerra habría ganadores y perdedores, pero en estas presuntas guerras todos pierden. Cada sujeto que comete un delito es un ciudadano que va perdiendo esa calidad para el Estado, y este no invoca la prevención como arma para esta presunta guerra. Esto último resulta por lo menos curioso pues en situaciones bélicas no hay mejor guerra que la que se previene: así no habría bajas y se solucionaría el conflicto sin luchar, más allá del ejercicio mental de la prevención.

No podemos culpar única y exclusivamente al legislador pues el populismo punitivo es avalado por una ciudadanía en emergencia, desesperada. Como expresa Cullen: “Esta supuesta demanda más severa hacia la delincuencia ha sido, de una parte, el hallazgo de una

¹⁷ JUAN ANTÓN MELLÓN, GEMMA ÁLVAREZ y PEDRO ROTHSTEIN, “Populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas”, *Revista Española de Ciencia Política*, n.º 43 (2017):13-36, <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/120915/1/671764.pdf>.

¹⁸ MARK NEOCLEOUS, “‘A brighter and nicer new life’: Security as pacification”, *Social & Legal Studies*, n.º 20, (2011): 191-208.

ciudadanía desinformada con una visión exageradamente preocupante sobre el tema en cuestión”¹⁹.

La amplia literatura académica en castellano ha identificado tres componentes característicos del populismo punitivo, según Antón Mellón²⁰: el papel de la cárcel como agente represor, la importancia de la opinión de la víctima y por último la politización electoral de la inseguridad ciudadana.

Sobre el papel de la cárcel como agente represor, es útil un análisis desde la perspectiva peruana sobre los delitos de corrupción. La Ley 30 304 y el Decreto Legislativo 1351, normas actualmente determinantes para la política criminal sobre delitos contra la administración pública, prohíben la pena suspendida en casos de delitos de corrupción de funcionarios, de modo que el magistrado solamente puede imponer pena efectiva frente a cualquier delito contra la administración pública, por mínima que sea la lesividad del hecho. De este modo, la cárcel es la única respuesta a tales delitos. No hay intención de rehabilitación, solo se busca reprimir a quien comete delitos de corrupción. No contento el público con ello, poco tiempo después se emitió la Ley 30 609, que modifica el artículo 50 del Código de Ejecución Penal en el sentido de prohibir la semilibertad y la libertad condicional en los delitos contra la administración pública, específicamente en los artículos 382, 383, 384, primer, segundo y tercer párrafo del artículo 387, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal. Esto impide que quien comete uno de esos delitos reciba algún tipo de beneficio penitenciario extra-muros de libertad anticipada.

Con respecto a la opinión de la víctima, ha resultado un proceso diferente a lo que estaban acostumbrados los criminólogos. En ese sentido, Díez Ripollés comenta:

¹⁹ FRANCIS CULLEN, BONNIE FISHER y BRANDON APPLGATE, “Public opinion about punishment and corrections”. En *Crime and justice: A review of research* (Chicago: University of Chicago Press, 2000), 1-79.

²⁰ JUAN ANTÓN-MELLÓN, PEDRO ROTHSTEIN y GEMMA ÁLVAREZ, *Populismo punitivo: discursos que acompañan normas y políticas* (Barcelona: Bellaterra, 2016), 34.

La relación entre víctima y delincuente ha entrado en un juego de suma cero: cualquier ganancia por parte del delincuente, por ejemplo, en garantías procesales o en beneficios penitenciarios, supone una pérdida para las víctimas, que lo ven como un agravio o una forma de eludir las consecuencias de la condena.²¹

El problema es que en los delitos contra la administración pública, si bien el sujeto agraviado formal sería la institución pública afectada en representación del Estado —o en su defecto la PPA—, hay también un agraviado informal no señalado en ningún libro de derecho penal. Se encuentra allí presente y se considera afectado por los delitos contra la administración pública: la propia población que se indigna por cada caso de corrupción del que se entera, más aún en una época de masificación de la información.

Estas víctimas indirectas ponen de manifiesto una necesidad de presionar al Estado exigiéndole mecanismos y leyes duras, que toman la forma de un sistema retributivo, convertido en venganza más que en una fórmula que solucione un problema social. Si bien la resocialización cuenta con un soporte constitucional, ha perdido el soporte social, y esto resulta peligroso en una sociedad políticamente inestable.

En cuanto a la tercera característica del populismo punitivo, la politización de la inseguridad ciudadana, Sozzo comenta: “Esta ‘electoralización’ de la ‘emergencia’ de la inseguridad urbana implicó que las medidas propuestas —y eventualmente puestas en marcha— para enfrentar este problema fueran deliberadamente concebidas como el reflejo de lo que piensa o siente ‘la gente’”²². La emergencia de la cual hablamos párrafos atrás vuelve a tallar las mentes de la ciudadanía, pero ahora como parte de la toma de decisión electoral.

En la presente investigación llamaremos a esto *politización de la corrupción*. Si realizamos un análisis serio, podemos afirmar que se ha

²¹ JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS, “El nuevo modelo de seguridad ciudadana”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 49 (2004): 29.

²² MÁXIMO SOZZO, “Populismo punitivo, proyecto normalizador y ‘prisión-depósito’”, *Revista Electrónica Sistema Penal & Violência*, n.º 1 (2009): 2-34.

ido utilizando la tasa delictual de corrupción de funcionarios como arma para desgastar partidos y adversarios políticos, lo que se traduce en votos para las siguientes elecciones. Como mecanismo para aplicar medidas contra la corrupción, el populismo punitivo actúa en las elecciones a la manera de un tranquilizante psicológico que busca resolver problemas sociales a través del derecho penal.

LA PROCURADURÍA PÚBLICA ANTICORRUPCIÓN EN PERÚ

Las procuradurías en defensa del Estado en Perú existen desde hace mucho tiempo amparadas en la Ley de Representación y Defensa del Estado (Decreto Ley 17 537 del 25 de marzo de 1969). Defienden los beneficios de las instituciones que representan —municipalidades, superintendencias, poder judicial, entre otras— y, en general, los intereses del Estado en temas específicos. Entre 1990 y el 2000 se crearon procuradurías públicas *ad hoc* solo para casos especiales con relevancia mediática, defendiendo los intereses estatales de forma temporal. Bajo esta lógica el expresidente Alberto Fujimori en el 2000 crea una procuraduría pública *ad hoc* específicamente para los delitos de corrupción cometidos por Vladimiro Montesinos.

Así pues, a solicitud del primer procurador anticorrupción, José Ugaz Sánchez-Moreno, se amplió la competencia de su procuraduría para investigar a Fujimori y los casos de corrupción relacionados. De esta manera la Procuraduría Anticorrupción fue instalándose paulatinamente en todo Perú.

En la actualidad la PPA es una dependencia del Ministerio de Justicia, al igual que el Instituto Nacional Penitenciario del Perú (INPE) y la Defensoría Pública. Ahora bien, dentro de la PPA la máxima autoridad es el procurador nacional, del cual dependen directamente los procuradores adjuntos.

La misión fundamental de la PPA es combatir la corrupción, “determinada por el objetivo central (cobro de la reparación civil en los casos

que implica daño al Estado)”²³. Pero además se encarga de la defensa del Estado en los casos de corrupción, recoge estadísticas sobre esta en Perú y realiza o solicita actos de investigación asociados a dicho delito.

En la sede central de Lima las labores se dividen en equipos de administración y equipos de litigio. Entre los equipos de administración se cuentan el de Logística, el de Informática y el de Archivo Documental. Por su parte, entre los de litigio se cuentan la Unidad de Análisis de Información, que hace los trámites documentarios y las investigaciones; la Unidad de Litigio, compuesta por un coordinador nacional y un conjunto de abogados litigantes que llevan los procesos según su catalogación, y por último, la Unidad de Análisis Financiero y Cooperación Internacional, que incluye el Equipo de Reparaciones Civiles y el de Recuperación de Activos.

En el interior del país la PPA cuenta con procuradurías macrorregionales asignadas así: la PPA Norte, que maneja Tumbes, Piura, Chiclayo, La Libertad y Cajamarca; la PPA Oriente-Norte, que maneja Amazonas y San Martín; la PPA Loreto; la PPA Ucayali; la PPA Áncash; la PPA Ica; la PPA Centro, que maneja Huánuco y Huancavelica; la PPA Centro-Sur, que maneja Ayacucho y Apurímac; la PPA Sur, que maneja Arequipa, Moquegua y Tacna; la PPA Puno y la PPA Cusco, que maneja Cusco y Madre de Dios.

En el 2012 se constituyó un mecanismo de calificación de los casos de corrupción. Estos se dividen en una escala de relevancia con cuatro niveles (del mayor al menor, A, B, C y D), que se basa en variables como el monto del daño, el rango del funcionario o servidor y el impacto mediático.

Cada regional cuenta con un coordinador anticorrupción, que lleva la parte exclusivamente litigante de la región. El coordinador regional lleva los casos emblemáticos y relevantes, además de los impulsos de ejecución de sentencia. Luego hay un abogado sénior, que se encarga de los casos A y B y de lo que el coordinador crea conveniente; un

²³ JAN-MICHAEL SIMON y WILLIAM RAMÍREZ, *La lucha contra la corrupción en el Perú. El modelo peruano: la experiencia de las procuradurías anticorrupción* (Lima: ARA, 2014), 193.

abogado júnior, que lleva los casos C y D, y un abogado de planta, que lleva los casos D de poca relevancia. También se cuenta con un apoyo legal, que maneja los asuntos administrativos de cada PPA regional.

“El problema es que el 63,8 % de los casos que la Procuraduría investiga se concentran en los casos C y D.”²⁴ Esto quiere decir que muchos de los casos de las PPA son de poca relevancia, lo que les impide concentrarse en el 36,2 % restante, los casos A y B, que requieren mayor tiempo y esfuerzo por parte de los abogados.

Decreto Supremo 009-2009-JUS

Esta norma tiene como antecedente legal el artículo 47 de la Constitución Política del Perú, el cual señala que “la defensa de los intereses del Estado está a cargo de los procuradores públicos conforme a ley”. Además, se basa en el Decreto Legislativo 1068, que consolida el sistema de defensa jurídica del Estado proponiendo como ente rector de los procuradores públicos al Ministerio de Justicia. El artículo 15 de dicha norma legal permite al procurador especializado ejercer la defensa jurídica del Estado en los procesos que así lo requieran. Las procuradurías especializadas son la de Tráfico Ilícito de Drogas, la de Lavado de Activos, la de Terrorismo, la Anticorrupción y la de Orden Público.

El decreto en cuestión dispone básicamente que las procuradurías públicas anticorrupción descentralizadas y los abogados que laboran en ellas coadyuven en la defensa del Estado que ejercen los procuradores públicos especializados. Cabe mencionar que estas atribuciones se realizan previa coordinación con los procuradores nacionales en cargo. La norma, firmada por el presidente de la República de aquel entonces, Alan García, busca que el Estado garantice plenos poderes a las procuradurías especializadas frente a cualquier divergencia que pueda aparecer en un proceso, como un conflicto de competencia.

²⁴ *Ibid.*, 200.

Decreto Supremo 009-2010-JUS

Debe señalarse que un gran problema dentro de las procuradurías anticorrupción era el cobro de la reparación civil pues, si bien el decreto supremo anteriormente tratado dilucidó la competencia de las procuradurías especializadas, al dictarse una sentencia condenatoria la municipalidad, el gobierno regional o cualquier otra institución agraviada reclamaban para sí tal cobro. Peor aún, al mismo tiempo la Procuraduría Anticorrupción también pretendía derechos sobre dichas reparaciones. Con la finalidad de unificar la defensa jurídica y resolver las discrepancias en los ámbitos locales, regionales y nacionales se publicó entonces un segundo decreto supremo sobre las cuestiones que nos ocupan.

Conforme al artículo 93 del Código Penal la reparación civil tiene una doble faz: su naturaleza a la vez restitutoria e indemnizatoria. El Estado debe, pues, acumular esfuerzos en pro del cobro efectivo de las sentencias condenatorias de los delitos de corrupción de funcionarios, especialmente los tipificados en el título XVIII, capítulo II, secciones II, III y IV. Estos son el conglomerado de delitos que se desarrollaron en los puntos anteriormente tratados.

El artículo 1° del decreto supremo que nos ocupa dice que, frente a la reparación civil de los delitos mencionados el 50 % se destinará a favor de la entidad agraviada diferente al Ministerio de Justicia y el otro 50 %, al Ministerio de justicia. En caso de que exista más de una entidad agraviada la primera mitad se distribuirá de forma proporcional entre dichas entidades. Cuando no se pueda determinar la entidad agraviada ese 50 % pasará al tesoro público.

PROHIBICIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PARA FUNCIONARIOS

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS PENALES

Antes de la existencia de las salidas y los medios alternativos de solución de conflictos en cualquier rama del derecho, los ciudadanos se preguntaban por qué solamente el Estado podía proveer justicia. En efecto, al ser el único proveedor y con el aumento poblacional la congestión en la carga procesal aumentaba. En ese momento los Estados decidieron tomar las riendas del asunto y legislar e instaurar paulatinamente en todo el mundo en pro de tales salidas y mecanismos alternativos.

En primer lugar, debemos desmembrar el concepto y observar que por *solución* se entiende tomar una decisión, encontrar salidas, fallar frente a una disputa, mientras que *alternativo* indica alternativas adicionales a las ya preestablecidas.

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos (Marcs) se han instaurado en casi todos los ámbitos del derecho con la finalidad de agilizar los procesos. En ese sentido, Peña Gonzales dice:

Marcs son aquellos medios no tradicionales distintos al Poder Judicial que dan solución a los conflictos entre partes, esto es, mediante una negociación, acuerdo, o con la intervención de un tercero, como en el caso de la conciliación y el arbitraje, es decir, sin la intervención del poder judicial.¹

¹ ÓSCAR PEÑA GONZALES, *Técnicas de litigación oral* (Lima: APECC, 2008), 30.

El concepto es claro, pero se debe señalar que en temas penales las condiciones se complican pues en el derecho público el Estado debe intervenir como ente regulador, sea con el Ministerio Público o con el Poder Judicial. El mismo Peña Gonzales describe los cuatro objetivos o finalidades de los Marcs: aminorar la carga procesal, aumentar la participación de la comunidad en la solución de conflictos, facilitar el acceso a la justicia y proporcionar a la sociedad una forma efectiva de solución.

Ahora bien, los Marcs no cuentan con un perfil en la Constitución Política del Perú como el que tienen en Colombia: “Corresponde a las instituciones satisfacer en forma permanente y ordinaria la demanda social de la tutela efectiva”². Más específicamente los rasgos constitucionales de los Marcs se desprenden del artículo 116.4 de la Constitución Política colombiana, que señala a propósito:

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

Claramente, el artículo citado configura el pilar base de los Marcs en el Estado colombiano.

Lo expresado anteriormente tiene que ver con los Marcs en general, pero el punto de interés para la presente investigación son los Marcs en el ámbito de lo penal. En primer lugar, en los últimos años la instauración de los Marcs en el derecho penal ha significado un cambio de paradigma del sistema inquisitivo al sistema acusatorio con ciertas tendencias adversariales. Esto implica ver al delito como un conflicto de intereses específicos entre partes, en el que una parte será la víctima y la otra, el responsable. Cada una tiene intereses y objetivos diferentes: tal vez la víctima quiera que se imponga una sanción al victimario y que se le reparen los daños causados, patrimoniales o extrapatrimoniales. Por otro

² MARTHA LEZCANO MIRANDA, *La justicia de todos. Mecanismos alternativos de solución de conflictos* (Medellín: Funlam, 2011), 45.

lado, el responsable querrá salir lo mejor librado posible del proceso, sea absuelto o con la menor pena disponible.

En ese sentido, el proceso penal será el medio que permite ese enfrentamiento de posiciones para que cada una de las partes pueda satisfacer sus intereses derivados del delito. Se busca una solución frente a las posiciones de cada parte, probando y convenciendo a un tercero.

En los asuntos penales esta solución no necesariamente requiere del proceso común; puede darse a través de los Marcs, cuyo objetivo será entonces dar una respuesta jurídica a la controversia suscitada por la comisión de un delito, sin la necesidad de agotar todas las fases del proceso ordinario y amparándose en pretensiones de sanción de carácter penal y reparación de carácter civil.

Así, tomando en cuenta lo establecido en el Código Procesal Penal peruano del 2004, los Marcs penales son los siguientes: las salidas alternativas de solución de conflictos penales, el principio de oportunidad y el acuerdo preparatorio. Por otro lado, los mecanismos de simplificación penal son los siguientes: la acusación directa, el proceso inmediato, la terminación anticipada, la conclusión anticipada y la colaboración eficaz. Todos los instrumentos mencionados serán objeto de análisis oportunamente, pero en este acápite le toca el turno al principio de oportunidad.

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Uno de los más grandes problemas que aqueja a los ordenamientos jurídicos es la congestión de los procesos penales en la administración de justicia, que acarrea muchos otros problemas consigo: la lentitud de los procesos, el cobro tardío de las reparaciones civiles, la prescripción de los delitos o la desaparición de pruebas fundamentales. La consecuencia de todo esto es la impunidad, que afecta gravemente no solo a los imputados y a las víctimas, sino a la sociedad entera por ser el derecho penal un derecho público.

En ese sentido, opina Bacigalupo,

la política criminal de los ilícitos menores (o de los que escapan al ámbito de interés social o público) requiere contemplar el problema desde la doble perspectiva del derecho penal material y derecho procesal penal: la política criminal también se hace mediante derecho procesal³.

Justamente, para enfrentar los problemas que causan los delitos menores surge el principio de oportunidad como posibilidad de mejora de la política criminal mediante una modificación puramente procesal que quiebra la inflexibilidad de la legalidad. El principio en cuestión crea beneficios para el imputado, la víctima, la sociedad en su conjunto y el sistema de justicia, es decir, para el Estado como agente del *ius puniendi*.

Prado Saldarriaga, a principios de los años noventa del siglo pasado decía: “Los desarrollos de la política general de distintos gobiernos han sido semejantes. Los problemas de la inseguridad ciudadana, de la inoperancia de los órganos de control y del recurso permanente a un derecho penal simbólico, no han sido superados”⁴. Es claro que los órganos de control encargados de la criminalización secundaria no han funcionado correctamente, pero también es innegable que tras la aparición de los mecanismos alternativos de solución de conflictos ha habido una mejora considerable en el tratamiento de los delitos en nuestros países.

No es una novedad que al derecho penal le es casi imposible juzgar los delitos de poca monta, dejando impunidad a su paso, lo cual es casi inaceptable en un Estado que apunte a garantizar los derechos de sus ciudadanos. “[Resulta] ineficaz la respuesta tradicional frente al delito mediante la norma procesal, es preferible buscar otras alternativas más prácticas, cuando el hecho no afecte gravemente el interés público”⁵. Catacora Gonzales reconoce en este punto el resultado habitualmente

³ ENRIQUE BACIGALUPO, “Descriminalización y prevención”, *Revista del Poder Judicial*, n.º 2 (1987): 27.

⁴ VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA, *Derecho penal y política* (Lima: Edili, 1990), 84.

⁵ MANUEL CATACTORA GONZALES, *Derecho procesal penal. Vol. 1* (Lima: Rhodas, 1996), 187.

ineficaz del derecho procesal penal como respuesta a hechos delictivos, así que aboga por soluciones más eficientes frente a delitos menores.

Definición

Es de suma importancia comprender en este punto qué es el principio de oportunidad, sus connotaciones y matices, tanto en la doctrina peruana como en la internacional. Desde nuestra perspectiva se puede definir como una solución alternativa de conflictos penales, por la cual el Ministerio Público puede abstenerse de ejercer la acción penal en las situaciones que la ley establezca.

Por su parte, para Torres Caro

el principio de oportunidad es el postulado rector que se contrapone al principio de legalidad procesal, corrigiendo su exceso disfuncional, con el objetivo de conseguir una mejor calidad de justicia, facultando al fiscal, titular de la acción penal, decidir sobre la pertinencia de no dar inicio a la actividad jurisdiccional penal⁶.

En este concepto llaman la atención como objeto de análisis tanto la contraposición entre el principio de oportunidad y el de legalidad como la ventaja del primero al corregir el *exceso disfuncional* del segundo. En efecto, como ya se había mencionado en los antecedentes, el principio de oportunidad es una respuesta al principio de legalidad, que no puede acabar todos los delitos correctamente, dejando de lado los delitos de menor importancia.

Al respecto, Claus Roxin señala que el principio de oportunidad

es la contraposición teórica del principio de legalidad, mediante la cual se autoriza al fiscal a optar entre elevar o abstenerse de hacerlo archivando el

⁶ CARLOS ALBERTO TORRES CARO, *El principio de oportunidad: un criterio de justicia y simplificación procesal* (Lima: Adelesa, 1998), 74.

proceso, cuando las investigaciones llevadas a cabo conduzcan a la conclusión de que el acusado con gran probabilidad ha cometido el delito⁷.

En este punto es necesario recalcar el rol protagónico del fiscal en el principio de oportunidad: él toma la decisión, siempre al amparo de la ley, sobre si se ejerce la acción penal, si se adelanta un proceso penal con las etapas correspondientes tal y como lo conocemos.

Para Gonzales Navarro el principio de oportunidad “trata de establecer las reglas claras para prescindir de la acusación penal, frente a los casos en los cuales ordinariamente debía acusarse por un aparente hecho delictivo”⁸. Nuevamente se resalta aquí a grandes rasgos la dicotomía entre el principio de oportunidad y el de legalidad pues “establecer reglas claras” significa que se positiviza en la legislación la posibilidad de prescindir de la acusación penal en casos en los que ordinariamente debía acusarse.

Para Yon Ruesta, por su parte,

el principio de oportunidad se incorpora a los principios relativos a la iniciación del proceso, expresándose como contrapuesto al principio de legalidad. Conforme a este último, la Fiscalía debe practicar investigaciones en caso [de] que existan sospechas de haberse perpetrado un delito, estando además obligados a formular la denuncia si permanecen los indicios de responsabilidad penal⁹.

En este concepto sin duda se nota la relevancia de la contraposición con el principio de legalidad. Cabe mencionar que a inicios de los noventa del siglo pasado el principio de oportunidad fue una novedad pues contrastaba explícitamente con lo hasta entonces conocido como principio de legalidad.

⁷ PEPE MERGAREJO BARRETO, *El principio de oportunidad en el nuevo Código Procesal Penal* (Lima: Jurista Editores, 2006), 124.

⁸ ALBERTO BINDER, *Derecho procesal penal* (Santo Domingo: Escuela Nacional de Judicatura, 2006), 79.

⁹ ROGER YON RUESTA, “El principio de oportunidad en nuestro sistema procesal penal”, *Derecho PUCP*, n.º 46 (1992): 138.

Por su parte, Gimeno Sendra define el principio de oportunidad como la “facultad que al titular de la acción penal le asiste para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible”¹⁰. He aquí un punto adicional que otros autores no mencionan: las “determinadas condiciones” o, mejor dicho, las exigencias legales para poder acogerse al principio de oportunidad. En el caso peruano algunas podrían ser la falta de necesidad de la pena, tratarse de un delito de bagatela, no ser funcionario y acceder a una reparación civil o multa. Se debe mencionar también que “en nuestro sistema penal se opta por la oportunidad reglada, la misma que de [sic] *prima facie* se concibe como una posición intermedia de influencia romana germánica”¹¹. Es oportuno precisarlo, aunque este punto se abordará detalladamente más adelante: en el mundo existen dos tipos de principio de oportunidad, reglado y pleno. En el sistema peruano se maneja la forma reglada.

Para Cubas Villanueva

el principio de oportunidad es una excepción al reino del principio de legalidad. Este principio en ordenamientos como el nuestro está reglado, es decir, solo se puede aplicar a algunos delitos, en función de que afecten levemente el interés social¹².

“Afectación leve al interés social”. Muchos autores hacen mención a este punto, reconociendo que es la mayor exigencia del principio de oportunidad.

¹⁰ VICENTE GIMENO SENDRA, *Fundamentos del derecho procesal* (Madrid: Civitas, 1998), 208.

¹¹ GONZALO DEL RÍO LABARTHE, *El principio de oportunidad en el proceso penal peruano* (Lima: Legales, 2002), 228.

¹² VÍCTOR CUBAS VILLANUEVA, *El proceso penal. Teoría y práctica* (Lima: Palestra, 1997), 138.

Antecedentes históricos

Para hablar del origen del principio de oportunidad es necesario comprender el origen del principio de legalidad. Este aparece ya dentro de las primeras ideas filosóficas en torno al Estado, la igualdad y la democracia del barón de Montesquieu y Jean-Jacques Rousseau como reacción a la arbitrariedad, el abuso de poder y la inseguridad jurídica de la época. Pero su real y verdadero enunciado aparece por primera vez en el *Tratado de los delitos y las penas* de Cesare Beccaria, de 1764, cuyo capítulo tres dice: “Solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir únicamente en el Legislador que representa a toda la sociedad unida por el contrato social”¹³. Lo anterior se resume en la expresión latina *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*¹⁴, desarrollada por Paul Johann Anselm von Feuerbach como parte del Código de Baviera de 1813¹⁵. De allí en adelante, con el principio de legalidad se ha sostenido que el Poder Legislativo es incapaz de cometer errores. Dicha idea se mantuvo por los siguientes ciento cincuenta años, asociada al estricto uso del principio de legalidad frente a cualquier hecho delictual, sin excepción alguna.

El principio de oportunidad surge entonces como una reacción al de legalidad pues este no puede responder a todos los delitos y menos aún a los de bagatela o menudeo, que en conjunto son gran parte de la carga procesal. El Estado vio que el sistema jurídico no respondía a los lineamientos actuales en cuanto a un control punitivo eficaz y oportuno. De esta manera, debió crear sistemas procesales simplificados que corrigen los excesos del sistema mejorando su eficacia y aumentando la celeridad. Se trata de una solución satisfactoria para todas las partes pues permite abordar razonablemente los delitos de poca relevancia jurídica, que constituyen gran parte de los procesos penales de la época.

¹³ CESARE BECCARIA, *Tratado de los delitos y de las penas* (Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015), 21.

¹⁴ “No hay delito y no hay pena si no hay ley previa”.

¹⁵ Obra cúspide de Von Feuerbach. Es el Código Penal del estado alemán de Baviera que sirvió como modelo para otros códigos tanto europeos como latinoamericanos.

Al paso de los años la institución del principio de oportunidad alcanza su mayor auge en el sistema angloamericano con la *prosecutorial discretion* (“discrecionalidad del fiscal”) y la *plea bargaining* (“negociación”). Bajo este sistema, base operativa del principio de oportunidad en EE. UU., los fiscales gozan de una absoluta discrecionalidad para abstenerse de acusar a alguien y de negociar su pena cuando sea altamente probable que haya cometido el delito.

A su vez, el principio de oportunidad empezó a desarrollarse en Alemania a través de la Ley Emminger del 4 de enero de 1924, por la cual el Ministerio Público quedó facultado a abstenerse del ejercicio de la acción penal para satisfacción de determinados presupuestos: reparar el daño, otorgar prestaciones de utilidad pública y cumplir determinadas obligaciones. Años después se denominó “sistema oportuno reglamentado” y se estableció que la regla general es el principio de legalidad y la excepción, el de oportunidad.

En este punto debe mencionarse lo señalado por el Comité de Ministros del Consejo Europeo en su reunión del 21 de mayo de 1975: “Que no habría que excluir la posibilidad de recurrir a un proceso simplificado, en caso de infracciones menores”¹⁶. Tal vez este es uno de los primeros pasos dados hacia la creación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos que en la actualidad conocemos, específicamente el principio de oportunidad.

A mediados de los ochenta, específicamente en 1986, la Reunión de Helsinki consolidó las siguientes conclusiones a propósito del tema¹⁷:

- 1) El Ministerio Público o la Fiscalía deben tener la posibilidad de abstenerse de acusar con base en ciertas condiciones que vinculen al imputado de una infracción.
- 2) Deben desarrollarse normas legislativas o administrativas que fijen las condiciones para la decisión de abstención.

¹⁶ NEREU JOSÉ GIACOMOLLI, *Legalidad, oportunidad y consenso en el derecho penal* (Lima: ARA, 2012), 55.

¹⁷ *Ibid.*, 54.

- 3) El objetivo principal de esas condiciones debe ser la mejora del comportamiento infractor y la compensación a la víctima de la infracción.
- 4) Las condiciones impuestas no deben restringir los derechos políticos del imputado ni tener naturaleza punitiva.
- 5) Las condiciones que pueden ir asociadas a una abstención deben ser similares a las que se imponen en el marco de una condena condicional o una suspendida.
- 6) Particularmente en el caso de infracciones relacionadas con el uso de drogas o alcohol, debe ser considerada como una condición la posibilidad de sujeción a tratamiento médico o sumisión de vigilancia.

Todo esto es una clara manifestación de que Europa estuvo a favor del principio de oportunidad en esos años. Se buscaba regularizar un cierto poder muy diferente a los sistemas expresados en Estados Unidos en aquella época.

Tiempo después, a finales de los ochenta e inicios de los noventa, los movimientos de reformas procesales penales florecieron en Latinoamérica en torno al Código Procesal Modelo para Iberoamérica de 1989. Específicamente el artículo 230, que hace mención al principio de oportunidad, dice:

ART. 230. Oportunidad. En los casos en que la ley penal permita la aplicación de criterios de oportunidad para evitar la promoción de la persecución penal o para hacerla cesar, el Ministerio Público, por intermedio del funcionario que la ley orgánica determine, pedirá el archivo al juez de instrucción competente, quien decidirá sin recurso alguno. El tribunal podrá requerir la opinión del Ministerio Público sobre la cuestión, cuando lo considere conveniente.

El archivo no supone la clausura definitiva de la persecución penal, que podrá ser reiniciada por el Ministerio Público cuando lo considere conveniente, salvo que la ley penal le otorgue otros efectos.

Los criterios de oportunidad deben ser fijados por la ley penal, pues representan soluciones normativas materiales para el ejercicio de la persecución penal; sin embargo, podría ocurrir que, según las disposiciones

jurídicas relativas a la distribución de competencia legislativa de un Estado la mayoría de las veces constitucionales, la fijación de estos criterios estuviera atribuida con exclusividad al legislador procesal. Se incluye, a continuación, un ejemplo posible sobre criterios de oportunidad.

“En las acciones que deben ser ejercidas por el Ministerio Público, él, con el consentimiento del juez competente, podrá decidir la clausura del procedimiento, en los siguientes casos:

- 1) Cuando se tratare de hechos que, por su insignificancia o su falta de frecuencia, no afecten gravemente el interés público, salvo cuando la pena mínima supere los tres años de privación de libertad o el delito haya sido cometido por un funcionario público [sic] en ejercicio de su cargo.
- 2) Cuando la contribución o la culpabilidad del agente en la comisión del hecho sea leve y no exista ningún interés público gravemente comprometido en su persecución, salvo que se tratare de un delito cometido por un funcionario público [sic] en ejercicio de su cargo.
- 3) Cuando se tratare de casos que reúnen los presupuestos bajo los cuales el tribunal puede prescindir de la pena.
- 4) Cuando para evitar la consumación de un hecho o para facilitar su persecución penal, resultare idóneo prescindir de la persecución de otro hecho o de una contribución al mismo hecho, o limitar la pretensión punitiva a una pena o calificación más leve de la que efectivamente corresponde. En este último caso, no procederá la clausura del procedimiento. Esta disposición no será aplicable a hechos cometidos por funcionarios públicos [sic] en ejercicio de su cargo.
- 5) Cuando alguna de varias infracciones legales, que han sido cometidas por una misma acción o por varias acciones, carecen de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad y corrección ya ejecutoriada o a la que probablemente se aplicará, se podrá limitar la persecución a la otra u otras infracciones restantes; de la misma manera se procederá cuando la pena o medida de seguridad y corrección que se espera por un hecho punible carece de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad y corrección ya ejecutoriada o a la que se debe esperar en un proceso tramitado en el extranjero, y procede la extradición y entrega del imputado al país

extranjero; en este mismo caso, se podrá prescindir de la extradición activa. En estos supuestos, el procedimiento podrá ser reabierto y se podrá proseguir, siendo este uno de los mayores esfuerzos”¹⁸.

Como se puede observar, este código es uno de los mayores esfuerzos de adaptación a los países latinos de las nuevas realidades jurídicas. Ofrece tonalidades, lineamientos e instituciones propias del derecho anglosajón, siendo el principio de oportunidad el mejor ejemplo. Gradualmente, desde el año de creación de dicho código, sus recomendaciones han venido siendo adoptadas por las legislaciones latinoamericanas, en general como excepción al principio de legalidad.

Fundamentos

Fundamentos doctrinales

Teoría de la adecuación social de Welzel. Propuesta por el filósofo y jurista Hans Welzel, resulta uno de los fundamentos para comprender y aceptar en las legislaciones nacionales el principio de oportunidad, aunque no es una teoría definitiva pues ha sufrido muchos cambios desde su primera formulación.

La concepción original de la adecuación social se basaba en el siguiente postulado: “Quedan fuera del concepto de injusto todas aquellas acciones que se mueven funcionalmente dentro del orden históricamente constituido”¹⁹. Lo cual implica que para Welzel quedan excluidos de lo injusto penal los hechos derivados de lo socialmente común en el orden histórico. Dicho de otro modo, las acciones socialmente adecuadas no pueden ser típicas.

En un segundo estadio de su teoría Welzel modificó dicha concepción en el sentido de considerar a la adecuación social como una causa

¹⁸ Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica.

¹⁹ MANUEL CANCIO MELIÁ, *La teoría de la adecuación social de Welzel* (Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1993), 698.

de justificación consuetudinaria, mientras que en una tercera fase volvió a definirla en el ámbito del tipo. Así pues, la teoría ha sufrido muchos cambios, pero siempre dirigida a explicar que ciertos hechos típicos son aceptados dentro de la sociedad:

Las acciones ejecutadas con el cuidado debido, y situadas por completo en el marco del orden de la vida en comunidad conformado históricamente, no pueden incluirse en ningún tipo delictivo, ni siquiera cuando conlleve peligros para bienes jurídicos protegidos penalmente²⁰.

Desde una perspectiva acuñada en la primera mitad del siglo xx, Meier argumenta sobre la adecuación social apuntando a los hechos punibles de ínfima importancia,

que presentan realizaciones mínimas de tipos penales [y] merecen ser derivados a otras formas de control social existentes, para evitar el riesgo de etiquetar criminalmente al autor y procurar espacio para que los órganos de persecución penal se ocupen de los hechos punibles más graves, que constituyen el núcleo amenazador penalmente²¹.

Es decir, el derecho penal debe hacer énfasis en los delitos que representen un grave peligro social y por ende un alto grado de amenaza a los bienes jurídicos, y restarle importancia a los delitos menores cediéndolos a otras formas de control social.

Por último, para evitar confusiones posteriores es necesario establecer la diferencia entre delitos insignificantes e infracciones de ofensividad insignificante: “Los primeros deben entrar al sistema penal, aunque no se justifique una prisión y los últimos deben quedar fuera porque en ellos se excluye la tipicidad o recaen sobre alguna causa de justificación”²².

²⁰ FLAVIO GARCÍA DEL RÍO, *El principio de oportunidad* (Lima: Legales, 2000), 74.

²¹ *Ibid.*, 76.

²² *Ibid.*, 77.

Principio de lesividad. He aquí un fundamento más de la validez del principio de oportunidad. El de lesividad se entiende como un principio rector del derecho penal amparado en el artículo IV del título preliminar del Código Penal peruano, el cual dice: “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”. Es decir, deben considerarse como delitos solo aquellas conductas que en realidad causen daño o generen un riesgo concreto a un bien jurídico.

Según Mir Puig,

esta percepción responde a la generalidad del derecho penal y el derecho positivo, en general, como la estructura dialogal de los sistemas sociales y coherentemente una concepción de pena como proceso de diálogo entre el Estado y el condenado y el debido proceso. Estas son las exigencias de un Estado democrático y del derecho²³.

En esta reflexión se observan los hechos del derecho penal en la sociedad y su relación con el *ius puniendi* del Estado. La concepción dialogal de la pena para ciertos autores garantiza y posibilita la participación por parte del Estado.

El principio de lesividad, también denominado *lesividad del bien jurídico*, se puede sintetizar en un aforismo muy ajustado a la realidad: “No hay delito sin daño”. En consecuencia, se descartan todos los delitos que no producen un daño real o una puesta en peligro efectiva del bien jurídico. Es decir, las conductas no atentatorias contra la convivencia social no pueden ser típicas. En palabras de García del Río:

Dentro de estos casos pueden encajarse dos supuestos:

- Los riesgos jurídicamente irrelevantes o permitidos (quedan fuera del margen legal de los tipos penales).
- Las acciones sociales insignificantes toleradas por la generalidad, cuando se realicen comportamientos que solo afectan en mínimo grado el

²³ SANTIAGO MIR PUIG, *Funciones de la pena y teoría del delito, en el Estado social y democrático* (Barcelona: Bosch, 1982), 87.

bien jurídico, tampoco se puede predicar su tipicidad; es lo que se da a conocer como “principio de insignificancia” desarrollado por Roxin.²⁴

En resumen, el principio de lesividad es el principio por el cual en derecho penal se exige regular y, por ende, sancionar solo las conductas humanas socialmente relevantes, que tengan un impacto social y ocasionen un daño o un peligro considerable.

Principio de insignificancia. Se trata de otro fundamento doctrinal válido del principio de oportunidad que deriva de la teoría de la adecuación welzeliana. Según Roxin, debe entenderse como “aquel que permite en la mayoría de los tipos excluir desde un principio daños de poca importancia”²⁵. De acuerdo con el principio de insignificancia se consideran atípicas aquellas conductas que ocasionan afectaciones mínimas a un bien jurídico.

En la doctrina alemana, Klaus Tiedemann se refiere al principio de insignificancia como *principio de bagatela*, “fundamentándolo entre el principio de proporcionalidad que debe regir entre el delito y la gravedad de la intervención estatal por el delito”²⁶. Es decir, debe existir una ponderación entre la gravedad del delito y la intensidad de la intervención estatal pues, aunque haya delito porque se cumple toda la teoría penal, en algunos casos debe prescindirse de la pena por su poca trascendencia e insignificancia.

En efecto, al ser delitos de bagatela, es de suma necesidad la celeridad y prontitud de la impartición de justicia, pues dentro de un debido proceso se verían afectados la persecución de delitos de mayor gravedad, complejidad o mayor repercusión social.

²⁴ GARCÍA DEL RÍO, *El principio de oportunidad*, 79.

²⁵ *Ibid.*, 83.

²⁶ *Ibid.*, 85.

Fundamentos político-criminales

Derecho penal de ultima ratio. El Estado solo debe participar en el derecho penal cuando sea absolutamente necesario para la solución de conflictos y buscando promover recursos menos deplorables. Esta intervención de *ultima ratio* tiene dos aspectos: la criminalización primaria —es decir, la creación de normas penales— y la criminalización secundaria —la creación y administración de las instituciones que intervendrán en la solución de los conflictos penales (la PNP, el Ministerio Público o el Poder Judicial, por ejemplo)—.

En necesario agregar a esto lo dicho por Bustos Ramírez: “Aplicando el principio de la estricta necesidad, *ultima ratio*, de subsidiaridad del control penal, ha de llegarse ineludiblemente en el ejercicio de la acción penal al principio de oportunidad”²⁷. Es decir, en el principio de oportunidad recaerán los delitos que no merecen el ejercicio de la acción penal como *prima ratio*, contribuyendo así a descongestionar el derecho penal de *ultima ratio*.

Principio de mínima intervención. A grandes rasgos, nos dice que el Estado solamente debe intervenir en los casos que sea estrictamente necesario por razones de gravedad, complejidad o relevancia social, siempre y cuando no existan otros medios para proteger a la sociedad de algún hecho lesivo.

“En ese sentido se debe evitar el exceso de la intervención del sistema legal (reduciendo con esto la violencia institucional).”²⁸ Es decir, la intervención estatal no debe asomarse a la impartición de justicia sobre delitos de poca monta o de mínima afectación al bien jurídico.

El principio de intervención mínima siempre va de la mano con principios como los de proporcionalidad, *ultima ratio*, fragmentariedad o insignificancia, y siempre toma como punto de partida la proporcionalidad entre el delito y la medida que se tomará para impartir justicia. De esta manera se pretende evitar el exceso de punición. Solo así el

²⁷ *Ibid.*, 88.

²⁸ *Ibid.*, 89.

derecho penal puede dar un tratamiento adecuado a los delitos de poca monta para reducir la impunidad que aqueja a los agraviados por estos, pero siempre en el marco de un modelo garantista del control penal.

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN PERÚ

Como se ha podido observar, el fiscal, en el marco de sus atribuciones, interviene activamente en el acuerdo del principio de oportunidad para poder abstenerse de ejercer la acción penal. Cabe mencionar que para lograrlo debe seguir el procedimiento regular del principio. Para comprender mejor tal procedimiento a continuación lo analizaremos paso a paso.

Como base legal tendremos en cuenta el artículo 2 del Código Procesal Penal peruano, las resoluciones 1470-2005-MP-FN y 2508-2013-MP-FN, y la Ley 30 076 que modificó en el 2015 el referido artículo 2. Se entiende que esas son todas las normas que actualmente regulan el procedimiento de aplicación del principio de oportunidad.

Aspectos generales de la aplicación del principio de oportunidad en Perú

En primer lugar, para poder acogerse a tal principio es necesario cumplir sus exigencias generales. Por lo tanto, hay que empezar revisando las condiciones bajo las cuales aplica:

- 1) Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años y resulte innecesaria.
- 2) Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo que el extremo mínimo de la pena privativa de la libertad sea superior a los dos años o la conducta haya sido cometida por un funcionario en el ejercicio de su cargo.

- 3) Cuando, conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14, 15, 16, 21, 22, 25 y 46 del Código Penal, y se advierta que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución. No será posible cuando se trate de un delito conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o cometido por un funcionario en el ejercicio de su cargo.

Cabe mencionar que en casos de delitos ambientales existe también una excepción, conforme al artículo 2.8 del código procesal penal peruano: el fiscal podrá abstenerse de ejercer la acción penal, luego de la verificación correspondiente, en los casos en que el agente comprendido en la comisión de los delitos previstos en los artículos 307-A, 307-B, 307-C, 307-D, 307-E del Código Penal suspenda sus actividades ilícitas de modo voluntario, definitivo e indubitable, comunicando este hecho al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental mediante instrumento de fecha cierta. Si la acción penal hubiera sido promovida, se aplican en lo pertinente las mismas reglas establecidas en el referido artículo.

En cuanto a los sujetos procesales, el actor principal es el Ministerio Público dirigido por el fiscal. En la mayoría de ocasiones los fiscales de los despachos de decisión temprana son los legitimados para aplicar el principio de oportunidad. Luego está el imputado, es decir, el sujeto activo ejecutor de la conducta típica. A su turno, están el abogado defensor del imputado, el agraviado o sujeto pasivo del delito y el tercero civil responsable, si lo hubiere.

Impedimentos para la aplicación del principio

Conforme al artículo 2.9 del código procesal penal peruano, no procede la aplicación del principio de oportunidad cuando el imputado:

- 1) Tiene la condición de reincidente o habitual, de conformidad con los artículos 46-B y 46-C del Código Penal.

- 2) Sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio en dos ocasiones anteriores, dentro de los cinco años de su última aplicación, siempre que se trate, en todos los casos, de delitos de la misma naturaleza o que atenten contra un mismo bien jurídico.
- 3) Sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio dentro de los cinco años anteriores a la comisión del último delito.
- 4) Sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido con anterioridad al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio y no haya cumplido con reparar los daños y perjuicios ocasionados o lo establecido en el acuerdo reparatorio.

El mayor impedimento que impone esta normativa es a los supuestos 2 y 3. Además, no se puede aplicar el principio de oportunidad cuando el delito es cometido por un funcionario en el ejercicio de su cargo. Para la presente investigación esta prohibición es muy importante pues afecta a delitos como el peculado culposo, que generan una significativa afectación a nuestro sistema procesal, específicamente a la carga procesal y la efectivización de la reparación civil.

Según lo expresado en el artículo 2 del Código Procesal Penal, en estos casos el fiscal promueve indefectiblemente la acción penal y procede conforme a sus atribuciones. Es decir, continúa con la acción penal y con el proceso penal propiamente dicho.

Procedimiento

Promoción y notificación

Primero el fiscal de oficio emite una disposición promoviendo la probable aplicación del principio de oportunidad (se dice *probable* pues no es obligatoria). A continuación se cita al imputado a fin de que manifieste su consentimiento (personalmente o por escrito con firma legalizada) en el plazo de diez días calendario a partir de la expedición de dicha

disposición. Si el imputado no concurre personalmente al despacho del fiscal o no manifiesta su consentimiento por medio escrito, continuará el procedimiento regular, es decir, la investigación penal. Por otro lado, si el imputado manifestó de forma clara su conformidad, en el plazo de 48 horas se citará a audiencia única de principio de oportunidad, la cual se llevará a cabo dentro de los diez días calendario tras la citación por parte del fiscal. Dicha citación debe incluir a todos los sujetos señalados anteriormente —imputado, agraviado y tercero civil—.

Audiencia

Si las partes no concurren a dicha audiencia, se señala una nueva fecha que no excederá los diez días calendario. Si asiste el imputado, pero no el agraviado, el fiscal puede determinar el monto de la reparación civil de forma razonable y proporcional; pero si ninguna de las partes concurre, continuará la investigación.

En caso de que las partes asistan a la audiencia única y el agraviado manifieste su conformidad, el fiscal procurará que las partes se pongan de acuerdo respecto al monto de la reparación civil, la forma de pago, el plazo, el o los obligados y cualquier otro tipo de compensación, si correspondiera y así se acordara. Pero si el agraviado no se encuentra conforme con la aplicación de principio, el fiscal podrá continuar el trámite ya iniciado y fijar una reparación civil razonable y proporcional.

Disposición

En caso de que las partes lleguen a un acuerdo, el fiscal emitirá una disposición fiscal continuando con el trámite de aplicación del principio de oportunidad, en la que indicará el monto de la reparación civil, la forma, el plazo de pago y el o los obligados. Es decir, debe ser correctamente señalado cada punto de forma exhaustiva sobre la controversia y el desarrollo del principio.

En caso de que el agraviado o el imputado no estén conformes con el monto de la reparación civil o el plazo para su pago, el fiscal podrá

establecerlos. Para tal efecto, cualquiera de las partes podrá interponer el recurso de apelación contra el extremo objeto de desacuerdo.

Pago

El plazo de pago de la reparación civil no excederá los nueve meses. Si el o los obligados no cumplieren con el pago íntegro de la reparación civil dentro del plazo máximo acordado, el fiscal dispondrá lo conveniente.

En caso de que el pago de la reparación civil haya sido establecido en cuotas, ante el incumplimiento de una de estas se requerirá al imputado el cumplimiento de su obligación bajo apercibimiento de dar por concluido el trámite y disponer lo conveniente.

Satisfecha la reparación civil, el fiscal expedirá la disposición fiscal de abstención del ejercicio de la acción penal pues solo en este punto es apropiado hacerlo. Antes de ello puede aún tener opción de ejercerla frente al no pago de la reparación civil.

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN COLOMBIA

En Colombia el principio de oportunidad es permitido. La Corte Constitucional²⁹ validó su aplicación

cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios.

El legislador supedita dicha posibilidad a dos precisos requisitos, a saber (1) que la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa —es decir, que la afectación de la administración pública o de la eficaz y recta impartición de justicia sea leve, valoración que deberán efectuar en concreto la Fiscalía y el juez de garantías encargado del

²⁹ Sentencia C-988/06.

respectivo análisis de antijuricidad y proporcionalidad con ocasión del control de legalidad— y (2) que la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinaria correspondiente —es decir, que en relación con la misma conducta se configure una falta disciplinaria que dé o haya dado lugar a la imposición de la sanción respectiva—.

En relación con esta última condición cabe precisar que, en la medida en que la disposición se refiere expresamente al “deber funcional”, ha de entenderse que se alude en este caso a hipótesis en las que los servidores públicos o los particulares que cumplan funciones públicas estén sometidos a la potestad disciplinaria e incurran en conductas respecto de las cuales quepa, junto con la imposición de la sanción penal, endilgar responsabilidad disciplinaria por el incumplimiento de dichos deberes funcionales.

PROHIBICIÓN DE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA EN DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

LA PENA

El concepto de *pena* es tan antiguo como el hombre mismo. Una de las primeras definiciones nace en el Imperio romano. Allí la *poena* era el vínculo entre el daño y la retribución del delito, como se recogió en las bien conocidas XII Tablas. La etimología de la palabra ha sido muy discutida hasta la actualidad. Una versión muy interesante, recogida por Jiménez de Asúa, dice que

su origen yace en el término latino *pondus*, peso, derivado de *pendo* —dejar colgar en los platillos de la balanza, pesar— porque, en la necesidad de mantener el necesario equilibrio entre los platillos de la balanza que representa la justicia, cuando aquel en que se coloca el crimen pudiese caer si el otro donde se coloca las eximentes y los motivos de atenuación, carece de elementos que sirvan de contrapeso bastante, en el que se añade un peso, representado por la pena¹.

En todo caso, se trata de la unión de dos ideas, el fin retributivo de la pena y su proporcionalidad, pues como el citado autor nos advierte, ese es el precio del delito. Es decir, la pena es lo que el sujeto activo debe pagar al cometer un delito, y corresponderá a la gravedad del hecho menos las atenuantes.

¹ JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal* (Buenos Aires: BdeF, 2009), 5.

En términos simples “la pena es definida en una de sus acepciones como el ‘castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales responsables de un delito o falta’ y en la otra como ‘dolor, tormento o sentimiento corporal’”². Pero estas concepciones resultan muy ambiguas para el estudio un poco más profundo del tema. Para la sociología la pena es, como dice Durkheim,

una especie de derivación de su interés por justificar y elaborar una teoría social de carácter general. Se trata de una descripción sobresaliente por diversos motivos, uno de los más importantes, que atribuyó al castigo una seriedad moral e importancia funcional que superan con mucho su contribución como medio para controlar el crimen³.

Como se puede ver, por su metodología de estudio la sociología tiene una concepción de la pena más esperanzadora que las demás ramas del saber.

En el derecho penal la pena, según Reyes Echandía⁴, es la supresión o coartación de un derecho personal que el Estado impone por medio de sus ramas jurisdiccionales correspondientes a un sujeto activo imputable declarado responsable de un delito mediante un debido proceso. Por otra parte, para Cuello Calón la pena es “el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia al culpable de una infracción”⁵. Las concepciones de la pena en el derecho penal son muy semejantes y poco discutidas, a diferencia de la función de la pena y las teorías de la pena, que sí dividen profundamente las opiniones de los penalistas.

² DIANA COHEN AGREST, *Ausencia perpetua* (Buenos Aires: Debate, 2013), 47.

³ DAVID GARLAND, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social* (Ciudad de México: Siglo XXI, 1990), 42.

⁴ ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho penal* (Bogotá: Temis, 1996), 245.

⁵ EUGENIO CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Tomo I* (Barcelona: Bosch, 1953), 643.

Función de la pena

La pena ha cumplido diversas funciones durante la historia de la humanidad, desde la retribución —es decir, que el delincuente sufra el mismo dolor que la víctima—, conocida como *ley del talión* e identificada por la expresión “Ojo por ojo, diente por diente”, hasta la prevención y la resocialización.

En un periodo primigenio, cuando los Estados no se habían conformados aún, existía una legitimación por parte del agraviado: “Los sujetos afectados tenían el poder de castigar directamente a sus agresores en su integridad privada y sin ningún tipo de limitación”⁶. Esta función se llamaba *retribución* y se puede describir así:

La retribución fluye de una concepción del hombre como ser capaz de conocimiento y voluntad, de autodeterminarse y obrar conforme a valores, y por ende de dar cuenta, es decir, de responder a sus actos, fundando y justificando así, entre la variedad de sanciones para estos la sanción penal.⁷

En dicha época la pena, aunque no parezca así, no era una simple venganza, sino el pago que el delincuente brindaba a la víctima o a la familia de esta por el daño provocado, que representaba un menoscabo a la dignidad humana y afectaba todos los principios rectores de la pena.

Con la aparición del Estado el delito pasó de ser una afectación particular a una agresión contra el Estado y su *statu quo*. Por ende, la pena se volvió una responsabilidad exclusiva del Estado, pasando de privada a pública. De esta manera, las penas empiezan a controlarse, a contar con principios rectores y a ser más proporcionales.

⁶ MARÍA CAROLINA GALVES RUEDA, *Sistema penitenciario y carcelario en Colombia. Teoría y realidad* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2003), 21.

⁷ MANUEL RIVACOBAY Y RIVACOBAY, *Hacia una nueva concepción de la pena* (Arequipa: Grijley, 1995), 81.

SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA EN PERÚ

Tal suspensión, también llamada *pena condicional*, se encuentra amparada en el artículo 57 del Código Penal peruano. Tiene un significado simple, que resalta el hecho de que no se purgará condena en un establecimiento penitenciario. El condenado tendrá, pues, cierta libertad, pero con restricciones y reglas, bajo los siguientes parámetros:

- 1) Que la condena se refiera a la pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.
- 2) Que la naturaleza, la modalidad del hecho punible, el comportamiento procesal y la personalidad del agente permitan inferir al juez que este no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable de la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere una debida motivación.
- 3) Que el agente no tenga condición de reincidente o habitual.

La determinación de la pena, en este sentido, debe tener en cuenta las condiciones personales del acusado, la naturaleza del delito y las circunstancias de su ejecución. Es decir, la efectividad de la pena suspendida recae en los criterios de la prevención especial. Se requiere observar la peligrosidad del condenado y su predisposición a cometer nuevos delitos en el caso en concreto y no de forma objetiva y general. La imposición de una pena suspendida es facultativa del juzgador cuando se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 57 del Código Penal peruano⁸.

La suspensión exige el cumplimiento de ciertas reglas de conducta que se encuentran en el artículo 58 del mismo cuerpo legal. Al incumplirlas, se puede revocar el beneficio, tras ejecutar pasos previstos como la amonestación o la prórroga del plazo de pena suspendida. Las reglas de conducta son claras desde esta perspectiva. La de mayor interés para el presente análisis es el pago de la totalidad de la reparación civil. La restitución de lo afectado al Estado y un pago de reparación civil adicional,

⁸ Exp. R. N. 269-2004, Madre de Dios.

sumados a la condena e inhabilitación, según corresponda, resultan suficientes para delitos de mínima lesividad.

SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA EN COLOMBIA

En Colombia tal suspensión se encuentra amparada en el artículo 63 del Código Penal. Como figura penal establece que el sentenciado no purgará su condena en un establecimiento penitenciario, pero sí asumirá ciertas reglas de conducta. Todo esto se encuentra especificado en el referido artículo:

La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurran los siguientes requisitos:

- 1) Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.
- 2) Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos en el inciso 2.º del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.
- 3) Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.

En conjunto con lo anterior se debe tener en cuenta el artículo 68-A del Código Penal colombiano, que excluye de la suspensión condicional a los condenados por cualquiera de los delitos consignados en la siguiente lista:

Delitos dolosos contra la administración pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaiga sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; abigeato enunciado en el inciso tercero del artículo 243; extorsión; homicidio agravado contemplado en el numeral 6 del artículo 104; lesiones causadas con agentes químicos, ácidos y/o [sic] sustancias similares; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objeto peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonales.

Como se puede observar, la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena en Colombia se materializa en diversos tipos penales, entre ellos los delitos dolosos contra la administración pública.

CONSECUENCIAS DE LA PROHIBICIÓN DE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

La pena y sus formas de ejecución en el tiempo se han ido perfeccionando de acuerdo con el avance y el desarrollo de sus principios rectores.

A esta evolución le corresponde una orientación relacionada con una justicia criminal social antes que retributiva. Resulta importante limitar el papel que cumple la prisión clásica, cuya eficacia se cuestiona cada vez más en la actualidad, sobre todo en la ejecución de penas cortas.

El Tribunal Constitucional español en diversos casos ha expresado la importancia de la suspensión de la ejecución de la pena en cuanto institución jurídica que opera factores tanto de la prevención general como de la prevención especial. Se destaca la necesidad de este tipo de ejecución en la legislación ya que evita en ciertos casos el cumplimiento de penas cortas en los establecimientos penitenciarios por parte de sujetos que en su mayoría presentan pronóstico favorable a no cometer nuevamente delitos⁹.

Considérese que las penas privativas de la libertad solo convulsionan sistemas penitenciarios casi colapsados como el peruano o el colombiano. La búsqueda de eficacia por parte de legislador ha obligado a tomar medidas alternativas que las autoridades competentes tienen que considerar¹⁰. Debe pensarse, por ejemplo, en aumentar la vigilancia para disminuir la probabilidad de concluir con éxito actividades corruptas, puesto que así se puede reducir el lucro que espera obtener el agente público al cometer tales delitos.

Además, existe un grave inconveniente: la posible afectación a la independencia de criterio judicial, si el juez carece de todo margen de discrecionalidad para aplicar la suspensión de la ejecución de la pena y, por tanto, la eliminación de todo tipo de juicio de valor al respecto.

La aplicación mecánica de una pena de carácter penitenciario en los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios o servidores públicos, obviando el caso en concreto, trasgrede significativamente el principio de proporcionalidad y razonabilidad pues no se estarían considerando mejores vías que la pena efectiva. Estas pueden incluir un real cobro y una correcta ejecución de la reparación civil, una

⁹ SSTC 115/1997 del 16 de junio; 164/1999 del 27 de septiembre; 264/2000 del 13 de noviembre.

¹⁰ NICOLÁS RODRÍGUEZ y EDUARDO CAPARRÓS, *Corrupción y delincuencia económica* (Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2008), 33.

inhabilitación considerable en los casos de delitos dolosos, la pena de multa o los servicios comunitarios. Téngase en cuenta, además, que se crea así la posibilidad de suspender la pena para que frente a incumplimientos se pueda revocar tal suspensión y volver a la pena privativa de libertad con carácter efectivo. En fin, la pena suspendida es una medida necesaria en nuestros sistemas penitenciarios pues no se genera impunidad y cumple la función restaurativa, más allá de la visión negativa que pueda existir entre la ciudadanía.

En conclusión, las normas que ignoran las teorías de la función de la pena, sin una fundamentación clara que cumpla con los parámetros tanto de la dogmática penal actual como de la criminología, impiden una correcta política criminal. Son normas arbitrarias que solo generan incertidumbre jurídica al momento de la determinación de la pena de un condenado, además de partir de criterios más populistas que políticos-criminales.

PROHIBICIÓN DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS Y DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La información cuantitativa para la elaboración del presente estudio se obtuvo de una fuente secundaria: la carta D000099-2021-INPE-TAIP, recibida como respuesta a la solicitud de información pública presentada por el investigador, a través de la Plataforma de Transparencia y Acceso a la Información Pública, al Instituto Nacional Penitenciario. La tabla 13 recoge los datos precisados en la carta.

Tabla 13. Internos por delitos contra la administración pública en Perú

Año	Total	Procesados	Sentenciados
2005	223	152	71
2006	234	157	77
2007	260	152	108
2008	268	146	122
2009	264	138	126
2010	279	161	118
2011	336	192	144
2012	491	420	71
2013	477	425	52
2014	406	350	56
2015	512	443	69
2016	655	538	117

Año	Total	Procesados	Sentenciados
2017	489	389	100
2018	546	451	95
2019	666	563	103
2020	337	289	48

Fuente: carta D000099-2021-INPE-TAIP.

Se observa el detalle temporal y cuantitativo de tales internos según su situación jurídica. Fueron analizados 64 establecimientos penitenciarios tanto de varones como de mujeres.

Los delitos asociados a la presente tabla abarcan colusión, colusión agravada, concusión, peculado, peculado culposo, peculado doloso, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, cohecho activo específico, cohecho activo genérico, cohecho pasivo específico, cohecho pasivo impropio y cohecho pasivo propio.

BENEFICIOS PENITENCIARIOS Y DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN PERÚ

Los beneficios penitenciarios pueden considerarse la columna vertebral de los sistemas penitenciarios modernos a fin de anticipar una salida del establecimiento antes de cumplir la condena¹. Por su parte el Tribunal Constitucional peruano aclara que

los beneficios penitenciarios son estímulos que coadyuvan a la reinserción del interno en la sociedad. No constituyen, por tanto, un derecho que pueda ser exigido por el solo motivo de reunirse los requisitos formales. Además del cumplimiento de estos requisitos, se debe tener en cuenta la personalidad del agente².

¹ ENRIQUE SANZ DELGADO, “Los beneficios penitenciarios”, *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n.º 8 (2004): 47-72.

² Sentencia TC 02898-2005-HC/TC.

El artículo 165 del reglamento del Código de Ejecución Penal establece que los beneficios penitenciarios son estímulos que forman parte del tratamiento progresivo y responden a las exigencias de individualización de la pena, considerando la concurrencia de factores positivos en la evolución como coadyuvante a la reeducación y reinserción social. Todas estas disposiciones, tanto doctrinarias como normativas o jurisprudenciales, establecen la relevancia que tienen esos beneficios para los sistemas penitenciarios modernos.

Ahora bien, el Derecho Legislativo 1296, publicado el 30 de diciembre del 2016, el cual modifica el artículo 50 del Código de Ejecución peruano, establece que

no son procedentes los beneficios penitenciarios de semi-libertad y liberación condicional para aquellos internos que hayan cometido delitos vinculados al crimen organizado conforme a la Ley 30 077 Ley Contra el Crimen Organizado.

Tampoco son procedentes para aquellos internos que se encuentran sentenciados por la comisión de los delitos previstos en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 189, 200, 279-A, 297, 317, 317-A, 317-B, 319, 320, 321, 322, 323, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 346, 382, 383, 384, primer, segundo y tercer párrafo del 387, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401.

Los internos sentenciados por la comisión de los supuestos delictivos previstos en los artículos 121, primer párrafo del artículo 189, 279, 279-B y 279-G siempre que se encuentren en la etapa de mínima o mediana seguridad del régimen cerrado ordinario y se trate de su primera condena efectiva, previo pago de la pena de multa y del íntegro de la cantidad fijada en la sentencia como reparación civil, podrán acceder a la liberación condicional cuando hayan cumplido las tres cuartas partes de la pena.

Es decir, los internos sentenciados por los delitos de concusión, exacción ilegal, colusión, peculado en sus modalidades dolosas, malversación de fondos, todos los cohechos, la negociación incompatible y el enriquecimiento ilícito no podrán obtener ningún tipo de beneficio penitenciario extramuros. Esta situación resulta todavía más grave y

represiva si la analizamos en conjunto con la Ley 30 609, que modifica el artículo 46 del Código de Ejecución Penal peruano, por la cual no procede la redención de la pena por trabajo o educación para los que cometan delitos de corrupción relacionados con crimen organizado. Dicha norma hace hincapié en que esto último solo abarca a los sentenciados por crimen organizado en el marco de la Ley 30 077.

La política criminal con respecto a los beneficios penitenciarios ha ido transformándose en un bloque de prohibiciones y restricciones de acceso no solo para delitos contra la administración pública. Sobre esto señala Small Arana:

En los últimos años la política criminal se ha caracterizado por el endurecimiento de las penas en una serie de delitos, así como la disminución y la eliminación de los beneficios penitenciarios, que a la postre traerán consigo mayor tiempo de permanencia de los sentenciados, turgurizando las cárceles y haciendo imposible cumplir con el objeto de la pena.³

BENEFICIOS PENITENCIARIOS Y DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA

A fin de evitar confusiones debemos señalar que el Código Penitenciario y Carcelario de Colombia no reconoce el termino *beneficios penitenciarios*, sino más bien el *nomen iuris* de *beneficios administrativos*, conforme lo establece el artículo 146 del mencionado cuerpo legal. Los beneficios allí establecidos incluyen permisos hasta de setenta y dos horas, libertad y franquicia preparatorias, trabajo extramuros y penitenciaría abierta como parte del tratamiento penitenciario en sus distintas fases, de acuerdo con la reglamentación respectiva.

³ GERMÁN SMALL ARANA, “Análisis de la Ley N° 29 423 que suprime los beneficios penitenciarios por los delitos de terrorismo”, *Revista Derecho y Ciencia Política de la UNMSM*, n.° 66 (2009): 212.

Si bien el Código Penitenciario y Carcelario ofrece diversos beneficios para el condenado, la Ley 1474 del 2011 modificó el artículo 68-A del Código Penal para establecer las siguientes exclusiones:

No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.

Tampoco tendrán derecho a beneficios o subrogados quienes hayan sido condenados por delitos contra la administración pública, estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado, utilización indebida de información privilegiada, lavado de activos y soborno transnacional.

Una nueva modificación, establecida mediante la Ley 1773 del 2016, precisó:

No se concederán la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la administración pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; extorsión; homicidio agravado contemplado en el numeral 6

del artículo 104; lesiones causadas con agentes químicos, ácido y/o [sic] sustancias similares; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal.

El legislador colombiano, por medio de la Ley 1944 del 2018, amplió un poco más los delitos que no pueden acceder a beneficios. En la actualidad existe un aproximado de cien tipos penales que no admiten beneficios en Colombia, entre ellos todos los delitos dolosos contra la administración pública.

CONSECUENCIAS DE LA PROHIBICIÓN DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS

Como se ha podido observar, nos encontramos ante un contexto muy particular para los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios. Perú asumió un tratamiento represivo, sustentado en una lucha frontal contra la corrupción, la cual no coincidirá ni con los fines de la pena ni con la naturaleza de los beneficios penitenciarios.

De igual forma, Colombia asumió una postura radical en la prohibición de los beneficios administrativos de naturaleza penal, teniendo

en cuenta el amplio legajo prohibitivo que ha desarrollado en los últimos diez años.

Puede decirse que estos países vienen desconociendo la existencia de garantías que todo país democrático y alineado a sistemas penitenciarios graduales y progresivos debería mantener vigente en la norma penitenciaria. Restringirle a un condenado la posibilidad de acceder a su libertad a través de incentivos o beneficios significa negar buena parte de los avances actuales sobre los sistemas penitenciarios.

Al 2022 Perú alcanza la cifra de 48 000 internos en estado de hacinamiento carcelario mientras Colombia registra más de 15 000 internos en la misma condición. Tasas de sobrepoblación carcelaria demasiado altas para darse el lujo de restringir beneficios extramuros. Disposiciones como las aquí evidenciadas tan solo logran aumentar desmesuradamente la deplorable situación de los internos.

Dichas posiciones en la política criminal penitenciaria contradicen especialmente lo expresado por el Tribunal Constitucional peruano (Exp. 05436-2014-PHC-TC) sobre el estado de cosas inconstitucional respecto al permanente y crítico hacinamiento carcelario. También contravienen lo expresado por la Corte Constitucional colombiana en las sentencias T-153/98 y T-388/13, que declararon estados de cosas inconstitucionales del sistema penitenciario y carcelario.

LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

LA EXTINCIÓN PENAL Y DE LA PENA

Evolución histórica

Una de las instituciones jurídicas más trascendentes, pero poco comprendida, es la prescripción: que por el trascurso del tiempo se extinga la posibilidad de que el Estado persiga y sancione algún acto delictual. En el presente capítulo se analizará la prescripción y su impacto en los delitos contra la administración pública.

Históricamente, muchos autores consideran los primeros vestigios de la prescripción en la llamada *lex Iulia adulteris*. Dicha ley fijaba un plazo exacto de cinco años tras haber cometido el hecho para juzgar a la mujer adúltera. Vencido dicho plazo se extinguía toda posibilidad de proceso o reproche judicial.

Con la *lex Cornelia de falsis* la prescripción como la conocemos se extendió para la gran mayoría de delitos.

Otras culturas menos documentadas también eran conscientes de esta institución jurídica: “Parece indiscutible que los griegos de la época de Demóstenes conocían el fenómeno de la prescripción, aun cuando nosotros ignoremos en la actualidad sus alcances absolutos que le atribuían características propias”¹.

¹ HORACIO ROMERO VILLANUEVA, *La prescripción penal* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008), 32.

Analizando más aún la figura, la prescripción no es exclusiva del *civil law* pues, contrario a lo que se pensaría, el *common law* también aplicó la idea, pero desde una perspectiva negativa. En Inglaterra existía la figura del *nullum tempus occurrit regi*, la cual establecía un rechazo a la idea del perdón terrenal del delito. Esta idea fue adoptada en Norteamérica, pero, como era de esperarse en esa sociedad, con el tiempo se establecieron normas relacionadas con la apertura de tal prescripción. Una de ellas es la Ley de Massachusetts de 1652².

Ahora bien, la prescripción en cuestión contiene una clasificación doctrinaria de Maggiore³, que refiere al alcance extintivo del *ius puniendi*:

- 1) Causas comunes de la extinción de la acción penal y de la pena:
 - a) Muerte del reo.
 - b) Prescripción.
 - c) Amnistía.
- 2) Causas exclusivas de extinción de la acción penal:
 - a) Sentencia civil ejecutoriada que destipifica la imputación.
 - b) Autoridad de la cosa juzgada.
 - c) Desistimiento.
 - d) Transacción.
 - e) Matrimonio subsiguiente.
 - f) Derecho de gracia.
- 3) Causas exclusivas de extinción de la pena:
 - a) Indulto.
 - b) Cumplimiento de la pena.
 - c) Exención de la pena.
 - d) Perdón del ofendido.
 - e) Conmutación de la pena.

Como se puede observar, se trata de una clasificación con conceptos un poco antiguos y de otra realidad —incluye, por ejemplo, el perdón

² RUTH A. KOK, *Statutory limitations in international criminal law* (La Haya: Asser Press, 2007), 17.

³ GIUSEPPE MAGGIORE, *Derecho penal. Vol. II* (Bogotá: Temis, 1954), 352.

del ofendido o el matrimonio subsiguiente—, pero resulta interesante pues hay alcances comunes y luego causas diferentes de la extinción de la acción penal y de la pena.

Hay otra calificación, esta vez expresada en la doctrina latinoamericana, la de Núñez⁴, que se concentra en las causas y los responsables:

- 1) Subjetivas o personales (muerte del imputado, oblación voluntaria de la multa y prescripción).
- 2) Objetivas (amnistía, consentimiento, perdón y muerte del cónyuge ofendido por el adulterio).
- 3) Mixta (Renuncia).

Estas clasificaciones son meramente doctrinarias, y la gran mayoría no ofrece causales contempladas en nuestro sistema penal, pero arrojan luces sobre la fórmula de extinción de la acción penal y de la pena.

A su vez, hay una gran confusión en relación con las eximentes y los medios extintivos. En ese sentido, Quintaro señala que aquellas “se diferencian de las extintivas que nos ocupan en que las primeras actúan privando al delito de uno de sus elementos constitutivos, asemejándose unas de las otras en sus efectos excluyentes de la punibilidad”⁵. Esto es, si bien los dos elementos eliminan los efectos de la no punibilidad, las eximentes atacan la teoría del delito mientras que los extintivos atacan el proceso.

Antes de iniciar explicando cada causal de extinción que nuestras legislaciones comprenden es necesario conceptualizar y diferenciar la extinción de la acción penal y la extinción de la pena. Para entender el primero de estos puntos será necesario saber qué es *acción penal*.

El artículo 1.º del título preliminar del Código Procesal Civil peruano señala que “toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses con

⁴ RICARDO NÚÑEZ, *Derecho penal argentino. Parte general. Tomo II* (Buenos Aires: Omeba, 1965), 149.

⁵ ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de derecho penal* (Madrid: Anuario Derecho Penal, 1963), 585.

sujeción a un debido proceso”. Bajo este artículo se ampara la legitimidad de las pretensiones de los ciudadanos ante cualquier controversia jurídica que amerite por parte de la administración de justicia una resolución que tenga por fin lograr la paz social.

Una vez comprendido esto podemos explicar, en palabras de Peña Cabrera Freyre, que la acción penal es

el poder deber-ser que recae en las potestades del persecutor público, quien, en representación de la sociedad y sujeto al mandato de la ley, está en la obligación de promoverla y ejercitarla, ni bien toma conocimiento de haberse cometido un delito, pretendiendo ante la jurisdicción que se imponga una pena a la persona presuntamente culpable⁶.

La acción penal es, pues, la facultad de perseguir o hacer perseguir las responsabilidades por un delito. Además, el Código Procesal Penal peruano vigente señala dos tipos de acciones penales: las públicas y las privadas. Las primeras, de trascendencia estatal, pueden iniciarse de oficio por parte de Ministerio Público. En este sentido, la extinción de la acción penal equivale al proceso por el cual el Ministerio Público da fin a la persecución de ciertas responsabilidades.

Por otro lado, la extinción de la pena concierne a una determinación legal y jurídica que considera sus funciones preventiva, protectora y resocializadora, amparadas en nuestra constitución. Ahora bien, es cierto que en los últimos cuarenta años ha habido una fuerte tensión entre este punto y los fines de la pena, conforme lo señala Prado Saldarriaga: “La realidad y la experiencia de nuestro sistema penal nos demuestran que en el Perú, la pena ha cumplido siempre una misma función. Esto es, la de ser un mecanismo deshumanizador de intimidación social, de castigo y de autoritarismo”⁷. El autor citado ataca la función real de la pena en Perú, que está muy lejos de lo expresado en la constitución. Ciertamente,

⁶ ALONSO PEÑA CABRERA FREYRE, *Manual de derecho procesal penal* (Lima: Legales, 2013), 70.

⁷ VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA, *La función de la pena. Comentarios al Código Penal de 1991* (Lima: Alternativas, 1993), 15.

las principales funciones de la pena son *la prevención general y la prevención especial*. La primera trata del tipo penal y la investigación hasta la sentencia, mientras que la segunda se ocupa del tratamiento del reo condenado. Siendo así, la extinción de la pena ataca la prevención especial porque favorece las causales de caducidad de la pena.

Fundamentos de la prescripción

La teoría del olvido

Esta teoría se basa en la idea de que existe un olvido social, incluso entre las partes supuestamente interesadas, lo que haría inútil un proceso. Al no existir una consciencia social sobre el hecho delictual, la existencia del delito sería vana. Para Garraud⁸ El olvido suprime la necesidad y, como consecuencia, la legitimidad de la represión.

Es decir, el delito solo tiene influencia cuando sigue en la memoria de la gente, con sus impresiones y consecuencias que el tiempo borra poco a poco hasta no dejar ningún rastro de interés. “Cuando han transcurrido muchos años desde que tuvo lugar el delito, su recuerdo se borra y [la] necesidad de aplicar una pena desaparece con el olvido.”⁹

Presunción de la enmienda

Esta teoría establece que el sujeto que no ha delinquido durante un amplio periodo luego de la infracción primigenia se hace beneficiario de la prescripción pues se ha recuperado de forma autónoma de la acción delictual. Se presume, pues, la readaptación del sujeto al entorno social normal.

⁸ RENÉ GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*. Vol. II (Paris: Recueil Sirey, 1914) 543

⁹ MARIANO LA ROSA, *La prescripción en el derecho penal* (Buenos Aires: Astrea, 2008), 72.

El énfasis se pone en la autocorrección del encausado, y se presume que el tiempo se encargó de corregir su conducta, por lo cual no resulta necesaria una pena pues el trascurso de aquel ya hizo su trabajo¹⁰.

Para ser más precisos, la enmienda que sustenta esta teoría no solo corresponde al tiempo, sino también a los precipitadores circunstanciales que modifican la conducta, que someten a quien cometió el delito a un cambio —el nacimiento de un hijo, la existencia de un amor, el inicio de un trabajo estable, entre otros—.

Desinterés de la persecución

Los postulantes de esta teoría dicen que el principal factor que propicia la prescripción es la pérdida de interés estatal. Esta idea se acenúa con la relación que existe entre la prescripción y la necesidad de la pena. Para Welzel, por ejemplo, “con el tiempo se pierde el interés estatal de persecución”¹¹. Por ende, tras la pérdida de interés se estimaría innecesaria la pena.

Se puede sostener esta teoría al ser el Estado quien concentra el monopolio de la acción penal. La falta de voluntad del Estado pone de manifiesto tácitamente la decisión de no ejercer el *ius puniendi* sobre el sujeto. Cabe señalar que hay muchos detractores de esta teoría porque no tiene asidero en ningún principio procesal.

Más aún, dado el principio de legalidad y su aplicación estricta el Estado no puede evidenciar falta de voluntad al perseguir a quien lesiona un bien jurídico protegido pues tiene el deber y la obligación de hacerlo¹².

¹⁰ OSCAR VERA BARRIOS, *La prescripción penal en el Código Penal* (Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1960), 29.

¹¹ HANS WELZEL, *Derecho penal. Parte general* (Buenos Aires: Depalma, 1956), 357.

¹² STEBAN RIGHI, “Interrupción de la prescripción de la acción penal por la secuela de juicio”. En *De las penas: homenaje al profesor Isidoro de Benedetti*, coord. por Eugenio Zaffaroni (Buenos Aires: Depalma, 1997), 435-450.

Plazo razonable del proceso

El proceso penal cuenta con un principio de trascendencia amparado en gran parte de los títulos preliminares procesales de la última década. Ahí aparece el concepto de *plazo razonable*, fundamentado en la dignidad de las personas frente al *ius puniendi* del Estado y su poder persecutor. La correlación que existe entre la prescripción y el plazo razonable no es observable a simple vista. Se identifica porque la prescripción resguarda el derecho individual del sujeto a no ser perseguido indefinidamente. La Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el derecho general, recomiendan que los procesos tengan un límite de tiempo razonable. En ese orden de ideas se puede establecer que la prescripción de la acción penal se encuentra fundamentada y respaldada por dichas instituciones.

Por estas razones la prescripción está establecida en casi todos los países, en términos generales, en la constitución pues se fundamenta en principios y valores constitucionales.

De hecho, la prescripción estrictamente hablando es la derogación del poder penal del Estado por el transcurrir del tiempo. Consecuentemente, es el instrumento jurídico realizador del derecho fundamental del procesado a un plazo razonable¹³.

LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y DE LA PENA EN PERÚ

En el Código Penal peruano se encuentran consignadas las formas en las que se extinguen la acción penal y la pena. A continuación se enumeran esas causales¹⁴:

- 1) Por muerte del imputado, prescripción, amnistía y el derecho de gracia.

¹³ EDGARDO DONNA, *Reformas penales II* (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006), 39.

¹⁴ C. P. peruano, art. 78.

- 2) Por autoridad de cosa juzgada.
- 3) En los casos en los que solo proceda la acción privada la extinción se da, además de por las causas establecidas en el numeral 1, por desistimiento o transacción.

La regla general en Perú es que la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad. Esto se conoce como *prescripción ordinaria*. No obstante, debe recalcar que dicha prescripción no procede mientras haya actuaciones del Ministerio Público o autoridades judiciales en curso sobre el caso. De todos modos, la acción penal prescribe cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción. Esto se conoce como *prescripción extraordinaria*.

Sea cual sea el caso los plazos de prescripción siguen ciertas reglas¹⁵:

- 1) En caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada uno.
- 2) En caso de concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave.
- 3) La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua, se extingue la acción penal a los treinta años.
- 4) En los delitos que merezcan otras penas, la acción prescribe a los dos años.
- 5) En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, el plazo de prescripción se duplica.
- 6) En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, o cometidos como integrantes de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica.

¹⁵ C. P. peruano, art. 80.

Para continuar desarrollando este punto nos centraremos en los dos últimos numerales, relacionados con la prescripción para funcionarios y servidores públicos. Sobre el numeral 6, la duplicidad del plazo de la prescripción quedó establecida por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 30 077, publicada el 20 agosto del 2013, que entró en vigencia el 1.º de julio del 2014 y modificó el artículo 41 de la Constitución Política —como hemos observado en párrafos anteriores, la prescripción en la gran mayoría de países tiene un desarrollo constitucional—.

Sobre la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción la Ley 30 650 modifica el cuarto párrafo del artículo 41 de la Constitución Política del Perú, según el *Diario de Debates del Congreso* peruano del 1.º de marzo del 2017, en la segunda legislatura ordinaria del 2016. El sustento de los parlamentarios para aprobar esta ley fueron los casos de corrupción de expresidentes.

Resulta evidente la argumentación de corte político, entendida como arma política populista, en detrimento de cualquier esfuerzo por aprobar instrumentos sustentados en un estudio político-criminal con datos certeros y reales.

Dichas modificaciones constitucionales, que repercuten en lo penal, traen consigo una complicada labor pues amplían el *ius puniendi* de persecución estatal de forma eterna.

Como se puede apreciar en las modificaciones señaladas, existen dos cuestiones de trascendencia. La primera sobre la posible duplicidad de la prescripción en caso de delitos contra la administración pública que afecten el patrimonio del Estado; la segunda, sobre la imprescriptibilidad en los delitos más graves.

Sobre la duplicidad de la prescripción se debe tener muy en cuenta el requisito para que se pueda establecer: afectar el patrimonio del Estado. A diferencia de lo que la población considera, muchas veces los delitos contra la administración pública no afectan dicho patrimonio. La Corte Suprema ya se manifestó sobre esto y dejó muy claras las circunstancias en las cuales se duplica el plazo:

El legislador, como medida de severidad, estatuyó que en los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos contra el patrimonio del Estado, el plazo de prescripción se duplica, conforme se advierte en el último párrafo del artículo ochenta del Código Penal. Es menester precisar que este extremo de la norma sustantiva se refiere a delitos que afecten directamente el patrimonio del Estado. No abarca a delitos de corrupción que afectan la imparcialidad en el proceder del funcionario quien [sic] vende su acto funcional.¹⁶

Bajo esta premisa no todos los delitos contra la administración pública serían abarcados por esta disposición. Un ejemplo sería el primer párrafo del delito de colusión, en el cual no existe afectación patrimonial. Hasta podríamos hablar de una malversación de fondos cuando no se demuestre que se afectó de alguna forma el erario.

Otra de las líneas importantes que la jurisprudencia ha establecido aborda la duplicidad de la prescripción para cómplices de delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios:

Ahora bien, independientemente de que la defensa considere que el investigado Monsalve Navarrete es un *extraneus*, mientras que el Ministerio Público le atribuye la calidad de *intraneus*, lo cierto es que el citado investigado, según la tesis inculpativa, tendría la calidad de cómplice del delito de peculado doloso. Por tanto, al no detentar la relación o vínculo funcional con el patrimonio público —que se erige como uno de los presupuestos que fundamentan la extensión del plazo prescriptorio—, no corresponde que se le aplique la duplicidad del plazo de prescripción de la acción penal por este delito, pues esta posibilidad está limitada solo para los autores.¹⁷

Así pues, para que se materialice la duplicidad de la prescripción se debe tener un vínculo o nexo funcional con el patrimonio del Estado, un cierto poder de disposición de este.

¹⁶ csj. Sala Penal. R. N. Nov. 19/2021. Exp. 2247-2019. M. P. Víctor Prado Saldarriaga.

¹⁷ S. A. N. Penal. Sen. Vis. Set. 28/2020, Exp. 10-2017. M. P. Guillermo Piscoya.

Esto trae consigo muchas posibles interpretaciones. Para empezar, ¿qué sucede con el *extraeneus* o el particular inmiscuido en un delito contra la administración pública? Al tenor literal de la norma no se establece la modificación para funcionarios y servidores exclusivamente, sino que lo importante es que los delitos hayan afectado el patrimonio del Estado, y como hemos podido observar en capítulos precedentes, los sujetos en este tipo de delitos pueden ser *intraneus* o *extraneus*.

LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y DE LA PENA EN COLOMBIA

En el Código Penal colombiano se establecen las siguientes causales de extinción de la acción penal¹⁸:

- 1) La muerte del procesado.
- 2) El desistimiento.
- 3) La amnistía propia.
- 4) La prescripción.
- 5) La oblación.
- 6) El pago en los casos previstos en la ley.
- 7) La indemnización integral en los casos previstos en la ley.
- 8) La retractación en los casos previstos en la ley.
- 9) Las demás que consagre la ley.

De igual forma que en la legislación peruana, el Código Penal colombiano decidió establecer plazos para la prescripción según el tipo de delito que se cometa. Los términos son los siguientes¹⁹:

- 1) La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso

¹⁸ C. P. colombiano, art. 82.

¹⁹ C. P. colombiano, art. 83.

- será inferior a cinco (5) años ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo.
- 2) El término de prescripción para las conductas punibles de desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una organización sindical, homicidio de defensor de derechos humanos, homicidio de periodista, desplazamiento forzado será de treinta (30) años. En las conductas punibles de ejecución permanente el término de prescripción comenzará a correr desde la perpetración del último acto. La acción penal para los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra será imprescriptible.
 - 3) Cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, del incesto o del homicidio agravado del artículo 103 del Código Penal, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, la acción penal será imprescriptible.
 - 4) En las conductas punibles que tengan señalada la pena no privativa de la libertad, la acción penal prescribirá en cinco (5) años.
 - 5) Para este efecto se tendrán en cuenta las causales sustanciales modificadoras de la punibilidad.
 - 6) Al servidor público que en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en la mitad. Lo anterior se aplicará también en relación con los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria y quienes obren como agentes retenedores o recaudadores.
 - 7) También se aumentará el término de prescripción, en la mitad, cuando la conducta punible se hubiere iniciado o consumado en el exterior.
 - 8) En todo caso, cuando se aumente el término de prescripción, no excederá el límite máximo fijado.

Para realizar cualquier tipo de análisis sobre lo que implica la prescripción en Colombia hay que tener en cuenta lo establecido en el artículo 28 de su Constitución Política:

Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado,

sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

De allí se infiere que en Colombia no existiría la posibilidad constitucional de acción penal perenne, como sí existiría en la Constitución Política del Perú, que fue modificada específicamente para dar cabida constitucional a la imprescriptibilidad.

LA IMPRESCRIPTIBILIDAD EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Dentro del marco normativo de los diversos países del mundo se ha ido adoptando un mecanismo que amplía de forma indeterminada la prescripción en ciertos ilícitos penales. De esta manera, el legislador, con base en su potestad de establecer normas penales de acuerdo con su criterio de política criminal y lucha contra la delincuencia, legitima esta excepción de la imprescriptibilidad para ciertos delitos.

Sería lógico pensar que esta figura surge de una discusión actual, pero desde antes de la Primera Guerra Mundial se ha venido discutiendo sobre la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales.

No obstante, la discusión se asume de manera formal al finalizar la Segunda Guerra Mundial, con el establecimiento de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de 1968. Allí se advierte que la aplicación a los crímenes de guerra y de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación entre la opinión pública mundial pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes.

De esta forma, se reconoce la necesidad y oportunidad de afirmar en el derecho internacional, por medio de la mencionada convención, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad para asegurar su aplicación universal, evitando así la impunidad en sucesos graves de carácter internacional.

Cabe resaltar también la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984. Si bien en sus artículos no se aborda la imprescriptibilidad, el Comité contra la Tortura ha realizado diversas recomendaciones en casos como los de Venezuela, Turquía y Eslovenia, a fin de que se tomen las medidas legislativas internas que correspondan para garantizar la imprescriptibilidad de la tortura.

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belém do Pará (Brasil), en su artículo 7 dispone lo siguiente:

La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma [sic] no estarán sujetas a prescripción. Sin embargo, cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado en el párrafo anterior, el período de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado Parte.

De esta forma el derecho internacional brinda una salvedad frente a la posibilidad de la inaplicabilidad de la imprescriptibilidad en la Constitución.

Con respecto a la Convención Americana de Derechos Humanos, no existe referencia a la imprescriptibilidad en delitos graves. Lo más cercano es el derecho al plazo razonable, amparado en el artículo 7, inciso 5, de su cuerpo normativo:

Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad

podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

La Corte Interamericana, en cambio, sí ha desarrollado con mayor profundidad la imprescriptibilidad. Un ejemplo es el caso Barrios Altos²⁰:

41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos.

Por la misma línea de trabajo del caso anterior, en el caso Masacre de La Rochela vs. Colombia establece lo siguiente:

294. Al respecto, la Corte recuerda su jurisprudencia constante sobre la inadmisibilidad de las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, que pretendan impedir la investigación y, en su caso, la sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos.²¹

En el mismo año el asunto de la prescripción se desarrolló y fundamentó con mayor claridad en el caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador, en el marco del cual la corte manifestó:

²⁰ Corte IDH, Caso Chumpubipuma Aguirre y otros vs. Perú, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 14 de marzo del 2001.

²¹ Corte IDH, Caso Masacre de La Rochela vs. Colombia, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 11 de mayo del 2007.

111. La prescripción en materia penal determina la extinción de la pretensión punitiva por el transcurso del tiempo, y generalmente, limita el poder punitivo del Estado para perseguir la conducta ilícita y sancionar a sus autores. Esta es una garantía que debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado de un delito. Sin perjuicio de lo anterior, la prescripción de la acción penal es inadmisibles e inaplicable cuando se trata de muy graves violaciones a los derechos humanos en los términos del derecho internacional. La jurisprudencia constante y uniforme de la Corte así lo ha señalado. En el presente caso no opera la exclusión de prescripción, porque no se satisfacen los supuestos de imprescriptibilidad reconocidos en instrumentos internacionales.²²

En este caso la corte puso énfasis en la naturaleza de la imprescriptibilidad, reservada para delitos muy graves como la violación a los derechos humanos.

Más recientemente, en el caso Rodríguez Vera y otros la corte señaló:

556. Este Tribunal valora los avances hasta ahora alcanzados por el Estado con el fin de esclarecer los hechos. No obstante, teniendo en cuenta las conclusiones del capítulo XI de esta sentencia, la Corte dispone que el Estado debe remover todos los obstáculos, *de facto* y *de jure*, que mantienen la impunidad en este caso, y llevar a cabo las investigaciones amplias, sistemáticas y minuciosas que sean necesarias para determinar, juzgar, y, en su caso, sancionar a todos los responsables de las desapariciones forzadas de Cristina del Pilar Guarín Cortés, Gloria Estella Lizarazo Figueroa, Carlos Augusto Rodríguez Vera, David Suspes Celis, Héctor Jaime Beltrán Fuentes, Bernardo Beltrán Hernández, Gloria Anzola de Lanao, Irma Franco Pineda, Lucy Amparo Oviedo Bonilla y Luz Mary Portela; la desaparición forzada y posterior ejecución extrajudicial de Carlos Horacio Urán Rojas, y las detenciones y torturas o tratos crueles y degradantes sufridos, respectivamente, por Yolanda Santodomingo Albericci, Eduardo Matson Ospino, José Vicente Rubiano Galvis y Orlando Quijano. Dicha obligación debe

²² Corte IDH, Caso Alban Cornejo y otros vs. Ecuador, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de noviembre del 2007.

ser cumplida en un plazo razonable con el fin de establecer la verdad de los hechos del presente caso, tomando en cuenta que han transcurrido 29 años desde que sucedieron.

En particular, el Estado deberá velar por que se observen los siguientes criterios:

- a) Realizar la o las investigaciones pertinentes en relación con los hechos de este caso, con el objeto de que el proceso y las investigaciones sean conducidas en consideración de la complejidad de los hechos, con la debida diligencia, evitando omisiones en la consideración y valoración de la prueba y el seguimiento de líneas lógicas de investigación.
- b) Por tratarse de violaciones graves a los derechos humanos, incluyendo desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales y torturas, el Estado deberá abstenerse de recurrir a la aplicación de leyes de amnistía ni argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ni el principio *non bis in idem* o cualquier eximente similar de responsabilidad, con el fin de excusarse de la obligación de investigar y enjuiciar a los responsables.
- c) Asegurarse que las autoridades competentes realicen las investigaciones correspondientes *ex officio*, y que para tal efecto tengan a su alcance y utilicen todos los recursos logísticos y científicos necesarios para recabar y procesar las pruebas y, en particular, tengan facultades para acceder plenamente a la documentación e información pertinente para investigar los hechos denunciados y llevar a cabo con prontitud aquellas actuaciones y averiguaciones esenciales para esclarecer lo sucedido a las personas desaparecidas en el presente caso, a las víctimas de torturas y otras formas de tratos crueles y degradantes, y a la víctima de desaparición y posterior ejecución extrajudicial.
- d) Identificar e individualizar a los autores de las violaciones referidas en la presente sentencia, y
- e) Garantizar que las investigaciones por los hechos constitutivos de las violaciones a derechos humanos declaradas en el presente caso se mantengan, en todo momento, bajo conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

557. De igual modo, la Corte estima que el Estado deberá conducir en un plazo razonable las investigaciones necesarias para determinar y esclarecer los hechos referentes a Norma Constanza Esguerra Forero y Ana Rosa Castiblanco Torres, teniendo en cuenta las consideraciones de los capítulos IX y XI de la presente sentencia.²³

Se puede arribar a la conclusión de que la prescripción fundamentada en un plazo razonable de persecución y proceso solo puede descartarse en casos de violaciones graves de los derechos humanos, teniendo en cuenta los diferentes fines determinados en las sentencias.

Como se puede observar a partir de la sentencia de Barrios Altos, la Corte Interamericana ha ido desarrollando la imprescriptibilidad, pero no ha sido muy profunda en cuanto a establecer el origen normativo de esta medida. Lo más cercano puede ser lo conocido como *remedios efectivos*, una clara muestra de efectividad penal, saltándose garantías penales fundamentales, como lo señala Gil Gil: “Uno de los aspectos en los que más activa se ha mostrado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los crímenes contra la humanidad ha sido el desarrollo del llamado ‘deber de garantía’ vinculado a los remedios efectivos”²⁴. Desde lo anteriormente señalado tanto al Corte Interamericana de Derechos Humanos, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han desarrollado la imprescriptibilidad.

Por su parte, el Estatuto de Roma establece, en su artículo 29, que los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional (CPI) no prescriben. Es decir, dicho Estatuto establece como imprescriptible lo procesado por la CPI. Para dilucidar ello debemos remitirnos al artículo 5, el cual dice:

²³ Corte IDH, Caso Rodríguez Vera y otros vs. Colombia, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 14 de noviembre del 2014.

²⁴ ALICIA GIL GIL, “Los crímenes de la guerra Civil Española: ¿Responsabilidad del Estado español por infracción del Convenio Europeo de Derechos Humanos? Análisis de la decisión del TEDH del 27 de marzo del 2012, caso Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz contra España, y sus antecedentes en la jurisdicción española”, *Indret. Revista para Análisis de Derecho*, n.º 4 (2012).

1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente estatuto, respecto de los siguientes crímenes:
 - a) El crimen de genocidio.
 - b) Los crímenes de lesa humanidad.
 - c) Los crímenes de guerra.
 - d) El crimen de agresión.
2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

Ahora bien, es necesario cuestionarnos cuál realmente es el fundamento de la imprescriptibilidad, y si este puede ser utilizado como tal en los casos de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios.

Podemos observar diversos fundamentos en lo expuesto en este capítulo. Entre otros tenemos la extrema gravedad y la reducción de la impunidad. Sobre la primera, se puede observar en los delitos contra la humanidad, mientras que la segunda se puede considerar una lesión grave a la conciencia jurídica que hace perder la confianza en el derecho como instrumento capaz de solucionar graves conflictos.

Los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra, por su parte, pueden encajar en estos dos fundamentos esenciales, lo que no significa que todos los delitos contra la humanidad o los crímenes de guerra se ajusten a estos parámetros pues son de extrema gravedad, es decir, afectan a la humanidad entera. Si bien es cierto que “no es fácil mostrar que la tortura como parte de un ataque sistemático contra una población sudafricana daña realmente a individuos en Suecia o Japón”²⁵, sí existe cierto consenso sobre la extrema gravedad de delitos

²⁵ ALEJANDRO CHEHTMAN, *Fundamentación filosófica de la justicia penal extraterritorial* (Madrid: Marcial Pons, 2013), 147.

tan repudiables. Sin duda son más cuestionables el asunto de la duplicidad en los casos peruanos y colombianos o el de la imprescriptibilidad de delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios en el caso peruano.

Considero que la lesión grave a la conciencia jurídica al perderse la confianza en el derecho como instrumento capaz de solucionar graves conflictos es un fundamento mucho más poderoso para la sociedad. La imprescriptibilidad en delitos contra la administración pública se desarrolla en esencia desde una perspectiva populista y también retribucionista, aunque no entendida como venganza sino como indignación social ante una posible impunidad.

Nadie puede negar que actualmente en Latinoamérica los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios afectan gravemente al Estado y a la sociedad. No obstante, tales delitos no deben ser equiparables con los delitos contra la humanidad o los crímenes de guerra, sin perjuicio de tener claro que resulta necesario para los Estados sancionarlos y tomar medidas contra ambos tipos de delitos.

Por más que en el caso peruano exista la salvedad de que solo serán imprescriptibles los casos más graves, sí que es cierto que este criterio de *gravedad* introduce un elemento de subjetividad que incluso permitiría cuestionar la gravedad de los delitos más aberrantes. Pero si un delito no es imprescriptible, al menos se puede adoptar la duplicidad de prescripción, siempre y cuando sea debidamente justificada y el tiempo transcurrido sea imputable al sujeto que cometió el hecho y no a la omisión o el desinterés del Estado por perseguir el delito correspondiente.

Además, es claro que la duplicidad de la prescripción siempre debe ir de la mano con un límite del plazo de persecución. Esto permitiría realmente respetar el principio de plazo razonable y, a la vez, perseguir, investigar y sentenciar con tiempo prudente a quienes cometieron un delito, sin la necesidad de crear un arma que, con la excusa de la efectividad y la lucha contra la corrupción, caiga en el populismo punitivo y elimine garantías, quebrantando instituciones jurídicas consolidadas.

Si bien estas medidas de imprescriptibilidad y duplicidad de la prescripción en delitos contra la administración pública son mecanismos

empleados por los Estados para afrontar la corrupción, mantenerlas de manera inflexible resultaría completamente inviable. En efecto, tal inflexibilidad sería una forma en la que los Estados podrían desconocer garantías procesales frente a un grupo de delitos determinados pudiendo extenderse a otros delitos según considere el legislador²⁶.

²⁶ MARTÍN GÓMEZ Y JUAN PABLO MONTIEL, *Estrategias penales y procesales penales contra la corrupción* (Madrid: Marcial Pons, 2018), 176.

LA INHABILITACIÓN EN DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

LA INHABILITACIÓN

En la legislación mundial la inhabilitación es un tipo de sanción cercana a las penas que restringen la capacidad de ejercicio de una acción determinada o de un derecho permitido por ley. Debemos recordar que el derecho perdido debe ser distinto a la libertad de tránsito pues esta se limita en otro tipo de pena.

El presente acápite ha de enfocarse en la finalidad de la inhabilitación. Se suele pensar que el fin de la inhabilitación cumple los mismos términos de los fines de la pena, pero en general se puede decir que la inhabilitación encontraría su fundamento en disminuir la severidad de la pena¹.

La inhabilitación conserva un doble aspecto: por un lado, como sanción punitiva a fin de limitar el derecho relacionado con su delito; por otro, como disuasor preventivo, a fin de evitar futuras conductas similares².

¹ ESTEBAN RIGHI, *Teoría de la pena* (Buenos Aires: Hammurabi, 2001), 181.

² ABEL FLEMING y PABLO LÓPEZ VIÑALS, *Las penas* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009), 679.

LA INHABILITACIÓN EN PERÚ

En Perú la pena de inhabilitación hace parte de las penas limitativas de derechos. Es una alternativa a la pena de privación de la libertad, permitiendo así una correcta aplicación de la *ultima ratio*.

El artículo 36 del Código Penal vigente establece que la inhabilitación se impone con la sentencia y puede tomar las siguientes formas:

- 1) Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular.
- 2) Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.
- 3) Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia.
- 4) Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria que deben especificarse en la sentencia.
- 5) Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela.
- 6) Suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego. Incapacidad definitiva para renovar u obtener licencia o certificación de autoridad competente para portar o hacer uso de armas de fuego, en caso de sentencia por delito doloso o cometido bajo el influjo del alcohol o las drogas.
- 7) Suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo.
- 8) Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito.
- 9) Incapacidad definitiva para ingresar o reingresar al servicio docente o administrativo en instituciones de educación básica, centros de educación técnico-productiva, institutos o escuelas de educación superior, instituciones de educación superior artística, universidades, escuelas de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional del Perú, Ministerio de Educación o sus organismos públicos adscritos, direcciones o gerencias regionales de educación, unidades de gestión educativa local y, en general, en toda institución u organismo

educativo, incluyendo centros de resocialización o rehabilitación, que desarrollan actividades permanentes o temporales vinculadas a la educación, capacitación y formación sobre cualquier materia, incluyendo los ámbitos deportivo, artístico y cultural; así como para ejercer actividad, profesión, ocupación u oficio que implique la enseñanza, el cuidado, vigilancia o atención de niñas, niños o adolescentes o del alumnado de educación superior tanto técnica como universitaria; respecto de las personas condenadas con sentencia consentida o ejecutoriada, incluido el grado de tentativa, por cualquiera de los siguientes delitos:

- a) Delitos de terrorismo tipificados en el Decreto Ley 25 475 y delito de apología del terrorismo tipificado en el artículo 316-A del Código Penal.
- b) Delitos de violación de la libertad sexual tipificados en el capítulo IX del título IV del libro segundo del Código Penal.
- c) Delitos de proxenetismo tipificados en el capítulo X del título IV del libro segundo del Código Penal.
- d) Delito de pornografía infantil tipificado en el artículo 183-A del Código Penal.
- e) Delito de proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos tipificado en el artículo 5 de la Ley 30 096.
- f) Delito de trata de personas y sus formas agravadas tipificados en los artículos 153 y 153-A del Código Penal.
- g) Delito de explotación sexual y sus formas agravadas tipificados en el artículo 153-B del Código Penal.
- h) Delito de esclavitud y otras formas de explotación y sus formas agravadas tipificados en el artículo 153-C del Código Penal.
- i) Delitos de tráfico ilícito de drogas de la sección segunda del capítulo III del título XII del libro segundo del Código Penal.
- j) Delitos de homicidio simple y calificado tipificados en los artículos 106, 108 y 108-A del Código Penal.
- k) Delito de parricidio tipificado en el artículo 107 del Código Penal.
- l) Delito de feminicidio y sus formas agravadas tipificados en el artículo 108-B del Código Penal.

- m) Delito de sicariato y sus formas agravadas tipificados en el artículo 108-C del Código Penal.
 - n) Delito de secuestro y sus formas agravadas tipificados en el artículo 152 del Código Penal.
 - o) Delito de secuestro extorsivo y sus formas agravadas tipificados en el artículo 200 del Código Penal.
 - p) Delitos contra la humanidad (genocidio, desaparición forzada y tortura) tipificados en los capítulos I, II y III del título XIV-A del libro segundo del Código Penal.
 - q) Delito de violación de la intimidad, por difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, y sus formas agravadas, tipificado en el artículo 154-B del Código Penal.
- 10) Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.
- 11) Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que determine el juez.
- 12) Prohibición de comunicarse con internos o visitar establecimientos penitenciarios.
- 13) Incapacidad definitiva o temporal para la tenencia de animales.
- La inhabilitación según el artículo 38 del mismo cuerpo legal establece la duración de las mismas [sic] de la siguiente manera:
- La inhabilitación principal se extiende de seis meses a diez años, salvo los supuestos de incapacidad definitiva a que se refieren los numerales 6, 7 y 9 del artículo 36 y los supuestos del artículo 426 del Código Penal; en el artículo 4-A del Decreto Ley 25 475 y en los artículos 1, 2, 3 y 4 del Decreto Legislativo 1106.
- La pena de inhabilitación principal se extiende de cinco a veinte años cuando se trate de los delitos previstos en los artículos 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401. En estos supuestos, será perpetua siempre que el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella; o la conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las quince unidades impositivas tributarias.

La inhabilitación principal también se extiende de cinco a veinte años cuando se trate de los delitos previstos en el artículo 4-A del Decreto Ley 25 475, los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, así como los artículos 296, 296-A primer, segundo y cuarto párrafo; 296-B, 297 del Código Penal.

En los supuestos del párrafo anterior, la inhabilitación será perpetua cuando el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella; o cuando el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las quinientas unidades impositivas tributarias. En el caso de los delitos contemplados en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, la inhabilitación también será perpetua cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas.

LA INHABILITACIÓN EN COLOMBIA

En Colombia la inhabilitación hace parte de las penas privativas de otros derechos. Es una pena alternativa o accesoria a la privación de libertad. Consiste en restringir ciertos derechos relacionados con la comisión del delito.

El artículo 43 de Código Penal colombiano vigente establece:

Son penas privativas de otros derechos:

- 1) La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.
- 2) La pérdida del empleo o cargo público.
- 3) La inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio.
- 4) La inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela y curaduría.
- 5) La privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas.
- 6) La privación del derecho a la tenencia y porte de arma.

- 7) La privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos.
- 8) La prohibición de consumir bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas.
- 9) La expulsión del territorio nacional para los extranjeros.
- 10) La prohibición de aproximarse a la víctima y/o [sic] a integrantes de su grupo familiar.
- 11) La prohibición de comunicarse con la víctima y/o [sic] con integrantes de su grupo familiar.

Parágrafo.

Para efectos de este artículo integran el grupo familiar:

- 1) Los cónyuges o compañeros permanentes.
- 2) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo lugar.
- 3) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos.
- 4) Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica.

Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio, unión libre.

Por su parte, los artículos 44 y 45 del mismo cuerpo legal establecen:

ARTÍCULO 44. La pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas priva al penado de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública, dignidades y honores que confieren las entidades oficiales.

ARTÍCULO 45. La pérdida de empleo o cargo público. La pérdida del empleo o cargo público, además, inhabilita al penado hasta por cinco (5) años para desempeñar cualquier cargo público u oficial.

A su turno, el artículo 51 determina la duración de la inhabilitación en Colombia de la siguiente manera:

La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas tendrá una duración de cinco (5) a veinte (20) años, salvo en el caso del inciso

3.º del artículo 52. (En todo caso, la pena de prisión conllevará la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena a que accede y hasta por una tercera parte más, sin exceder el máximo fijado en la Ley, sin perjuicio de la excepción a que alude el inciso 2 del artículo 51).

Se excluyen de esta regla las penas impuestas a servidores públicos condenados por delitos contra el patrimonio del Estado, en cuyo caso se aplicará el inciso 5 del artículo 122 de la Constitución Política.

La inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio de seis (6) meses a veinte (20) años.

La inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela y curaduría de seis (6) meses a quince (15) años.

La privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas de seis (6) meses a diez (10) años.

La privación del derecho a la tenencia y porte de arma de uno (1) a quince (15) años.

La privación del derecho a residir o de acudir a determinados lugares de seis (6) meses a cinco (5) años.

La prohibición de acercarse a la víctima y/o [sic] a integrantes de su grupo familiar y la de comunicarse con ellos, en el caso de delitos relacionados con violencia intrafamiliar, estará vigente durante el tiempo de la pena principal y hasta doce (12) meses más.

La Constitución Política colombiana, modificada por el Acto Legislativo 1 del 2009, implementó el siguiente par de párrafos:

Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos [sic], con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.

CONCLUSIONES

La sanción de inhabilitación es un instrumento jurídico en delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios que surge como un componente esencial en la legislación de diversos Estados. Su naturaleza radica en la limitación de ciertos derechos y funciones, presentándose como una medida alternativa o colaborativa con la pena de privación de libertad, pero con un enfoque más preciso y adaptado a la gravedad y las características específicas de cada delito.

En este sentido, la inhabilitación se alinea con el propósito fundamental del sistema de justicia penal de preservar el orden público y prevenir futuras comisiones de hechos delictuales.

Al analizar el contexto peruano, la pena de inhabilitación se manifiesta como una alternativa que busca no solo castigar a quien ha cometido delitos, sino también respetar sus derechos fundamentales y facilitar su eventual reintegración a la sociedad. La diversidad de restricciones contempladas, desde la pérdida de cargos hasta la imposibilidad de ejercer ciertas profesiones, refleja un esfuerzo por adaptar la sanción a la magnitud y naturaleza del delito cometido, así como limitar la posibilidad de reincidencia y de esta manera permitir una mejor reincorporación social del individuo.

Por otra parte, en el caso colombiano la inhabilitación se erige como una barrera infranqueable para quienes han cometido delitos en perjuicio del Estado o de la comunidad. Su inclusión como pena accesorio, asociada a delitos graves como el narcotráfico o la corrupción, evidencia una decidida voluntad del Estado de salvaguardar la integridad institucional y combatir la impunidad. La reforma constitucional que prohíbe la participación en cargos públicos a personas condenadas por

tales delitos refuerza este compromiso con la legalidad y la transparencia en el ejercicio del poder.

La duración de la inhabilitación es variable en ambos países, lo cual refleja una búsqueda de equilibrio entre la justicia, la rehabilitación del delincuente y la protección de los intereses públicos. Si bien es una medida que restringe derechos, también puede ser vista como una oportunidad para que quien ha cometido delitos de alguna índole determinada pueda reflexionar sobre las consecuencias de sus actos y fortalecer así su crecimiento personal.

En este sentido, su imposición debe ser cuidadosamente ponderada, evitando tanto la impunidad como la excesiva rigurosidad en las penas. En resumen, la inhabilitación en delitos contra la administración pública representa un pilar fundamental de la estructura jurídica de Estados como el peruano y el colombiano, en tanto contribuye a preservar la integridad de las instituciones, separando a los malos elementos. De esta manera, promueve la responsabilidad individual y previene la reincidencia delictiva. Su aplicación, guiada por los principios de justicia y equidad, constituye un instrumento valioso para mantener el orden social y proteger los intereses de la comunidad en su conjunto.

Ahora bien, como se ha dicho en párrafos anteriores, la aplicación de la inhabilitación perpetua no está exenta de críticas y cuestionamientos desde una perspectiva de justicia y derechos humanos. La imposición de esta pena, que priva al individuo de manera indefinida de ejercer ciertos derechos y funciones, plantea interrogantes sobre su proporcionalidad y su compatibilidad con los principios de rehabilitación y reinserción social. Además, la naturaleza perpetua de esta sanción puede generar situaciones de estigmatización y exclusión permanentes, dificultando la redención y transformación del infractor. Por tanto, es necesario reflexionar sobre la pertinencia y la humanidad de la inhabilitación perpetua en ciertos casos concretos, en el contexto de un sistema penal que aspire a la rehabilitación y la reintegración de los individuos a la sociedad.

LA REPARACIÓN CIVIL EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN PERÚ

EL CONTENIDO DE LA REPARACIÓN CIVIL EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La responsabilidad civil naturalmente es una institución propia del derecho civil y está muy poco vinculada al ámbito penal al ser objeto accesorio de tal tipo de procesos. Por ello, el derecho penal adoptó la institución de la reparación civil como la consecuencia civil del delito. Mir Puig comenta, en ese sentido, que la comisión de un delito ocasiona un daño patrimonial o extrapatrimonial al agraviado, y esto no podría ser resarcido por medio de una pena, razón por la cual se prevé la responsabilidad civil¹. Es decir, esta es una consecuencia del delito distinta a la pena, la cual sí es propia del ámbito penal. Consecuencia que tiene dentro de sus funciones principales garantizar los intereses del ofendido sobre el de la sociedad².

De esta manera, la responsabilidad civil se establece conjuntamente con la pena, pero bajo criterios muy distintos. En efecto, la pena se determina con base en la *ratio* entre el tipo penal y la concurrencia de agravantes y atenuantes, mientras que la reparación civil, al menos en la legislación peruana, se calcula en función de un doble contenido: por un lado, la restitución del bien, si no es posible el pago de su valor; por otro, la indemnización de los daños y perjuicios.

¹ SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general* (Barcelona: BdeF, 2011), 46.

² ALONSO PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal. Parte general. Tomo II* (Lima: Idemsa, 2011), 625.

Aun así, el contenido de la reparación civil en el ámbito penal no resulta sencillo y se complejiza más si lo relacionamos con los delitos contra la administración pública. El fundamento de la indemnización por responsabilidad civil es extracontractual y surge de la existencia del daño. Aun así, el daño por sí solo deberá ser analizado desde la perspectiva dual, tal y como lo manifiesta el Código Civil peruano en su artículo 1985. Por un lado, el daño patrimonial está dividido en daño emergente y lucro cesante; por otro, el daño extrapatrimonial está dividido en daño moral y daño a la persona³.

La doctrina en el campo penal debate arduamente sobre la naturaleza de la reparación civil. Claus Roxin niega que sea una forma de pena, pero admite que se debe considerar como una respuesta autónoma al delito, que se establece junto a la pena⁴. En todo caso, si bien no se puede vincular a la teoría de la pena, se debe tener muy en cuenta como parte de un elemento de disuasión considerable al momento de recibir una sanción penal. De hecho, puede entenderse como una fórmula no teorizada de prevención general civil, mediante la cual se busca desestimular la comisión de delitos. En el ámbito de la reparación civil, si bien esto es sumamente discutible no se puede obviar que las multas e indemnizaciones suelen ser mecanismos disuasorios eficientes si su monto es inversamente proporcional a la probabilidad de descubrir al trasgresor⁵.

Por otro lado, la sanción en los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios busca proteger el regular y correcto funcionamiento del Estado a través de la protección de deberes y principios. En palabras del Tribunal Constitucional peruano, tiene como obligación proteger al correcto funcionamiento de la administración pública⁶, de

³ MILAGROS KOTEICH KHATIB, *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012).

⁴ CLAUS ROXIN, "La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones". En *Jornadas sobre la "Reforma del Derecho Penal en Alemania"*, ed. por el Consejo General del Poder Judicial (S. L.: CGPJ, 1991): 19-30.

⁵ WILLIAM BAUMOL y JANUSZ ORDOVER, "Use of antitrust to subvert competition antitrust and economic efficiency". *Journal of Law & Economics*, n.º 28 (1985): 253.

⁶ Sentencia Expediente 0017-2011-PI/ TC, fundamento 16.

modo que el Estado peruano debe tomar las medidas necesarias para proteger este bien jurídico general y de trascendencia.

Por consiguiente, la reparación civil cumple un rol fundamental en la lucha contra la corrupción. En el marco del acápite anterior, sobre la relación entre la corrupción y la economía, una de las causas más comunes que motivan los actos de corrupción es el dinero. Aun así, la reparación civil de los delitos contra la administración pública muchas veces es echada a un lado en el ámbito penal, que concentra sus esfuerzos sobre todo en la sanción penal.

Es necesario tener en cuenta que existen variedad de teorías criminológicas contemporáneas para entender la conducta delictiva⁷. En particular, hay dos teorías dominantes en el análisis de las conductas corruptas: por un lado, la de las actividades rutinarias, según la cual las actividades de la vida diaria y las oportunidades que esta genera promueven los crímenes si es baja la posibilidad de ser detectados cometiéndolos⁸; por otro, la de la elección racional, en virtud de la cual las personas actúan como actores racionales egoístas por naturaleza que tratan de alcanzar sus fines sin importar los medios⁹. En cualquier caso, si la corrupción es un asunto de acciones basadas en cálculos racionales y expectativas de costo/beneficio¹⁰ —el beneficio pecuniario muchas veces es alto, mientras el costo de devolución suele ser bajo—, un análisis equivalente se puede adoptar para determinar la indemnización civil en las sentencias.

En estas circunstancias especiales, muy diferentes a otro tipo de delitos, resulta fundamental el momento de establecer la importancia

⁷ NICOLÁS TRAJTENBERG y CARLOS ALOISIO. “La racionalidad en las teorías criminológicas contemporáneas”. En *El Uruguay desde la sociología VII*, ed. por el Departamento de Sociología del Uruguay (Montevideo: Udelar, 2009), 279-294.

⁸ CARLOS CASTRO CUENCA, *La corrupción pública y privada: causas, efectos y mecanismos para combatirla* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2017), 10.

⁹ NORA RABOTNIKOF, “Corrupción política: definiciones técnicas y sentidos sedimentados”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 10 (1999): 25-39.

¹⁰ ISIDORO BLANCO CORDERO, “La corrupción desde una perspectiva criminológica: un estudio de sus causas desde las teorías de las actividades rutinarias y de la elección racional”. En *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, ed. por Fernando Pérez (Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004), 267.

de la reparación civil en la ejecución de sentencias sobre delitos contra la administración pública. Recordemos que el procesado por este tipo de delitos analizará la posibilidad de ser sancionado teniendo en cuenta que puede librarse por diversas razones, como motivos de probanza, interpretación jurídica u otras semejantes.

Uno de los principales retos de la lucha contra la corrupción es o debería ser la reparación civil, y por ello el tratamiento de la víctima en el proceso penal es vital, sobre todo en la restitución de lo afectado y la indemnización civil. La reparación civil como pretensión amparada afecta la realidad económica del autor o partícipe del delito, es decir, incide negativamente en su patrimonio personal¹¹, a costa del cual se resarce e indemniza de alguna manera al afectado por el delito.

En conclusión, si se asume una política criminal en los delitos contra la administración pública con un correcto enfoque económico por parte del Estado para determinar y ejecutar la reparación civil, esta puede resultar un arma extremadamente favorable en la lucha contra la corrupción, tan importante como la propia pena. Es decir, no debe aislarse la consecuencia penal de la consecuencia civil del delito, sino más bien vincularlas para lograr la satisfacción de los daños como solución eficaz del conflicto¹².

Así pues, todo sujeto que cometa un hecho ilícito en delitos de corrupción con un enfoque económico debería enfrentarse a un análisis estratégico según el cual, en caso de ser descubierto, investigado y condenado, no solo recibirá una pena, sino que además el Estado dirigirá una gran parte de su poder a establecer y ejecutar una reparación civil¹³.

¹¹ INGRID DÍAZ y GILBERTO MENDOZA, “¿Caducidad o prescripción? De la reparación civil en los casos de sentencias derivadas de procesos penales por delitos contra la administración pública en el ordenamiento jurídico peruano”. *Derecho PUCP*, n.º 82 (2019): 407-434.

¹² CLAUS ROXIN, “Pena y reparación”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.º 3 (1999): 5-16.

¹³ PABLO ROJAS PICHLER, “¿Puede cumplir la responsabilidad civil ex delicto una función preventiva frente a la delincuencia relacionada con la corrupción pública? Reflexiones desde el sistema penal paraguayo”. *Revista Penal México*, n.º 13 (2018): 173-205.

EL COBRO DE LA REPARACIÓN CIVIL EN DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Desde un punto de vista internacional, es de vital importancia mencionar el artículo 26 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: “Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa”. Además, el artículo 35 de la convención precisa la trascendencia de las políticas de recuperación:

Cada Estado parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con los principios de su derecho interno, para garantizar que las entidades o personas perjudicadas como consecuencia de un acto de corrupción tengan derecho a iniciar una acción legal contra los responsables de esos daños y perjuicios a fin de obtener indemnización.

Por su parte, el artículo 51 establece que “la restitución de activos con arreglo al presente capítulo es un principio fundamental de la presente Convención y los Estados Parte se prestarán la más amplia cooperación y asistencia entre sí a este respecto”.

El tratamiento de los delitos contra la administración pública es diferente al de los delitos comunes, sobre todo al tener aquellos una amplia gama de políticas criminales específicas para confrontarlos. Actualmente la aplicación de la ley no es solo un ejercicio de persecución, sino también de prevención, como sucede con algunos otros delitos.

En este caso la visión contemporánea apunta a que la corrupción sea regulada por la devolución de las pérdidas estatales como activos de recuperación, lo que a su vez debería maximizar el retorno de las pérdidas estatales por parte de los corruptores¹⁴.

¹⁴ SUGENG WAHYUDI, “Penal policy on assets recovery on corruption cases in Indonesia”. *Journal of Indonesian Legal Studies*, vol. 4, n.º 1 (2019): 45.

Si bien la sanción penal tiene por objeto cubrir el costo social del delito, disuadir e impedir que las personas cometan delitos¹⁵, no debemos olvidar que los hechos delictuales también generan un agravio civil económicamente gravoso. El contenido punitivo ya se encuentra previsto y abordado por la normatividad, y esta se consolida después de la condena muchas veces ejecutada, pero la ejecución de la reparación civil obligatoria es menos frecuente¹⁶. La significativa relación positiva que debería existir entre la compensación monetaria y los resultados punitivos de sentencias sugiere que la compensación económica juega un papel crucial en el proceso penal¹⁷.

En la última década se han explorado diversos frentes de la lucha contra la corrupción. El enfoque más aceptado es el del derecho indemnizatorio como complemento de las políticas de derecho penal¹⁸. El argumento recae en que el objetivo de política pública debe ser crear un entorno social y jurídico favorable para optimizar la ejecución de las indemnizaciones. De hecho, en muchos casos de corrupción el porcentaje de persecución penal exitosa y la clase de castigo asociada a los delitos no representan un elemento disuasorio, teniendo en cuenta los altos beneficios económicos asociados¹⁹. Gran parte de los estudiosos del tópico de la corrupción sostiene que el control de esta depende de la recuperación de caudales como efecto disuasorio, de

¹⁵ EUGENIO ZAFFARONI, "Derecho penal y criminología sociológica", *Derechos en Acción*, n.º 16 (2020): 25-58.

¹⁶ PAOLA MAGGIO, "A critical analysis of corruption and anti-corruption policies in Italy". *Journal of Financial Crime*, vol. 28, n.º 2 (2020): 513-530.

¹⁷ YANYU XIN y TIANJI CAI. "Paying money for freedom: Effects of monetary compensation on sentencing for criminal traffic offenses in China". *Journal of Quantitative Criminology*, n.º 36 (2020): 1-28.

¹⁸ HERNÁN LARREA MOSCOSO, "Recupero de activos en casos de corrupción". *Revista Jurídica Derecho*, n.º 14 (2021): 81-96.

¹⁹ PAOLA MARIANI, "How damages recovery actions can improve the fight against corruption: The crisis of criminal law policies and the role of private enforcement in an Italian case of judicial corruption". *Crime, Law and Social Change*, n.º 60 (2013): 209-226.

la responsabilidad de los funcionarios públicos y de una economía abierta y competitiva²⁰.

Los sistemas de justicia penal modernos deben tratar de garantizar que las víctimas sean indemnizadas y que esta indemnización sea cumplida. Se aplica lo mismo a las víctimas de la corrupción, aunque los delitos de este tipo sean únicos en muchos sentidos. Las ganancias y pérdidas implicadas pueden ser enormes y las instituciones públicas que representan al Estado son las principales agraviadas. Por ello, la falta de cumplimiento de las acciones civiles contra la corrupción no necesariamente es indicativa de una falla del sistema de justicia penal, sino de una falta de mejores alternativas para la recuperación (como la confiscación y la cooperación internacional²¹). La corrupción, sea de menor o de gran escala, no es un tema de interés únicamente para el Estado afectado, aunque a veces pueda parecerlo. Sea cual sea la forma en que se manifiesta, afecta los principios de paz, justicia y libertad, y los derechos humanos contenidos en los diferentes instrumentos internacionales. Por ello, no basta con incrementar las penas o brindar políticas represivas, sino que debe haber un sistema integral que permita promover, proteger, respetar y garantizar los derechos de los agraviados en los delitos de corrupción²².

²⁰ ALOK BOHARA, NEIL MITCHELL y CARL MITTENDORFF, "Compound democracy and the control of corruption: A cross-country investigation". *Policy Studies Journal*, n.º 32 (2004): 481-499.

²¹ Como lo establecen el capítulo IV de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en casos de macrocorrupción y la Convención de Palermo contra la Delincuencia Transnacional Organizada en casos de gran corrupción. SIMON YOUNG, "Why civil actions against corruption?", *Journal of Financial Crime*, n.º 16 (2009): 144-159.

²² FILIBERTO MANRIQUE MOLINA, *Ius anticorruptionis commune latinoamericanum desde un enfoque basado en derechos humanos* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2021), 44.

DATOS EMPÍRICOS SOBRE LA EJECUCIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL EN PERÚ

Tabla 14. Pago y deuda, en nuevos soles y al cambio en pesos colombianos, en la ejecución de reparaciones civiles en delitos contra la administración pública en Perú, 2001-2020

Ítem	S/	\$	%
Pagado	77 834 150,79	20 476 253,57	24,87
Deuda	235 117 212,23	61 853 564,38	75,13
Total	312 951 363,02	82 329 817,95	100

Nota: tipo de cambio \$1 equivale a S/3,8, redondeado a mayo del 2022.

Fuente: elaboración propia con datos de la Procuraduría Pública Anticorrupción (PPA).

La tabla 14 da una perspectiva general a nivel nacional de los montos pagados y adeudados en la ejecución de reparaciones civiles por delitos contra la administración pública. Se busca otorgar un diagnóstico general del tema en el Estado peruano. Este es uno de los principales datos para la presente investigación. Se debe tener en consideración que las cifras señaladas son las declaradas por la PPA y no abarcan la cifra negra de la corrupción.

El monto total de reparaciones civiles en Perú por delitos contra la administración pública entre 2001 y 2020 es de S/312 951 363,02, que al 14 de mayo del 2022 equivalían a US\$82 329 817,95 dólares americanos.

En el mismo periodo se ha pagado en reparaciones civiles por delitos contra la administración pública un monto total de S/77 834 150,79 (US\$20 476 253,57). Aún se mantiene una deuda por S/235 117 212,23 (US\$61 853 564,38). Es decir, solo se ha realizado el pago del 24,87 %, existiendo al 1.º de enero del 2021 una deuda del 75,13 %.

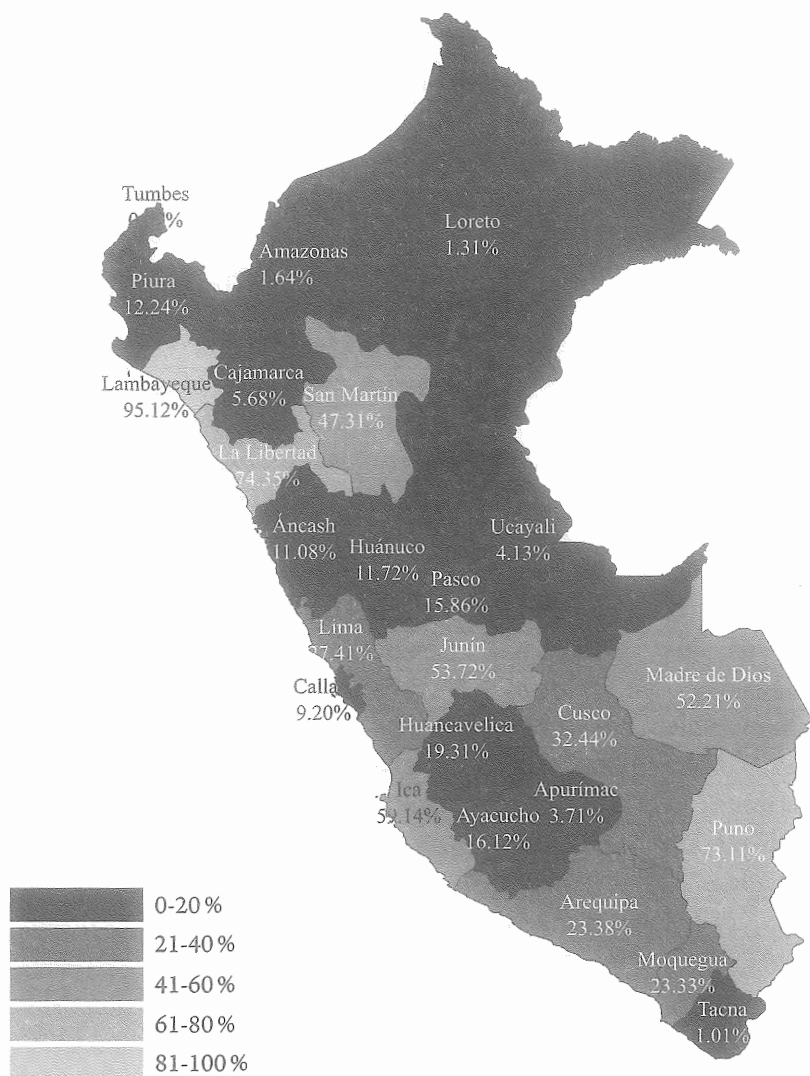
La tabla 15 establece el detalle del cobro de las reparaciones civiles de las 24 regiones del Perú y la provincia constitucional del Callao entre 2001 y 2020. Se muestra cuánto es lo pagado y cuánto lo adeudado de forma regional.

Tabla 15. Pagos y deuda de reparación civil por delitos contra la administración pública en Perú, por región, 2001-2020

Región	Pago (en S/)	Saldo (en S/)	Total reparación	Ejecución (%)
Amazonas	124 825,26	7 474 162,51	7 598 987,77	1,64
Áncash	677 759,67	5 439 112,60	6 116 872,27	11,08
Apurímac	46 240,70	1 198 799,30	1 245 040,00	3,71
Arequipa	356804,91	1 169 273,87	1 526 078,78	23,38
Ayacucho	166 452,20	866 107,85	1 032 560,05	16,12
Cajamarca	167 575,63	2 782 347,70	2 949 923,33	5,68
Callao	238 663,24	2 355 558,55	2 594 221,79	9,20
Cusco	428 355,17	892 118,41	1.320.473,58	32,44
Huancavelica	314 217,82	1 313 110,47	1 627 328,29	19,31
Huánuco	220 298,33	1 658 706,50	1 879 004,83	11,72
Ica	171 968,00	118 805,06	290 773,06	59,14
Junín	337 461,97	290 689,44	628 151,41	53,72
La Libertad	398 444,00	137 473,87	535 917,87	74,35
Lambayeque	946 229,45	48 593,02	994 822,47	95,12
Lima	71 898 007,18	190 384 007,44	262 282 014,62	27,41
Loreto	14 250,00	1 076 772,07	1 091 022,07	1,31
Madre de Dios	124 919,66	112 081,84	237 001,50	52,71
Moquegua	244 322,90	802 964,90	1 047 287,80	23,33
Pasco	126 761,00	672 465,00	799 226,00	15,86
Piura	101 558,96	728 246,53	829 805,49	12,24
Puno	221 360,42	81 424,58	302 785,00	73,11
San Martín	389 763,90	434 084,43	823 848,33	47,31
Tacna	98 641,42	9 653 648,29	9 752 289,71	1,01
Tumbes	3 690,00	5 065 310,00	5 069 000,00	0,07
Ucayali	15 579,00	361 348,00	376 927,00	4,13
Total	77 834 150,79	235 117 212,23	312 951 363,02	24,87

Fuente: elaboración propia con datos de la PPA.

Figura 1. Mapa de Perú según porcentaje de pago de reparación civil por región



Fuente: elaboración propia.

Tabla 16. Pagos y deuda de reparaciones civiles por delitos contra la administración pública, por oficina de la PPA en Lima (Perú), 2001-2020

Oficina	Pago (en S/)	Saldo (en S/)	Total reparación	Ejecución (%)
Lima Cercado	70 495 874,11	159 369 588,87	229 865 462,98	30,67
Lima Ad Hoc	157 306,30	27 844 917,97	28 002 224,27	0,56
Lima Norte	1 018 901,87	2 819 108,08	3 838 009,95	26,55
Lima Sur	163 108,70	276 858,72	439 967,42	37,07
Cañete	10 430,00	34 370,00	44 800,00	23,28
Huaura	52 386,20	39 163,80	91 550,00	57,22
Total	71 898 007,18	190 384 007,44	262 282 014,62	27,41

Fuente: elaboración propia con datos de la PPA.

La tabla 16 especifica el cobro conforme a la división de oficinas de la PPA en Lima. Esta se encuentra dividida en pagos, saldos, monto de reparación y porcentaje de ejecución.

Tabla 17. Pagos y deuda de reparaciones civiles por delitos contra la administración pública a nivel nacional, por oficina de la PPA, 2001-2020

Oficina	Pago	Saldo	Total reparación	Ejecución (%)
Amazonas	74 849,10	7 343 838,67	7 418 687,77	1,01
Áncash	124 602,03	288 871,71	413 473,74	30,14
Apurímac	46 240,70	1 198 799,30	1 245 040,00	3,71
Arequipa	356 804,91	1 169 273,87	1 526 078,78	23,38
Ayacucho	166 452,20	866 107,85	1 032 560,05	16,12
Bagua	49 976,16	130 323,84	180 300,00	27,72
Cajamarca	167 575,63	2 782 347,70	2 949 923,33	5,68
Callao	238 663,24	2 355 558,55	2 594 221,79	9,20
Cañete	10 430,00	34 370,00	44 800,00	23,28
Chinca	49 868,00	114 955,06	164 823,06	30,26
Cusco	428 355,17	892 118,41	1 320 473,58	32,44
Del Santa	553 157,64	5 150 240,89	5 703 398,53	9,70
Huancavelica	314 217,82	1 313 110,47	1 627 328,29	19,31

Oficina	Pago	Saldo	Total reparación	Ejecución (%)
Huánuco	220 298,33	1 658 706,50	1 879 004,83	11,72
Huaura	52 386,20	39 163,80	91 550,00	57,22
Ica	122 100,00	3 850,00	125 950,00	96,94
Junín	337 461,97	290 689,44	628 151,41	53,72
La Libertad	398 444,00	137 473,87	535 917,87	74,35
Lambaqueye	946 229,45	48 593,02	994 822,47	95,12
Lima	70 495 874,11	159 369 588,87	229 865 462,98	30,67
Lima Ad Hoc	157 306,30	27 844 917,97	28 002 224,27	0,56
Lima Norte	1 018 901,87	2 819 108,08	3 838 009,95	26,55
Lima Sur	163 108,70	276 858,72	439 967,42	37,07
Loreto	7.150,00	931 098,34	938 248,34	0,76
Madre de Dios	124 919,66	112 081,84	237 001,50	52,71
Moquegua	244 322,90	802 964,90	1 047 287,80	23,33
Moyobamba	100 709,70	127 442,97	228 152,67	44,14
Pasco	126 761,00	672 465,00	799 226,00	15,86
Piura	97 301,56	728 246,53	825 548,09	11,79
Puno	221 360,42	81 424,58	302 785,00	73,11
San Martín	289 054,20	306 641,46	595 695,66	48,52
Sullana	4 257,40	0	4 257,40	100,00
Tacna	98 641,42	9 653 648,29	9 752 289,71	1,01
Tumbes	3 690,00	5 065 310,00	5 069 000,00	0,07
Ucayali	15 579,00	361 348,00	376 927,00	4,13
Yurimaguas	7 100,00	145 673,73	152 773,73	4,65
Total	77 834 150,79	235 117 212,23	312 951 363,02	24,87

Fuente: elaboración propia con datos de la PPA.

La tabla 17 establece el detalle del cobro de las reparaciones civiles según la división por oficinas de la PPA a nivel nacional desde el 2001 hasta el 2020. Se muestra de forma tanto numérica como porcentual cuánto es lo pagado y cuánto lo adeudado.

Tabla 18. Pago anual de la reparación civil por delitos contra la administración pública en Perú, 2001-2020

Año	Reparación pagada (%)
2001	7,00
2002	4,01
2003	17,16
2004	0,70
2005	44,47
2006	4,06
2007	13,77
2008	76,03
2009	3,79
2010	24,59
2011	8,60
2012	12,11
2013	5,11
2014	12,50
2015	13,40
2016	18,46
2017	5,72
2018	66,62
2019	10,40
2020	0,48

Fuente: elaboración propia con datos de la PPA.

La tabla 18 muestra el porcentaje anual de ejecución de reparaciones civiles por delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios. Permite distinguir entre años de mínima ejecución, como el 2004 y el 2020, y años de alta ejecución, como el 2008 y el 2018.

Tabla 19. Probabilidad de pago de reparaciones civiles por delitos contra la administración pública en Perú, 2001-2020

Ítem	N.º de casos	%
Improbable	1864	39,48
Pagado o probable pago	2857	60,52
Total	4721	100

Fuente: elaboración propia con datos de la PPA.

En la tabla 19 se aprecia el índice de probabilidad de pago de las reparaciones civiles por delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios a nivel nacional entre el 2001 y el 2020. Los datos de probabilidad detallados en la tabla son establecidos por la misma PPA, que a través de ciertos indicadores —tiempo transcurrido desde que se emitió la sentencia, presencia del sentenciado y propiedades actuales de este susceptibles a embargos— establece la probabilidad de que un sentenciado pague.

Tabla 20. Tipo de pago de reparación civil por delitos contra la administración pública en Perú, 2001-2020

Tipo de pago	N.º de casos	%
Individual	4131	87,5
Solidario	590	12,5
Total	4721	100

Fuente: elaboración propia con datos de la PPA.

La tabla 20 muestra la forma de pago impuesta en sentencias por delitos contra la administración pública. Pueden ser pagos de forma individual o de responsabilidad solidaria. Resalta el mayor índice de reparaciones individuales, 87,5 %, en comparación con el de las solidarias²³.

²³ Artículo 1983 del Código Civil peruano: si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales.

ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS RELEVANTES

TEORÍA RACIONAL Y PRECIPITADORES SOCIALES DEL DELITO ADAPTABLES A LA CORRUPCIÓN

Muchos economistas a nivel mundial han buscado detectar la relación entre políticas públicas y criminalidad para conocer los diferentes impactos de esta última. En términos generales los autores la explican como fenómeno de competencia, incluso con criterios de mejora de productividad, entre los aptos y no aptos para el delito.

Quizá la palabra *delito* resulta demasiado amplia pues incluye los llamados *delitos de sangre* —tales como asesinatos, violaciones sexuales y graves lesiones—, además de delitos patrimoniales —como hurtos y estafas— o también delitos de “cuello blanco” —como delitos tributarios o de corrupción—. Tal vez sea mejor usar la palabra *crimen*, igualmente amplia, pero que remite a una actividad o “industria” económicamente importante, pues el delito mueve altas sumas de dinero.

Esta fórmula “económica” alude no solamente a los criminales, sino también a quien los intenta repeler, el Estado, pues no es secreto que la represión de la “industria criminal” genera un alto gasto público en juzgados, fiscalías, policías especializadas, entre otras instituciones, todas enfocadas en sucesos posteriores al crimen.

Es aquí donde aparece la teoría de la elección racional bajo la forma de teoría racional del crimen, claramente relacionada con la teoría de la oportunidad delictiva porque ambas explican el delito con base en el concepto de *costo-beneficio*. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la elección racional es un criterio interno de decisión mientras que la oportunidad para el delito es un criterio externo que estimula al crimen a través de precipitadores sociales.

La criminalidad, según Becker, es una actividad racional limitada por la aversión al riesgo¹. Bajo esa premisa quien delinque es un sujeto que valora y analiza los beneficios y costos de cometer una acción punible. Como toda actividad económica, existe en el marco de un mercado de actividades, en este caso ilícitas, con asignaciones de recursos y recompensas.

Podemos decir que

el enfoque aquí adoptado sigue el análisis habitual de los economistas sobre la elección y asume que una persona comete un delito si la utilidad esperada para él excede la utilidad que podría obtener usando su tiempo y otros recursos en otras actividades².

Entonces las personas no se convierten en criminales por motivaciones internas, sino más bien por los beneficios que pueden obtener frente a los costos que deben afrontar. Es claro que los delitos contra la administración pública serían una manifestación de ello.

Esta fórmula puede indicar que la actividad criminal responde a un desarrollo por competencia, como lo expresan Lazear y Rosen³. El delincuente busca maximizar los recursos y disputa el acenso en una cadena jerárquica criminal. Esto funciona como los deportes o los centros laborales: mientras la competencia exista, obligará a mejorar el rendimiento del sujeto.

Bajo lo expresado puede afirmarse que la existencia de ciertas políticas públicas debería aumentar el costo o reducir los beneficios del delito para así disminuirlo. En ese sentido van las políticas de endurecimiento de las penas en Perú pues el legislador ha razonado que las penas altas disuaden al sujeto, porque este consideraría racionalmente costoso cometer el delito y, por lo tanto, se abstendría de hacerlo.

¹ GARY BECKER, "Crime and punishment: An economic approach", *The Journal of Political Economy*, vol. 76, n.º 2 (1968): 169.

² GARY BECKER, "Crimen y castigo: un enfoque económico", *Microeconomía* (1974): 7.

³ EDWARD LAZEAR y SHERWIN ROSEN, "Rank-order tournaments as optimum labor contracts", *Journal of Political Economy*, n.º 89 (1981): 841-864.

En una investigación formulada en el marco de la teoría racional sobre las infracciones cometidas por jóvenes, Trajtenberg apunta:

La idea tiene dos vías: i) las penas altas podrían disuadir a los adolescentes de delinquir, ya que lo considerarían racionalmente muy costoso, y ii) las penas altas podrían incapacitar a los adolescentes cuando cometan delitos, retirándolos de la sociedad e imposibilitándoles la reincidencia durante un período.⁴

Este tipo de medidas pueden parecer funcionales, pero no es apropiado analizar los delitos de corrupción de esa forma pues los costos/beneficios son distintos a los de un delito patrimonial común. La simple política criminal de aumento de penas no sería suficiente. Como nos dice Gibbs,

entre los costos, la literatura refiere a tres elementos disuasorios: severidad, certeza y celeridad. La severidad está asociada a la duración y dureza de las penas; la certeza, a la probabilidad de ser aprendido y castigado por un delito cometido; y, finalmente, la celeridad se refiere al tiempo transcurrido entre la comisión del delito y la aplicación de la pena. Se dice que, a menor severidad, certeza y celeridad de las sanciones, cabe esperar un mayor involucramiento criminal de los individuos⁵.

El aumento de la pena no es la única fórmula: el desarrollo procesal y la aplicación de las normas son requisitos estrictos del aumento de costos para quien comete el delito.

Si realizamos un análisis de estos factores en las políticas criminales instauradas en Perú, en términos de disuasión el aumento de penas, su rigurosidad o su aplicación solo afectarían el factor de severidad. La certeza

⁴ NICOLÁS TRAJTENBERG, "Algunas razones por las cuales disminuir la edad de responsabilidad penal adulta en Uruguay no parece la mejor solución". En *Estudios de derecho penal III*, ed. por la Defensoría Penal Pública (Santiago de Chile: DPP, 2012), 163.

⁵ JACK GIBBS, "Crime, punishment, and deterrence". *The Southwestern Social Science Quarterly*, vol. 48, n.º 4 (1968): 515.

y la celeridad quedarían en el olvido, y el análisis de esa situación por parte del legislador es inexistente para la creación de políticas criminales.

Si reflexionamos sobre los beneficios en los delitos de corrupción en Perú, los agentes que racionalmente realizan el análisis costo/beneficio calculan que este último es alto, lo que les permite obtener millones de soles, mientras que los costos son mínimos pues la severidad por sí sola no genera un gran efecto disuasivo.

Los efectos disuasivos de la inmediatez y la certeza influyen en gran medida en la elección racional de cometer delitos de corrupción. Así pues, al ver en cuánto tiempo puede conseguir el beneficio y cuánto tiempo se demorarán en ser descubiertos, los agentes encuentran un amplio margen de impunidad. De este modo, la certeza de la condena es mínima, y no existe una fórmula real para garantizarla.

Ahora bien, estas reglas no bastan pues la psicología cognitiva nos dice que para entender los procesos individuales de toma de decisiones (incluyendo aquellas sobre actuar corruptamente) se tienen que tomar en cuenta todos los factores que afectan el procesamiento de información (tales como tiempo, capacidad mental y motivación)⁶. En este sentido, la tendencia actual de estudio se centra más en el delincuente común que en el asesino en serie o los psicópatas:

Actualmente, se ha producido un cambio en el centro de atención y en las prioridades. El delincuente mundano y oportunista ahora está más cerca del centro de la escena de la investigación criminológica y de la práctica del control del delito y la figura del delincuente patológico y necesitado es mucho menos relevante.⁷

David Garland, por ejemplo, considera que “los delincuentes son oportunistas racionales o delincuentes profesionales cuya conducta es disuadida o desinhibida por la puesta en marcha de desincentivos”⁸.

⁶ KENDRA DUPUY y SIRI NESET, *La psicología cognitiva de la corrupción* (Bergen: CHR Michelsen Institute, 2020), 3.

⁷ DAVID GARLAND, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea* (Barcelona: Gedisa, 2005), 220.

⁸ *Ibid.*, 305.

El análisis del motivo en el delito es, pues, relevante, y la casuística indica que hay dos motivos muy poderosos en los delitos de corrupción de funcionarios: el económico, por un lado, y el estatus social, por otro. Uno es tangible, el dinero, y el otro es intangible, la codicia de poder. Hay que comprender cuánto se quiere arriesgar para lograr uno u otro.

En su artículo “New economics of sociological criminology” Bill McCarthy detalla nueve puntos básicos de la elección racional del crimen⁹:

- Preferencias. Es el supuesto más importante para el modelo racional y establece que la gente tiene claras preferencias por resultados específicos como: bienes, servicios, estados de bienestar, etcétera.
- Propiedades de las preferencias. Completas: porque el individuo tiene la habilidad de ordenar posibles combinaciones a partir de resultados viables y de acuerdo con su valor. Transitivas: el individuo muestra consistencia en sus preferencias. Estables: las preferencias son exógenas e inmutables durante la decisión.
- Tiempo. Las preferencias se orientan hacia los resultados presentes contra los futuros. Es decir, que las preferencias del presente pueden ser evaluadas en relación con la posibilidad de obtener resultados futuros mayores: una persona siempre aceptará un beneficio subóptimo en el presente con miras a obtener un mayor beneficio en el futuro.
- Riesgo e incertidumbre. Dada la existencia de incertidumbre ante la obtención de resultados, las preferencias reflejan aversión al riesgo e incertidumbre. Esta relación está representada en los tres elementos del teorema de utilidad esperada de Neumann-Morgenstern: 1) las preferencias de los individuos están influenciadas por los resultados potenciales y no por los asegurados en relación con su costo; 2) todos los costos y beneficios potenciales pueden ser calculados con valores monetarios; 3) las actitudes hacia el riesgo pueden influenciar tanto a las preferencias como al cálculo de la utilidad esperada de un resultado.

⁹ LUIS RAMÍREZ DE GARAY, “Crimen y economía: una revisión crítica de las explicaciones económicas del crimen”, *Revista Argumentos*, n.º 27 (2014): 261-290.

- Información incompleta. Esta propiedad está relacionada con el costo asociado que genera la obtención de la información necesaria para tomar decisiones. El supuesto básico dicta que el individuo siempre tratará de obtener la mayor información posible para guiar la toma de decisiones. Sin embargo, a pesar de que la información recolectada siempre será insuficiente, las decisiones futuras serán tomadas suponiendo que suficiente información ha sido recolectada.
- Maximización de utilidad. La racionalidad de una decisión no siempre es consistente con la noción de maximización. Maximizar requiere escoger comportamientos consistentes con la propia función de utilidad esperada. Por ello es imposible determinar *a priori* la racionalidad de una acción, porque para hacer dicha evaluación todos los supuestos anteriores (precedentes) tendrían que ser verificados en el proceso de toma de decisión. Por lo que dos situaciones idénticas podrían producir resultados distintos debido a diferentes cálculos provenientes de los supuestos originales. De acuerdo con ello existen dos formas de cálculo racional: a) egocéntrico (*self-interest*) donde el individuo persigue únicamente su propio interés económico (costo-beneficio); b) estándar de objetivos presentes (*present-aims standard*) donde con menos restricciones sobre sus preferencias los individuos actúan eficientemente (calculan) de acuerdo a un número mayor de intereses u objetivos (cultural, social, psicológico o emocional). En este caso una conducta es racional si fue calculada para atender las preferencias ordenadas del individuo.
- Irracionalidad. El enfoque racional considera a la existencia de la no-racionalidad en la toma de decisiones.
- Analizable. Prácticamente cualquier decisión puede ser analizada a partir de la teoría de las decisiones y la teoría de juegos.
- No es una teoría cognitiva. Finalmente, la elección racional no es una explicación de la cognición humana, sino una perspectiva metodológica que intenta analizar decisiones en razón de su congruencia entre preferencias. Es más una herramienta analítica que hace uso de procesos estocásticos que una teoría en sí misma ya que “[...] contempla que podemos hacer útiles predicciones sobre el comportamiento humano

al asumir que la mayoría de la gente actúa ‘como si’ hubieran hecho cálculos de costo-beneficio”.

El asunto del libre albedrío, específicamente la elección al momento de cometer un delito, es una discusión antigua:

El principio de la elección racional asume que los seres humanos consideran cuidadosamente las consecuencias de su propio comportamiento, lo que los convierte en *homos oeconomicus*. Por ello, los estudios relativos al delito y a la disuasión, desde esta perspectiva, anclan el argumento de la disuasión en la posibilidad de que los seres humanos, actuando como tales *homos oeconomicus*, evalúen sistemática y racionalmente los riesgos y beneficios del delito.¹⁰

Bajo esa premisa existen múltiples razones para creer que la figura del delincuente oportunista calza a cabalidad con la teoría racional del crimen, pero por ahora todo lo que sabemos es lo que resume Romero Pérez:

No obstante, este tipo de actividades criminales tienen costos y beneficios, algo que los delincuentes toman en cuenta. De manera que es útil determinar la forma de combatir la delincuencia de una forma óptima para poder desarrollar las relaciones de comportamiento.¹¹

Al final de cuentas, es esto lo que busca la presente investigación: una fórmula óptima de demostrar el error que el Estado viene cometiendo en la lucha contra los delitos de corrupción.

¹⁰ LUIZ COIMBRA y ÁLVARO BRIONES, “Crimen y castigo. Una reflexión desde América Latina”, *Urvio*, n.º 24 (2019), 26-41.

¹¹ ALEJANDRO ROMERO PÉREZ, *Análisis de la economía del crimen en el espacio interurbano de Tijuana, Baja California (2010)* (tesis de maestría, El Colegio de la Frontera Norte, 2012), <https://colef.repositorioinstitucional.mx/jspui/handle/1014/86>.

EL POPULISMO PUNITIVO EN DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Para empezar, se requiere establecer algunos conceptos necesarios para el entendimiento de la problemática que nos ocupa. El primero es el de *populismo*. Según Pérez y Gardey, “es un término peyorativo ya que hace referencias a las medidas políticas que no buscan el bienestar o el progreso de un país, sino que tratan de conseguir la aceptación de los votantes sin importar las consecuencias”¹². El tema es amplio y en las últimas décadas estudios serios a nivel mundial lo han abordado con atención, tanto en la sociología como en el derecho:

Con el tiempo ha ido surgiendo todo un cuerpo de investigación, mucho más sólido, que ha tratado de conocer en profundidad las actitudes hacia el castigo, poniendo en cuestión el denominado “populismo punitivo” y que ha presentado una opinión pública, en ocasiones, incluso, más benevolente con la respuesta que se ha de dar frente al delito que la presentada por políticos, profesionales de la justicia y medios de comunicación.¹³

Por otra parte, desde la perspectiva antropológica, “el populismo constituye un mito que pretende resolver los problemas por la sola magia del discurso y sus representaciones prometiendo un supuesto acercamiento del pueblo al poder político garantizando lo imposible: la esperanza de representarlo todo”¹⁴.

Desde la perspectiva política, a su turno, se puede entender por populismo toda cercanía que los políticos tienen con el pueblo como potentes electores cuyos actos aprovechan los temores y consensos de las masas para dar legitimidad a sus propuestas. Ahora bien, tales propuestas suelen contravenir principios generales del derecho, rangos normativos o derechos fundamentales que se inscriben en el derecho penal del enemigo. A los políticos que las promueven solo les interesa ganar adeptos dentro

¹² PÉREZ y GARDEY, “Populismo. Qué es...”.

¹³ FERNÁNDEZ y TARANCÓN, “Populismo punitivo...”.

¹⁴ ARTEGA BOTELLO, *Administrar la violencia*, 45.

de las masas en las histerias colectivas para recibir apoyo a decisiones políticas, que requieran respaldo popular.

Así pues, el populismo acostumbra promover las clásicas “guerras contra el delito” (*Criminalizing wars*, como son descritas por Young en palabras de Ruggiero¹⁵). La guerra contra las drogas, la guerra contra la violencia, la guerra contra corrupción, entre otras que el Estado ha ido creando a fin de combatir el crimen, ¿realmente son guerras con combates y batallas para erradicar un delito, teniendo en cuenta que estos son conductas existentes desde el inicio de los tiempos? En una guerra habría ganadores y perdedores, pero en estas presuntas guerras todos pierden: cada sujeto que comete un delito es un ciudadano que va perdiendo esa calidad, y el Estado no invoca la prevención como arma. En situaciones bélicas no hay mejor guerra que la que se previene pues así no existirían bajas y se solucionaría el conflicto sin la lucha, más allá del ejercicio mental de la prevención.

No podemos culpar única y exclusivamente al legislador pues este es avalado por una ciudadanía en emergencia y desesperada. Como lo expresa Cullen: “Esta supuesta demanda más severa hacia la delincuencia ha sido, de una parte, el hallazgo de una ciudadanía desinformada con una visión exageradamente preocupante sobre el tema en cuestión”¹⁶.

La amplia literatura académica en castellano sobre el asunto ha identificado tres componentes característicos del populismo punitivo, según Antón-Mellón¹⁷: el papel de la cárcel como agente represor, la importancia de la opinión de la víctima y, por último, la politización electoral de la inseguridad ciudadana.

Si se analiza el papel de las cárceles como agente represor en los delitos de corrupción en Perú, el populismo puede verse con claridad a través de la Ley 30 304 y el Decreto Legislativo 1351. Dichas normas, actualmente determinantes para la política criminal, prohíben la pena suspendida en casos de delitos de corrupción de funcionarios. La única

¹⁵ VINCENZO RUGGIERO, “Criminalizing war: criminology as ceasefire”. *Social & Legal Studies*, n.º 14 (2005): 239-257.

¹⁶ CULLEN, FISHER y APPLGATE, “Public opinion...”, 1-79.

¹⁷ ANTÓN-MELLÓN, ROTHSTEIN y ÁLVAREZ, *Populismo punitivo*, 24.

posibilidad legal del magistrado es imponer pena efectiva frente a cualquier delito contra la administración pública, por mínima que sea su lesividad. La cárcel es, pues, la respuesta directa a los delitos de corrupción de funcionarios, de modo que no existe intención de rehabilitación, solo se busca reprimir a quien comete este tipo de delitos. De hecho, poco tiempo después se emite la Ley 30 609, que modifica el artículo 50 del Código de Ejecución Penal en el sentido de prohibir la semilibertad y la libertad condicional en los delitos contra la administración pública, específicamente en los artículos 382, 383, 384, primer, segundo y tercer párrafo del artículo 387, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal. Todo esto hace imposible que quien cometa un delito de corrupción reciba algún tipo de beneficio penitenciario extramuros de libertad anticipada.

Con respecto a la opinión de la víctima, ha resultado un suceso diferente a lo que los criminólogos estaban acostumbrados. Por ejemplo, Díez Ripollés comenta:

La relación entre víctima y delincuente ha entrado en un juego de suma cero: cualquier ganancia por parte del delincuente, por ejemplo, en garantías procesales o en beneficios penitenciarios supone una pérdida para las víctimas, que lo ven como un agravio o una forma de eludir las consecuencias de la condena.¹⁸

El problema en los delitos contra la administración pública es que si bien el sujeto agraviado formal sería la institución pública en representación del Estado, o en su defecto la PPA, hay también un agraviado informal no señalado en ningún libro de derecho penal. Se encuentra allí presente y se considera afectado por los delitos contra la administración pública: la propia población, que se indigna por cada caso de corrupción del que se entera, más aún en una época de masificación de la información.

Estas víctimas indirectas ponen de manifiesto una necesidad de presionar al Estado exigiéndole mecanismos y leyes duras, que toman

¹⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, "El nuevo modelo...", 25-42.

la forma de un sistema retributivo, convertido en venganza más que en una fórmula que solucione un problema social. Si bien la resocialización cuenta con un soporte constitucional, ha perdido el soporte social, y esto resulta peligroso en una sociedad políticamente inestable.

En cuanto a la tercera característica del populismo punitivo, la politización de la inseguridad ciudadana, Sozzo comenta: “Esta ‘electoralización’ de la ‘emergencia’ de la inseguridad urbana implicó que las medidas propuestas —y eventualmente puestas en marcha— para enfrentar este problema fueran deliberadamente concebidas como el reflejo de lo que piensa o siente ‘la gente’”¹⁹. La emergencia de la cual hablamos en el capítulo tercero vuelve a tallar en las mentes de la ciudadanía, pero ahora como parte de la toma de decisión electoral.

A esto lo hemos llamado *politización de la corrupción*. Si realizamos un análisis serio, podemos afirmar que se ha ido utilizando la tasa delictual de corrupción de funcionarios como arma para desgastar partidos y adversarios políticos, lo que se traduce en votos para las siguientes elecciones. Como mecanismo para aplicar medidas contra la corrupción, el populismo punitivo actúa en las elecciones a la manera de un tranquilizante psicológico que busca resolver problemas sociales a través del derecho penal.

EL DERECHO PENAL SIMBÓLICO EN DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En las últimas décadas se ha visto una aplicación creciente de políticas criminales desordenadas que tienen la finalidad de contrarrestar la delincuencia y a su vez buscan legitimar el trabajo del gobierno de turno. Sin embargo, no se logran resultados óptimos, lo que evidencia la falta de políticas públicas serias a largo plazo.

Una definición de *derecho penal simbólico* en general se considera como un instrumento que sirve a un fin embaucador, ocultando fines

¹⁹ Sozzo, “Populismo punitivo...”, 33-65.

distintos a los que debería tener una norma penal²⁰. Se trata de un concepto que relega a los destinatarios de las normas penales, incluida tanto la sociedad como los aplicadores del derecho, a comprenderlas como instrumentos más declarativos que efectivos²¹. La distinción sociológica entre instrumentalidad efectiva y simbólica consiste en que la primera busca controlar el comportamiento social, mientras que la segunda se preocupa mucho más por hacer una declaración pública²². La instrumentalidad del simbolismo puede ser parte del derecho penal convirtiéndolo en algo simbólico, pero no más efectivo²³. Lo que se debe tener en claro es que la definición de derecho penal simbólico es compleja y no cuenta con exactitud o unicidad.

Contrario a ello, también se puede definir desde la perspectiva crítica como un reproche al legislador, que se aprovecha de las necesidades de justicia en la sociedad para justificar sus decisiones legislativas²⁴.

Igualmente puede entenderse como tranquilizador social, es decir, como un instrumento que destaca a ciertos agentes políticos para dar a la sociedad la impresión tranquilizadora de un legislador atento y unas autoridades trabajando²⁵. Crea una abstracción de tranquilidad colectiva dando a entender que la tarea se está cumpliendo cuando en realidad no se está solucionado el problema²⁶.

²⁰ LIZET ZAVALA VAN OORDT, “El derecho penal simbólico y la ineficacia del estado de emergencia constitucional para combatir la criminalidad”, *Vox Juris*, vol. 33, n.º 1 (2017): 123-133.

²¹ FERRY DE JONG, “The end of doctrine? On the symbolic function of doctrine in substantive criminal law”, *Utrecht Law Review*, n.º 7 (2011): 8-45.

²² CHRISTIE SENNOTT y JOHN GALLIHER, “Lifetime felony disenfranchisement in Florida, Texas, and Iowa: Symbolic and instrumental law”. *Social Justice*, vol. 33, n.º 1 (2006): 79-94.

²³ CLAUDIO LIRA SOUSA, *Direito penal na pós-modernidade: a racionalidade legislativa para uma sociedade de risco* (Brasília: Juruá Editora, 2013), 23.

²⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 35 (2002): 409-447.

²⁵ MANUEL CANCIO MELIÁ, “De nuevo: ¿‘Derecho penal’ del enemigo?, *Instituto de Derecho Penal*, n.º 3 (2016).

²⁶ GERALDINE ARRIETA RUIZ. “Populismo punitivo y derecho penal simbólico”, *Inciso*, n.º 20 (2018): 37-45.

En resumen, hay muchas acepciones del derecho penal simbólico, pero todas tienen en común que este hace perder la dirección al derecho penal. En todos los casos aparece como un instrumento que permite aprovecharse en general de los sentimientos sociales. Sobre todo se puede afirmar que en Latinoamérica existe un ejercicio abusivo de ese instrumento²⁷.

Émile Durkheim fue uno de los primeros estudiosos en construir una influyente teoría sobre lo simbólico que fue adoptada en función del derecho penal. En su opinión, el castigo y el derecho penal no pueden considerarse sencillamente una herramienta para prevenir y combatir el crimen²⁸. Si bien la teoría de Durkheim ha sido criticada muchas veces, su descripción ha ido encajando conforme al tiempo, volviéndose cada vez más evidente la relación entre los sentimientos sociales y el *ius puniendi* del Estado²⁹ y siendo aquellos capaces de transformar y moldear la política criminal a su antojo. En muchos países la indignación frente al crimen ha llegado a tales extremos que ha llevado a repuestas institucionales poco profundas, pudiéndose hablar de una crisis moderna en el derecho penal³⁰.

La inutilidad del derecho penal simbólico en la legislación muestra su ineficacia a la hora de construir las políticas criminales estatales en sus pésimos resultados al momento de disminuir la criminalidad³¹.

En Latinoamérica, por ejemplo, el derecho penal simbólico es un instrumento de manipulación social que afecta gravemente las políticas criminales. En ese sentido, cabe resaltar la explicación de Edelman

²⁷ WILLIAM PARRA, "La actual política criminal en Colombia, vista desde la perspectiva del derecho penal del enemigo de Günther Jakobs". *Derecho Penal y Criminología*, vol. 27, n.º 82 (2006): 175-200.

²⁸ THOMAS ELHOLM y RENAUD COLSON, "The symbolic purpose of EU criminal law". En *EU Criminal Justice and the Challenger of Diversity*, ed. por Renaud Colson y Steward Field (Cambridge: CUP, 2016), 48-64.

²⁹ DAVID GARLAND, *Punishment and modern society: A study in social theory* (Chicago: University of Chicago Press, 1993).

³⁰ GIUDICELLI, ANDRÉ, JEAN-PAUL JEAN y MICHEL MASSÉ, eds., *Un droit pénal postmoderne? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines* (Paris: PUF, 2010), 763.

³¹ ARRIETA RUIZ, "Populismo punitivo ...", 37-45.

sobre la forma en que se utiliza la política para manipular al público en prácticamente todos los controvertidos actos políticos que se suelen considerar importantes como símbolos de lucha contra el delito³².

Los procesos judiciales se presentan como “victorias simbólicas”³³ que deben ser alabadas y observadas por todo el público. Debe comunicarse permanentemente cómo va la guerra contra la corrupción y cada caso importante es una batalla en desarrollo. Las diversas prisiones preventivas de personajes con cierta notoriedad pública —como expresidentes, gobernadores, alcaldes, entre otros— son transmitidas con avidez por los medios de comunicación.

Ahora bien, el derecho penal simbólico no se centra en todos los delitos. Por el contrario, solo concentra su poder en un grupo determinado, normalmente los más reactivos socialmente. Se les puede conocer como *delitos de odio social*. Es decir, crímenes que la sociedad repudia por su propia existencia sin importar ningún otro aspecto social del delito.

Normalmente en casos de este tipo las normas son declaraciones simbólicas solicitadas por la sociedad y proporcionadas por razones políticas³⁴. Se puede extrapolar esta idea a las decisiones judiciales pues cuando los reflectores y las cámaras se concentran en un caso, el sistema judicial ofrece una declaración simbólica con la finalidad de no ser presa del poder mediático.

Las políticas simbólicas constituyen una manifestación contemporánea de la realidad latinoamericana. Se pueden considerar ilegítimas y deberían ser erradicadas del ordenamiento jurídico. En efecto, el derecho penal simbólico normalmente carece de la función preventiva de la política criminal³⁵ porque el marco que brinda cuenta

³² MURRAY EDELMAN, *The symbolic uses of politics* (Illinois: University of Illinois, 1985), 29.

³³ RYKEN GRATTET y VALERIE JENNESS, “Transforming symbolic law into organizational action: Hate crime policy and law enforcement practice”, *Social Forces*, n.º 87 (2008): 501-527.

³⁴ JAMES JACOBS y KIMBERLY POTTER, *Hate crimes: Criminal law & identity politics* (Oxford: OUP, 1998), 30.

³⁵ CARLOS ROMEO-CASABONA, “Criminal policy and legislative techniques in criminal law on biotechnology”, *Revue Internationale de Droit Penal*, n.º 82 (2011): 83-108.

con tres características ajenas a la prevención: la función de tranquilizar al público, la de comunicar un mensaje de lucha y la de proporcionar leyes y programas que no brindan soluciones al problema³⁶.

Que el Estado concentre sus esfuerzos en delitos de odio social solo agrava más la problemática pues crea grupos de interés político que argumentan sobre aquellos y representan un ejercicio de defensa de las políticas criminales simbólicas³⁷.

Podemos distinguir diversos tipos de delitos de odio social en nuestra latitud: tráfico de drogas, terrorismo, trata de personas y sobre todo, para la investigación en concreto, la corrupción de funcionarios. Sobre esta última los problemas no faltan. La mayor parte del diseño, la implementación y la interpretación de las leyes anticorrupción están llenas de trampas funcionales que estructuran características del derecho penal simbólico³⁸. Dichas trampas constituyen tal derecho al generar emociones e ideas represivas mucho más amplias en la audiencia³⁹.

El poder del derecho penal simbólico en los delitos de corrupción es inmenso⁴⁰. Cuantas más prácticas corruptas se observan alrededor, más crece la participación de la ciudadanía en la justicia penal. Eso se puede ver reflejado de manera negativa en sistemas judiciales penales debilitados como los de los países en vías de desarrollo. Se debe aclarar que esa participación en muy pocos casos es directa porque el ciudadano

³⁶ BARBARA ANN STOLZ, "Congress and the war on drugs: An exercise in symbolic politics", *Journal of Crime and Justice*, n.º 15 (1992): 119-136.

³⁷ VALERIE JENNESS, "From symbolic law to criminal justice practice: Hate crime policy, policing, and prosecution". En *The Oxford handbook on crime and public policy*, ed. por Michael Tonry (Nueva York: OUP, 2012): 524-546.

³⁸ SEBASTIAN WOLF, "Dark sides of anti-corruption law: A typology and recent developments in german anti-bribery legislation", *German Law Journal*, n.º 17 (2016): 7-18.

³⁹ ELIZABETH ANNE KRAMER, *What's in a symbol? Emerging parties and anti-corruption symbols in Indonesia's 2014 national legislative election campaigns* (tesis doctoral, The University of Sydney, 2015).

⁴⁰ ATHENA SMITH, "Symbols of corruption and their role in the Greek economic crisis", *African Journal of Hospitality, Tourism and Leisure*, vol. 3, n.º 2 (2014), <https://tinyurl.com/23km8yhlf>.

promedio tiene muy escaso acceso a la administración pública⁴¹. Mientras tanto, se observa la corrupción de alto nivel a través de las pantallas de los medios de comunicación, y esta visibilización trae consigo el escándalo político⁴².

Adicionalmente, muchas veces las normas penales anticorrupción se adoptan como venganzas políticas, y otras medidas que buscan frenarla también tratan de proteger el *statu quo*⁴³. Al fin y al cabo, los delitos contra la administración pública siempre serán una fuente poderosa para atraer electorado.

Reflexionar sobre estos sucesos en América Latina resulta inquietante pues también afecta la concepción dogmática de las garantías en el ámbito procesal. Nos hace cuestionarnos si realmente nos encontramos seguros jurídicamente o, por el contrario, la persecución de los delitos de odio social no respeta ninguna garantía en la realidad. Esta relación entre eficiencia y disminución de garantías penales no es una discusión de hoy, sino que lleva más de cincuenta años en la palestra, pero debe reconsiderarse por la situación actual de la política criminal contra la corrupción.

La gran discusión se debe centrar en cuáles son los límites de la política criminal, hasta dónde debe llegar la capacidad de intervención para combatir el crimen, sin perder de vista el respeto por los derechos fundamentales y el poder axiológico del Estado democrático constitucional de derecho⁴⁴. Se puede llegar a creer que no existe punto medio y que las respuestas reales no se encontrarían en el derecho penal. Tal vez

⁴¹ DULCE SANTANA VEGA, "Consideraciones críticas sobre la responsabilidad penal de los partidos políticos como instrumento de lucha contra la corrupción", *Política Criminal*, n.º 15 (2020): 76-110.

⁴² JAVIER WILENMANN VON BERNATH, "El derecho frente a la resistencia a la criminalización bajo el ejemplo de los delitos de corrupción", *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, n.º 15 (2020): 310-329.

⁴³ JOSEPH POZSGAI-ALVAREZ, "Putting out the fire of anti-corruption demands: The symbolic adoption of a national anti-corruption office in Peru, 2007-2008", *European Quarterly of Political Attitudes and Mentalities*, vol. 6, n.º 3 (2017): 15-31.

⁴⁴ FRANKLIN ZIMRING y DAVID JOHNSON, "On the comparative study of corruption", *British Journal of Criminology*, n.º 45 (2005): 793-809.

es deber del jurista empezar a abordar otras ciencias a fin de encontrar soluciones.

LA NECESIDAD DE ASUMIR UN ENFOQUE ECONÓMICO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN

Uno de los aspectos más importantes relacionado con el crimen es la llamada *delincuencia económica*, y muy especialmente la corrupción⁴⁵. Los delitos contra la administración pública impactan gravemente la vida de la comunidad, tanto en el ámbito público como en el privado, pues inciden en distintas esferas del Estado, tales como justicia, salud, educación o vivienda; pero el mayor impacto recae en el sector económico. A fin de cuentas, un Estado con instituciones públicas y privadas corruptas y disfuncionales no puede llevar a cabo políticas fiscales y de desarrollo eficaces y, por lo tanto, no logra crecer de forma efectiva⁴⁶. De esta manera, se analizará a continuación la cercana relación entre los delitos contra la administración pública y la economía.

Los delitos contra la administración pública protegen el correcto y regular funcionamiento de esta⁴⁷, que es, por lo tanto, el bien jurídico inmediato general de tales delitos. Debe tenerse en cuenta que cada tipo penal dentro de ese conjunto adicionalmente cuenta con bienes jurídicos específicos⁴⁸. Ese es el marco del principio de buen gobierno, en el que se debe buscar la satisfacción social como fundamento principal del Estado. Podemos decir que ese es el nombre que la legislación peruana brindó a ese tipo de delitos. En cambio, *corrupción* es el nombre del problema

⁴⁵ MANUEL JAÉN y ÁNGEL PERRINO, *La recuperación de activos frente a la corrupción* (Madrid: Dykinson, 2016), 19.

⁴⁶ SUSAN ROSE-ACKERMAN, "Corruption and development". En *The companion to development studies*, ed. por Vandana Desai y Robert Potter (Londres: Routledge, 2014), 586-589.

⁴⁷ RAFAEL CHANJAN, "El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública". *Derecho Penal y Criminología*, n.º 38 (2017): 121-150.

⁴⁸ YVAN MONTOYA et al., *Manual sobre delitos contra la administración pública* (Lima: PUCP, 2015), 35

en su sentido más amplio, que se entiende como el quebrantamiento del interés público en aras de la satisfacción de un interés personal⁴⁹.

La mayoría de los autores coinciden en que la corrupción tiene profundos efectos, sobre todo por la magnitud del daño causado a las economías nacionales, además de desplegar sus efectos sobre la economía mundial⁵⁰. Al existir dichos efectos es relevante observar a los delitos contra la administración pública desde la perspectiva de la elección racional de Becker, que los entiende como una acción racional sujeta al principio de aversión al riesgo⁵¹. Bajo esa premisa, quien delinque es un sujeto que, además de valorar, analiza los costos y beneficios de cometer una acción punible. De esta manera, se entiende a los delitos contra la administración pública como parte de una actividad económica que involucra un mercado de actividades delictivas, asignaciones de recursos y distribución de recompensas.

Si bien sobre este tema hay distintos enfoques sociales, antropológicos, psicológicos, entre otros, estos no fueron materia de análisis en el presente texto. La investigación se centró en los matices económicos de los delitos contra la administración pública, bajo la idea de que si un problema tiene un matiz económico, es probable que las soluciones tengan una índole económica.

En resumen, hay una fuerte relación entre la corrupción y la economía. Pero no solo consideramos las relaciones económicas delictivas como un efecto de la corrupción, sino también como una causa de esta. En ese orden de ideas, en el marco de un análisis económico de la corrupción las causas derivan de tres fenómenos primordialmente:

- a) Políticas sociales del Estado social o Estado del bienestar (prestaciones sociales, subvenciones, contratos de servicios u obras, etc.) en las que los políticos son los encargados de la selección de las demandas sociales;

⁴⁹ CASTRO CUENCA, *Corrupción y delitos*, 2009, 27.

⁵⁰ DEMELSA SÁNCHEZ, "La respuesta desde el derecho penal transnacional: especial atención al análisis político-criminal". En *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción*, ed. por Héctor Olásolo et al. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021), 599.

⁵¹ BECKER, "Crime and punishment...", 169-217.

b) privatizaciones del sector público, que se llevan a cabo en el marco de una discrecionalidad administrativa descontrolada, y c) descentralizaciones de actividades públicas transferidas a comunidades y entes locales sin el acompañamiento de un marco normativo de control.⁵²

Es decir, las políticas sociales realizadas con una normatividad deficiente son caldo de cultivo para la corrupción en el Estado.

El componente económico es de vital importancia tanto en la macrocorrupción, entendida como los actos que involucran los más altos niveles del gobierno y la política⁵³, como en la microcorrupción, entendida como la forma más común, relacionada con la vida cotidiana de la administración pública a pequeña escala⁵⁴.

Ciertamente, en la macrocorrupción es más fácil de observar el perjuicio económico, al ser más evidente el grave daño generado tanto a los ciudadanos como al propio Estado⁵⁵. La cobertura mediática es evidencia del tamaño del daño⁵⁶: los casos que se vuelven escándalo nacional acusan mayor presencia en los medios de comunicación y, por ende, sus consecuencias son más visibles, como ha ocurrido en los casos de los expresidentes, Odebrecht o los “cuellos blancos” del Puerto⁵⁷.

La microcorrupción, a su vez, también afecta de forma muy grave la economía y la sociedad, más aún cuando se vuelve sistemática y continua. La corrupción sistémica puede introducir ineficiencias que reducen la competitividad. Además, puede limitar el número de postores,

⁵² RAMÓN SORIANO, “La corrupción política: tipos, causas y remedios”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 45 (2011): 382-402.

⁵³ CLAUDIO NASH ROJAS, “Nuevos desarrollos sobre corrupción como violación de derechos humanos. El informe ‘Derechos humanos y corrupción’ de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *Cuestiones Constitucionales*, n.º 45 (2021): 205-235.

⁵⁴ JARIS MUJICA, *Micropolíticas de la corrupción: redes de poder y corrupción en el Palacio de Justicia* (Lima: ANR, 2011).

⁵⁵ JOSÉ UGAZ, *La gran corrupción* (Lima: Planeta, 2020), 63.

⁵⁶ ANA PALAU y FERRAN DAVESA, “El impacto de la cobertura mediática de la corrupción en la opinión pública española”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 144 (2013): 97-124.

⁵⁷ JESICA PALACIOS GARAY *et al.*, “Problemática de la corrupción en el Perú”, *Revista de Ciencias Sociales*, n.º 28 (2022): 268-278.

favorecer a aquellos que tengan nexos con el gobierno en lugar de a los candidatos más eficientes, limitar la información disponible para los participantes e introducir costos de transacción adicionales⁵⁸. Sin embargo, se trata de un tipo de corrupción económicamente más complicado de observar, sobre todo porque gran parte de los casos resulta impune.

Por otro lado, si bien en Perú no todos los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios exigen perjuicio económico para ser sancionables —la colusión simple, el cohecho, la malversación de fondos o la negociación incompatible no lo exigen⁵⁹—, el problema tiene sin duda una dimensión económica. En efecto, se debe considerar que lo más gravoso de la corrupción no sean los costos adicionales causados para el beneficio de los corruptos, sino la gran distorsión que genera en la toma de decisiones⁶⁰. He aquí los componentes necesarios al momento de determinar una correcta reparación civil en el ámbito penal por delitos contra la administración pública.

Así pues, al ser problemas con un carácter primordialmente económico, desde un punto de vista normativo las soluciones deberían ser menos represivas punitivas y más represivas económicas.

En Perú no se cumple esa recomendación. El Estado peruano ha entrado en un ámbito de populismo punitivo como parte esencial del discurso de sus actores políticos⁶¹. Es probable que sea por la necesidad de la ciudadanía de buscar respuestas rápidas al problema criminal⁶². Aparece entonces el llamado “carácter de emergencia, una cuestión sobre lo que se debía actuar ‘ya’ rápida y decididamente desde las competencias estatales”⁶³. Ahora bien, aunque es cierto que todos

⁵⁸ SUSAN ROSE-ACKERMAN, “Corrupción y economía global”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 10 (1999): 51-82.

⁵⁹ VÍCTOR ARBULÚ MARTÍNEZ, *Delitos contra la administración pública* (Lima: Instituto Pacífico, 2021), 164.

⁶⁰ CLAUDIA RIVERO MEDINA, “Análisis económico de la corrupción: una problemática sistemática y generalizada”, *Con-texto*, n.º 4 (1999): 18.

⁶¹ CARLOS MELÉNDEZ, *Populistas. ¿Cuán populistas somos los peruanos?* (Lima: Debate, 2022), 38.

⁶² MARIA MARQUÈS I BANQUÉ, “Problemas de legitimación del derecho penal del miedo”, *Política Criminal*, n.º 12 (2017): 690-730.

⁶³ MÁXIMO SOZZO, “¿Metamorfosis de la prisión? ...”, 88-116.

los índices relacionados con crimen muestran que los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios deben ser prioridad, es necesario reflexionar si el enfoque brindado por el Estado peruano es el correcto. Desde nuestra perspectiva parece un enfoque parcial, que se centra en el ámbito de la represión punitiva para así satisfacer a las masas, olvidando o dejando de lado que la solución posiblemente está en la represión económica.

En el ámbito penal la economía es relevante, más aún cuando tiene relación con intereses públicos. Este tipo de intereses trae consigo la responsabilidad de todos los sectores, sobre todo los relacionados con los derechos sociales, que resultan ser los más importantes para el ciudadano de a pie. Aparte de sus connotaciones éticas y sociales, desde un punto de vista económico la corrupción tiene un costo social, en la medida en que los funcionarios corruptos adoptan decisiones guiándose por motivos ajenos al interés público y desconociendo las posibles consecuencias adversas de esas decisiones para la comunidad⁶⁴.

En definitiva, se puede colegir que los delitos contra la administración pública están claramente relacionados con la economía y, como consecuencia, con la debida aplicación de los derechos sociales. El análisis de la corrupción debe tener en cuenta, pues, sus costos sociales⁶⁵, que se plasman en derechos. Al existir corrupción, incrementan la pérdida del erario y, sobre todo, la distorsión del sistema público. Como se indicó, la debida aplicación de los derechos disminuye, con un énfasis mayor en los derechos sociales, los cuales son los de mayor notoriedad en la presencia del Estado. Esto va de la mano con lo señalado por Sunstein en torno a que los derechos sociales (“de segunda generación”, relacionados con la vivienda, la salud y la educación) son ya de por sí costosos⁶⁶.

⁶⁴ RAIMUNDO SOTO, *La corrupción desde una perspectiva económica* (Santiago de Chile: Universidad Católica, 2003), 69.

⁶⁵ GEOFFREY HODGSON y JIANG SHUXIA. “La economía de la corrupción y la corrupción de la economía: una perspectiva institucionalista”, *Revista de Economía Institucional*, n.º 10 (2008): 55-80.

⁶⁶ CASS SUNSTEIN y STEPHEN HOLMES, *El costo de los derechos* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2011), 12.

Para terminar, se debe mencionar que la relación entre economía y delitos contra la administración pública es más notoria que en otro tipo de actos delictivos, por lo que se requiere mayor reflexión en torno a las políticas de los Estados al respecto. Las reformas en torno al tema de la corrupción requieren mayor énfasis porque son grandes cambios de enfoque en políticas públicas, cambios estructurales que deberían empezar por una reforma eficaz de la función pública, hasta llegar a sanciones ejemplares no solo de índole penal, sino administrativa y civil⁶⁷. Las políticas de recuperación económica deberían ser una prioridad, asumiendo con responsabilidad las políticas de represión o encarcelación. Si bien estas cumplen con un clamor popular momentáneo, no influyen de manera eficaz en soluciones reales y certeras al problema desde una perspectiva económica.

⁶⁷ SUSAN ROSE-ACKERMAN y BONNIE PALIFKA, *Corrupción y gobierno: causas, consecuencias y reforma* (Madrid: Marcial Pons, 2019), 236.

BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL. *Delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, 2003.
- ABRUÑA PIYOL, ANTONIO. *Delimitación jurídica de la administración pública en el ordenamiento peruano*. Lima: Universidad de Piura, 2010.
- ANTÓN-MELLÓN, JUAN, GEMMA ÁLVAREZ y PEDRO ROTHSTEIN. "Populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas". *Revista Española de Ciencia Política*, n.º 43 (2017): 13-36. <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/120915/1/671764.pdf>.
- ANTÓN-MELLÓN JUAN, PEDRO ROTHSTEIN y GEMMA ÁLVAREZ. *Populismo punitivo: discursos que acompañan normas y políticas*. Barcelona: Bellaterra, 2016.
- ARBULÚ MARTÍNEZ, VÍCTOR. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Instituto Pacífico, 2021.
- ARRIETA RUIZ, GERALDINE. "Populismo punitivo y derecho penal simbólico". *Inciso*, n.º 20 (2018): 37-45.
- ARTEGA BOTELLO, NELSON. *Administrar la violencia: racionalidad, populismo y desincorporación de la punición en México*. Ciudad de México: Espiral, 2002.
- BACIGALUPO, ENRIQUE. "Descriminalización y prevención". *Revista del Poder Judicial*, n.º 2 (1987): 9-27.
- BACIGALUPO, SILVINA y JESÚS LIZCANO. *Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción*. Madrid: Eurosocal, 2013.
- BÁEZ MARTÍNEZ, ROBERTO. *Manual de derecho administrativo*. Ciudad de México: Trillas, 1990.
- BASADRE GROHMANN, JORGE. *La promesa de la vida peruana y otros ensayos*. Lima: Juan Mejía Baca, 1958.

- BAUMOL, WILLIAM y JANUSZ ORDOVER. "Use of antitrust to subvert competition antitrust and economic efficiency". *Journal of Law & Economics*, n.º 28 (1985): 247-265.
- BECCARIA, CESARE. *Tratado de los delitos y de las penas*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015.
- BECKER, GARY. "Crime and punishment: An economic approach". *The Journal of Political Economy*, vol. 76, n.º 2 (1968): 169-217.
- BECKER, GARY. "Crimen y castigo: un enfoque económico". *Microeconomía* (1974): 272-297.
- BENAVENTE, HESBERT y LEONARDO CALDERÓN. *Delitos de corrupción de funcionarios*. Lima: Gaceta Jurídica, 2012.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO. *Lecciones de derecho penal. Parte general*. Barcelona: Praxis, 1999.
- BERNAL PINZÓN, JESÚS. *Delitos contra la administración pública y asociación ilícita para delinquir*. Bogotá: Temis, 1965.
- BERNALDO DE QUIRÓS, CONSTANCIO. *Derecho penal. Vol. II*. Puebla: J. M. Cajica, 1957.
- BINDER, ALBERTO. *Derecho procesal penal*. Santo Domingo: Escuela Nacional de Judicatura, 2006.
- BLANCO CORDERO, ISIDORO. "La corrupción desde una perspectiva criminológica: un estudio de sus causas desde las teorías de las actividades rutinarias y de la elección racional". En *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, ed. Por Fernando Pérez, 267-296. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004.
- BOHARA, ALOK, NEIL MITCHELL y CARL MITTENDORFF. "Compound democracy and the control of corruption: A cross-country investigation". *Policy Studies Journal*, n.º 32 (2004): 481-499.
- CANCIO MELIÁ, MANUEL. *La teoría de la adecuación social de Welzel*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1993.
- CANCIO MELIÁ, MANUEL. "De nuevo: ¿'Derecho penal' del enemigo?". *Instituto de Derecho Penal*, n.º 3 (2016): 4-31.
- CARO JOHN, JOSÉ ANTONIO. *Problemas fundamentales de la parte general del Código Penal*. Lima: PUCP, 2009.
- CASTRO CUENCA, CARLOS. *Corrupción y delitos contra la administración pública*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2008.

- CASTRO CUENCA, CARLOS. *Corrupción y delitos contra la administración pública*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.
- CASTRO CUENCA, CARLOS. *La corrupción pública y privada: causas, efectos y mecanismos para combatirla*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2017.
- CATACORA GONZALES, MANUEL. *Derecho procesal penal*. Vol. I. Lima: Rhodas, 1996.
- CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, “Sobre el principio de legalidad presupuestaria”. *Revista Chilena de Derecho*, n.º 3 (1992): 415-438.
- CHANJAN, RAFAEL. “El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de Incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública”. *Derecho Penal y Criminología*, n.º 38 (2017): 121-150.
- CHEHTMAN, ALEJANDRO. *Fundamentación filosófica de la justicia penal extraterritorial*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- CHUNGA, LAURENCE. “La posición del particular en el delito de abuso de autoridad”. *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, n.º 24 (2009): 69-76. http://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num24/4abusoautoridad.pdf.
- COHEN AGREST, DIANA. *Ausencia perpetua*. Buenos Aires: Debate, 2013.
- COIMBRA, LUIZ y ALVARO BRIONES. “Crimen y castigo. Una reflexión desde América Latina”. *Urvio*, n.º 24 (2019): 26-41.
- CUBAS VILLANUEVA, VÍCTOR. *El proceso penal. Teoría y práctica*. Lima: Palestra, 1997.
- CUELLO CALÓN, EUGENIO. *Derecho penal. Tomo I*. Barcelona: Bosch, 1953.
- CUERVO PONTÓN, LUIS ENRIQUE. *Política criminal*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1988.
- CULLEN, FRANCIS, BONNIE FISHER y BRANDON APPLGATE. “Public opinion about punishment and corrections”. En *Crime and justice: A review of research*, 1-79. Chicago: University of Chicago Press, 2000.
- DALBORA, JOSÉ LUIS. “El Código Penal francés de 1791”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 1 (2009): 481-517.
- DE JONG, FERRY. “The end of doctrine? On the symbolic function of doctrine in substantive criminal law”. *Utrecht Law Review*, n.º 7 (2011): 8-45.

- DEL RÍO LABARTHE, GONZALO. *El principio de oportunidad en el proceso penal peruano*. Lima: Legales, 2002.
- DÍAZ, INGRID y GILBERTO MENDOZA. “¿Caducidad o prescripción? De la reparación civil en los casos de sentencias derivadas de procesos penales por delitos contra la administración pública en el ordenamiento jurídico peruano”. *Derecho PUCP*, n.º 82 (2019): 407-434.
- DÍEZ RIPOLLÉS JOSÉ LUIS. “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 35 (2002): 409-447.
- DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. “El nuevo modelo de seguridad ciudadana”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 49 (2004): 25-42.
- DONNA, EDGARDO. *Reformas penales II*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006.
- DONNA, EDGARDO. *Delitos contra la administración pública*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008.
- DROMI, JOSÉ ROBERTO. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1994.
- DUPUY, KENDRA y SIRI NESET. *La psicología cognitiva de la corrupción*. Bergen: CHR Michelsen Institute, 2020.
- EDELMAN, MURRAY. *The symbolic uses of politics*. Illinois: University of Illinois, 1985.
- ELHOLM, THOMAS y RENAUD COLSON. “The symbolic purpose of EU criminal law”. En *EU Criminal Justice and the Challenger of Diversity*, ed. por Renaud Colson y Steward Field, 48-64. Cambridge: CUP, 2016.
- ENCO, AMADO. *Los delitos de corrupción en el Perú*. Lima: Gaceta Jurídica, 2020.
- ESPINOSA LEAL, IDALIA PATRICIA. “Evolución histórica de la teoría del bien jurídico penal”. *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, n.º 29 (2022): 140-160.
- FERNÁNDEZ, ESTHER y PILAR TARANCÓN. “Populismo punitivo y delincuencia juvenil: mito o realidad”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 10 (2010).
- FLEMING, ABEL y PABLO LÓPEZ VIÑALS. *Las penas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009.

- FRISANCHO APARICIO, MANUEL. *Código Penal. Tomo VII*. Lima: Jurídica, 1998.
- FRISANCHO APARICIO, MANUEL. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Fecat, 2011.
- GALVES RUEDA, MARÍA CAROLINA. *Sistema penitenciario y carcelario en Colombia. Teoría y realidad*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2003.
- GARCÍA, PERCY. “La corrupción del Estado, la economía y la sociedad”. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n.º 23 (2016): 78-96.
- GARCÍA, PERCY y JOSÉ LUIS CASTILLO. *El delito de colusión*. Lima: Grijley, 2008.
- GARCÍA, PERCY y RONALD VÍLCHEZ. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Ideas, 2020.
- GARCÍA DEL RÍO, FLAVIO. *El principio de oportunidad*. Lima: Legales, 2000.
- GARLAND, DAVID. *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. Ciudad de México: Siglo XXI, 1990.
- GARLAND, DAVID. *Punishment and modern society: A study in social theory*. Chicago: University of Chicago Press, 1993.
- GARLAND, DAVID. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa, 2005.
- GARRAUD, RENÉ. *Traité théorique et pratique de droit pénal français. Vol. II*. París: Recueil Sirey, 1914.
- GIACOMOLLI, NEREU JOSÉ. *Legalidad, oportunidad y consenso en el derecho penal*. Lima: ARA, 2012.
- GIBBS, JACK. “Crime, punishment, and deterrence”. *The Southwestern Social Science Quarterly*, vol. 48, n.º 4 (1968): 515-530.
- GIL GIL, ALICIA. “Los crímenes de la guerra Civil Española: ¿Responsabilidad del Estado español por infracción del Convenio Europeo de Derechos Humano? Análisis de la decisión del TEDH del 27 de marzo del 2012, caso Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz contra España, y sus antecedentes en la jurisdicción española”. *Indret. Revista para Análisis de Derecho*, n.º 4 (2012).
- GIMENO SENDRA, VICENTE. *Fundamentos del derecho procesal*. Madrid: Civitas, 1998.

- GIUDICELLI, ANDRÉ, JEAN-PAUL JEAN y MICHEL MASSÉ, eds. *Un droit pénal postmoderne? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*. París: PUF, 2010.
- GÓMEZ, MARTÍN y JUAN PABLO MONTIEL. *Estrategias penales y procesales penales contra la corrupción*. Madrid: Marcial Pons, 2018.
- GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO. *Delitos contra la administración pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.
- GRATTET, RYKEN y VALERIE JENNESS. "Transforming symbolic law into organizational action: Hate crime policy and law enforcement practice". *Social Forces*, n.º 87 (2008): 501-527.
- GUZMÁN DALBORA, JOSÉ LUIS. *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*. Buenos Aires: BdeF, 2009.
- HIRSCH, ANDREW VON. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.
- HODGSON, GEOFFREY y JIANG SHUXIA. "La economía de la corrupción y la corrupción de la economía: una perspectiva institucionalista". *Revista de Economía Institucional*, n.º 10 (2008): 55-80.
- HURTADO POZO, JOSÉ. *Manual de derecho penal. Parte general*. Lima: Grijley, 2005.
- JACOBS, JAMES y KIMBERLY POTTER. *Hate crimes: Criminal law & identity politics*. Oxford: OUP, 1998.
- JAÉN, MANUEL y ÁNGEL PERRINO. *La recuperación de activos frente a la corrupción*. Madrid: Dykinson, 2016.
- JENNESS, VALERIE. "From symbolic law to criminal justice practice: Hate crime policy, policing, and prosecution". En *The Oxford handbook on crime and public policy*, ed. por Michael Tonry, 524-546. Nueva York: OUP, 2012.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Barcelona: Bosch, 1981.
- KOK, RUTH A. *Statutory limitations in international criminal law*. La Haya: Asser Press, 2007.
- KOTEICH KHATIB, MILAGROS. *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extra-patrimoniales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

- KRAMER, ELIZABETH ANNE. *What's in a symbol? Emerging parties and anti-corruption symbols in Indonesia's 2014 national legislative election campaigns*. Tesis doctoral, The University of Sydney, 2015.
- LANGLE, EMILIO. *La teoría de la política criminal*. Madrid: Reus, 1927.
- LA ROSA, MARIANO. *La prescripción en el derecho penal*. Buenos Aires: Astrea, 2008.
- LARREA MOSCOSO, HERNÁN. "Recupero de activos en casos de corrupción". *Revista Jurídica Derecho*, n.º 14 (2021): 81-96.
- LAZEAR, EDWARD y SHERWIN ROSEN. "Rank-order tournaments as optimum labor contracts". *Journal of Political Economy*, n.º 89 (1981): 841-864.
- LEZCANO MIRANDA, MARTHA. *La justicia de todos. Mecanismos alternativos de solución de conflictos*. Medellín: Funlam, 2011.
- LIRA SOUSA, CLAUDIO. *Direito penal na pós-modernidade: a racionalidade legislativa para uma sociedade de risco*. Brasília: Juruá Editora, 2013.
- LISTZ, FRANZ VON. *Tratado de derecho penal. Tomo II*. Madrid: Reus, 2020.
- LOMBANA, JAIME. *Corrupción, cohecho y tráfico de influencias en España y Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2014.
- MAGGIO, PAOLA. A critical analysis of corruption and anti-corruption policies in Italy. *Journal of Financial Crime*, vol. 28, n.º 2 (2020): 513-530.
- MAGGIORE, GIUSEPPE. *Derecho penal. Vol. II*. Bogotá: Temis, 1954.
- MAGGIORE, GIUSEPPE. *Derecho penal. Parte especial. Vol. III*. Bogotá: Temis, 1989.
- MALEM SEÑA, JORGE. *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Barcelona: Gedisa, 2002.
- MANES, VITTORIO. "Bien jurídico y reforma de los delitos contra la administración pública". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 1 (2000). http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_02-01.html.
- MANRIQUE MOLINA, FILIBERTO. *Ius anticorruptionis commune latinoamericanum desde un enfoque basado en derechos humanos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2021.
- MANZINI, VINCENZO. *Tratado de derecho penal. Tomo VIII*. Buenos Aires: Ediar, 1961.

- MARIANI, PAOLA. "How damages recovery actions can improve the fight against corruption: The crisis of criminal law policies and the role of private enforcement in an Italian case of judicial corruption". *Crime, Law and Social Change*, n.º 60 (2013): 209-226.
- MARQUÈS I BANQUÉ, MARIA. "Problemas de legitimación del derecho penal del miedo". *Política Criminal*, n.º 12 (2017): 690-730.
- MARTÍNEZ HUMAN, RAÚL. *Delito de colusión. Doctrina y jurisprudencia*. Lima: Editores del Centro, 2019.
- MELÉNDEZ, CARLOS. *Populistas. ¿Cuán populistas somos los peruanos?* Lima: Debate, 2022.
- MERGAREJO BARRETO, PEPE. *El principio de oportunidad en el nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Jurista Editores, 2006.
- MIR PUIG, SANTIAGO. *Funciones de la pena y teoría del delito, en el Estado social y democrático*. Barcelona: Bosch, 1982.
- MIR PUIG, SANTIAGO. *El derecho penal en el Estado social y Democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 2010.
- MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho penal. Parte general*. Barcelona: BdeF, 2011.
- MOLINA ARRUBLA, CARLOS MARIO. *Delitos contra la administración pública*. Bogotá: Diké, 1995.
- MOLINA ARRUBLA, CARLOS MARIO. *Delitos contra la administración pública*. Bogotá: Leyer, 1999.
- MOLINA ARRUBLA, CARLOS MARIO. *Delitos contra la administración pública conforme el nuevo Código Penal*. Bogotá: Leyer, 2000.
- MONTOYA, YVAN et al., *Manual sobre delitos contra la administración pública*. Lima: PUCP, 2015.
- MUJICA, JARIS. *Micropolíticas de la corrupción: redes de poder y corrupción en el Palacio de Justicia*. Lima: ANR, 2011.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- NAKAZAKI SERVIGÓN, CÉSAR. *Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Gaceta Jurídica, 2016.

- NAMER, SABRINA. *Peculado y malversación de fondos públicos*. Buenos Aires: Hammurabi, 2019.
- NASH ROJAS, CLAUDIO. “Nuevos desarrollos sobre corrupción como violación de derechos humanos. El informe ‘Derechos humanos y corrupción’ de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. *Cuestiones Constitucionales*, n.º 45 (2021): 205-235.
- NEOCLEOUS, MARK. “‘A brighter and nicer new life’: Security as pacification”. *Social & Legal Studies*, n.º 20, (2011): 191-208.
- NIÑO, LUIS FERNANDO. *El bien jurídico como referencia garantista*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008.
- NONNAN, JOHN T., JR. *Bribes: The intellectual history of a moral idea*. California: University of California Press, 1984.
- NÚÑEZ, RICARDO. *Derecho penal argentino. Parte general. Tomo II*. Buenos Aires: Omeba, 1965.
- OLIVERA, JORGE. *Manual de derecho administrativo*. Ciudad de México: Porrúa, 1967.
- ORE SOSA, EDUARDO. *Recientes modificatorias a los delitos contra la administración pública*. Lima: Gaceta Penal, 2011.
- ORTIZ RODRÍGUEZ, ALFONSO. *Manual de derecho penal, parte especial*. Medellín: Universidad de Medellín, 1985.
- PALACIOS GARAY, JESICA *et al.* “Problemática de la corrupción en el Perú”. *Revista de Ciencias Sociales*, n.º 28 (2022): 268-278.
- PALAU, ANA y FERRAN DAVESA. “El impacto de la cobertura mediática de la corrupción en la opinión pública española”. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 144 (2013): 97-124.
- PARIONA ARANA, RAÚL. *El delito de peculado como delito de infracción de deber*. Lima: Universidad San Martín de Porres, 2011.
- PARIONA ARANA, RAÚL. *La teoría de los delitos de infracción de deber*. Lima: Gaceta Penal, 2011.
- PARRA, WILLIAM. “La actual política criminal en Colombia, vista desde la perspectiva del derecho penal del enemigo de Günther Jakobs”. *Derecho Penal y Criminología*, vol. 27, n.º 82 (2006): 175-200.
- PEÑA CABRERA FREYRE, ALONSO. *Derecho penal. Parte especial. Tomo V*. Lima: Idemsa, 2010.

- PEÑA CABRERA FREYRE, ALONSO. *Derecho penal. Parte general. Tomo II*. Lima: Idemsa, 2011.
- PEÑA CABRERA FREYRE, ALONSO. *Estudios críticos del derecho penal peruano*. Lima: Gaceta Penal, 2011.
- PEÑA CABRERA FREYRE, ALONSO. *Manual de derecho procesal penal*. Lima: Legales, 2013.
- PEÑA GONZALES, ÓSCAR. *Técnicas de litigación oral*. Lima: APECC, 2008.
- PÉREZ, JULIÁN y ANA GARDEY. “Populismo. Qué es, definición y concepto”. Modificado el 6 de abril de 2022. <http://definicion.de/populismo/>.
- PÉREZ NETO, LUIS. “El populismo punitivo en España: del Estado social al Estado penal”. Ponencia presentada en el simposio Surveillance in Latin America. Vigilancia, Segurança e Controle Social, Curitiba, Brasil, 4-6 de marzo de 2009.
- PLASCENCIA VILLANUEVA, RAÚL. *Teoría del delito*. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2004.
- PORTOCARRERO HIDALGO, JUAN. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Portocarrero, 1997.
- POZSGAI-ALVAREZ, JOSEPH. “Putting out the fire of anti-corruption demands: The symbolic adoption of a national anti-corruption office in Peru, 2007-2008”. *European Quarterly of Political Attitudes and Mentalities*, vol. 6, n.º 3 (2017): 15-31.
- PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR. *Derecho penal y política*. Lima: Edili, 1990.
- PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR. *La función de la pena. Comentarios al Código Penal de 1991*. Lima: Alternativas, 1993.
- QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO. *Curso de derecho penal*. Madrid: Anuario Derecho Penal, 1963.
- QUIROZ, ALFONSO. *Historia de la corrupción en el Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2021.
- RABOTNIKOF, NORA. “Corrupción política: definiciones técnicas y sentidos sedimentados”. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 10 (1999): 25-39.

- RAMÍREZ DE GARAY, LUIS. "Crimen y economía: una revisión crítica de las explicaciones económicas del crimen". *Revista Argumentos*, n.º 27 (2014): 261-290.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. Madrid: Espasa-Calpe, 1970.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, JAMES. *Delitos contra la administración pública en el Código Penal*. Lima: Jurista Editores, 2015.
- REGIS PRADO, LUIZ. *Bien jurídico-penal y constitución*. Lima: ARA, 2003.
- REYES ECHANDÍA, ALFONSO. *Criminología*. Bogotá: UEC, 1984.
- REYES ECHANDÍA, ALFONSO. *Derecho penal*. Bogotá: Temis, 1996.
- RIGHI, ESTEBAN. "Interrupción de la prescripción de la acción penal por la secuela de juicio". En *De las penas: homenaje al profesor Isidoro de Benedetti*, coord. por Eugenio Zaffaroni, 435-450. Buenos Aires: Depalma, 1997.
- RIGHI, ESTEBAN. *Teoría de la pena*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.
- RIVACOBIA Y RIVACOBIA, MANUEL. *Hacia una nueva concepción de la pena*. Arequipa: Grijley, 1995.
- RIVERO MEDINA, CLAUDIA. "Análisis económico de la corrupción: una problemática sistemática y generalizada". *Con-texto*, n.º 4 (1999): 18-25.
- RODRÍGUEZ, NICOLÁS y EDUARDO CAPARRÓS. *Corrupción y delincuencia económica*. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2008.
- ROJAS PICHLER, PABLO. "¿Puede cumplir la responsabilidad civil ex delicto una función preventiva frente a la delincuencia relacionada con la corrupción pública? Reflexiones desde el sistema penal paraguayo". *Revista Penal México*, n.º 13 (2018): 173-205.
- ROJAS VARGAS, FIDEL. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley, 1999.
- ROJAS VARGAS, FIDEL. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley, 2002.
- ROJAS VARGAS, FIDEL. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley, 2011.
- ROJAS VARGAS, FIDEL. *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos y Thesis, 2016.

- ROMEO-CASABONA, CARLOS. "Criminal policy and legislative techniques in criminal law on biotechnology". *Revue Internationale de Droit Penal*, n.º 82 (2011): 83-108.
- ROMERO PÉREZ, ALEJANDRO. *Análisis de la economía del crimen en el espacio interurbano de Tijuana Baja California* (2010). Tesis de maestría, El Colegio de la Frontera Norte, 2012, <https://colef.repositorioinstitucional.mx/jspui/handle/1014/86>.
- ROMERO VILLANUEVA, HORACIO. *La prescripción penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008.
- ROSE-ACKERMAN, SUSAN. "Corrupción y economía global". *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 10 (1999): 51-82.
- ROSE-ACKERMAN, SUSAN. "Corruption and development". En *The companion to development studies*, ed. por Vandana Desai y Robert Potter, 586-589. Londres: Routledge, 2014.
- ROSE-ACKERMAN, SUSAN y BONNIE PALIFKA. *Corrupción y gobierno: causas, consecuencias y reforma*. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- ROXIN, CLAUS. "La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones". En *Jornadas sobre la "Reforma del Derecho Penal en Alemania"*, ed. por el Consejo General del Poder Judicial, 19-30. S. L.: CGPJ, 1991.
- ROXIN, CLAUS. "Pena y reparación". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.º 3 (1999): 5-16.
- RUBIO ANGULO, EDMUNDO. *El peculado*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1985.
- RUGGIERO, VINCENZO. "Criminalizing war: criminology as ceasefire". *Social & Legal Studies*, n.º 14 (2005): 239-257.
- SALAZAR SÁNCHEZ, NELSON. *Dogmática actual de autoría y la participación criminal*. Lima: Idemsa, 2007.
- SALINAS SICCHA, RAMIRO. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley, 2014.
- SÁNCHEZ, DEMELSA. "La respuesta desde el derecho penal transnacional: especial atención al análisis político-criminal". En *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción*, ed. por Héctor Olásolo et al., 595-840. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

- SANCINETTI, MARCELO. *Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*. Madrid: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1986.
- SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR. *Jurisprudencia y precedente penal vinculante, selección de ejecutorias de la Corte Suprema*. Lima: Palestra, 2006.
- SANTANA VEGA, DULCE. "Consideraciones críticas sobre la responsabilidad penal de los partidos políticos como instrumento de lucha contra la corrupción". *Política Criminal*, n.º 15, (2020): 76-110.
- SANZ DELGADO, ENRIQUE. "Los beneficios penitenciarios". *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n.º 8 (2004): 47-72.
- SCHELLER, ANDRÉ. "La teoría del dominio del hecho en la legislación penal colombiana". *Revista de Derecho*, n.º 35 (2011): 244-263. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972011000100010.
- SENNOTT, CHRISTIE y JOHN GALLIHER. "Lifetime felony disenfranchisement in Florida, Texas, and Iowa: Symbolic and instrumental law". *Social Justice*, vol. 33, n.º 1 (2006): 79-94.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. "¿Ex delicto?: Aspectos de la llamada 'responsabilidad civil' en el proceso penal". *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3 (2001): 114-146.
- SIMON, JAN-MICHAEL y WILLIAM RAMÍREZ. *La lucha contra la corrupción en el Perú. El modelo peruano: la experiencia de las procuradurías anticorrupción*. Lima: ARA, 2014.
- SIMON, JONATHAN. *Governing through crime: How the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear*. Nueva York: OUP, 2010.
- SMALL ARANA, GERMÁN. "Análisis de la Ley N° 29 423 que suprime los beneficios penitenciarios por los delitos de terrorismo". *Revista Derecho y Ciencia Política de la UNMSM*, n.º 66 (2009): 212-229.
- SMITH, ATHENA. "Symbols of corruption and their role in the Greek economic crisis". *African Journal of Hospitality, Tourism and Leisure*, vol. 3, n.º 2 (2014): <https://tinyurl.com/23km8yhf>.
- SORIANO, RAMÓN. "La corrupción política: tipos, causas y remedios". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 45 (2011): 382-402.

- SOTO, RAIMUNDO. *La corrupción desde una perspectiva económica*. Santiago de Chile: Universidad Católica, 2003.
- SOZZO, MÁXIMO. “¿Metamorfosis de la prisión? Proyecto normalizador, populismo punitivo y prisión-depósito en Argentina”. *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, n.º 1 (2007): 88-116. <https://revistas.flacsoandes.edu.ec/urvio/article/view/88-116/1628>.
- SOZZO, MÁXIMO. “Populismo punitivo, proyecto normalizador y ‘prisión-depósito’”. *Revista Electronica Sistema Penal & Violência*, n.º 1 (2009): 2-34.
- STOLZ, BARBARA ANN. “Congress and the war on drugs: An exercise in symbolic politics”. *Journal of Crime and Justice*, n.º 15 (1992): 119-136.
- SUNSTEIN, CASS y HOLMES, STEPHEN. *El costo de los derechos*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.
- TORRES CARO, CARLOS ALBERTO. *El principio de oportunidad: un criterio de justicia y simplificación procesal*. Lima: Adelesa, 1998.
- TRAJTENBERG, NICOLÁS. “Algunas razones por las cuales disminuir la edad de responsabilidad penal adulta en Uruguay no parece la mejor solución”. En *Estudios de derecho penal III*, ed. por la Defensoría Penal Pública, 163-178. Santiago de Chile: DPP, 2012.
- TRAJTENBERG, NICOLÁS y CARLOS ALOISIO. “La racionalidad en las teorías criminológicas contemporáneas”. En *El Uruguay desde la sociología VII*, ed. por el Departamento de Sociología del Uruguay. Montevideo: Udelar, 2009.
- UGAZ, JOSE. *La gran corrupción*. Lima: Planeta, 2020.
- URIBE GARCÍA, SAÚL. *Delitos contra la administración pública*. Medellín: Unaula, 2012.
- VEGA, JUAN CARLOS. *La corrupción como modelo de poder político, económico y sindical*. Buenos Aires: Astrea, 2019.
- VERA BARRIOS, OSCAR. *La prescripción penal en el Código Penal*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1960.
- VILLADA, JORGE LUIS. *Delitos contra la función pública*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

- WAHYUDI, SUGENG. "Penal policy on assets recovery on corruption cases in Indonesia". *Journal of Indonesian Legal Studies*, vol. 4, n.º 1 (2019): 45-72.
- WELZEL, HANS. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Depalma, 1956.
- WELZEL, HANS. *Derecho penal alemán. Parte general*. Santiago: Jurídica de Chile, 1976.
- WILENMANN VON BERNATH, JAVIER. "El derecho frente a la resistencia a la criminalización bajo el ejemplo de los delitos de corrupción". *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, n.º 15 (2020): 310-329.
- WOLF, SEBASTIAN. "Dark sides of anti-corruption law: A typology and recent developments in german anti-bribery legislation". *German Law Journal*, n.º 17 (2016): 7-18.
- XIN, YANYU y TIANJI CAI. "Paying money for freedom: Effects of monetary compensation on sentencing for criminal traffic offenses in China". *Journal of Quantitative Criminology*, n.º 36, (2020): 1-28.
- YON RUESTA, ROGER. "El principio de oportunidad en nuestro sistema procesal penal", *Derecho PUCP*, n.º 46, (1992): 137-147.
- YOUNG, SIMON. "Why civil actions against corruption?". *Journal of Financial Crime*, n.º 16 (2009): 144-159.
- ZAFFARONI, EUGENIO. *Tratado de derecho penal. Vol. 1*. Buenos Aires: Ediar, 1982.
- ZAFFARONI, EUGENIO. "Derecho penal y criminología sociológica". *Derechos en Acción*, n.º 16 (2020): 25-58.
- ZAVALA VAN OORDT, LIZET. "El derecho penal simbólico y la ineficacia del estado de emergencia constitucional para combatir la criminalidad". *Vox Juris*, vol. 33, n.º 1 (2017): 123-133.
- ZIMRING, FRANKLIN y DAVID JOHNSON. "On the comparative study of corruption". *British Journal of Criminology*, n.º 45 (2005): 793-809.
- ZIPE, HEINZ. *Introducción a la política criminal*. Madrid: Edersa, 1979.

Esta obra se terminó de imprimir
en octubre del 2024
en los Talleres Digitales de
GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ S. A. S.
Carrera 69 Bis n.º 36-20 Sur
Tels: 601 2300731 - 601 2386035
BOGOTÁ, D. C. - COLOMBIA

